

TESIS DOCTORAL

Las Tendencias Internacionales en tema de Jurisdicción Universal y la Experiencia Española

Estudiante: Maria Chiara Marullo

Supervisor/a: Doctor Attila Tanzi

Castellón, 2014



Organización
de las Naciones Unidas
para la Educación,
la Ciencia y la Cultura



Cátedra UNESCO de Filosofía para la Paz

A mi novio Ulises

Agradecimientos

En primer lugar quiero expresar mi agradecimiento a mi director de tesis, Profesor Attila Tanzi, por darme la oportunidad y la confianza para llegar hasta aquí y a mis padres y mi hermano que siempre me ha apoyado en mis estudios. Además quiero dar las gracias a las siguientes personas y entidades que contribuyeron de forma desinteresada en el trabajo que aquí se presenta. Gracias, a la Universidad de Bologna Facultad de Derecho, donde empecé mi camino y aprendí a amar la investigación, a la Cátedra UNESCO de Filosofía para la Paz, que me ha dado la oportunidad de seguir estudiando y de trabajar con los profesores y los estudiantes del programa de Máster y Doctorado, a Vicent Martínez, fundador de la Cátedra UNESCO de Filosofía para la Paz, por su compromiso inspirador con la no-violencia y la transformación pacífica de los conflictos, A Eloísa Nos Aldás, Directora del Instituto Interuniversitario de Desarrollo Social y Paz en cuyo ámbito se inserta el programa de Doctorado en Estudios de Paz, Conflictos y Desarrollo y a M^a Jesús Muñoz Torres siendo la Coordinadora del programa de dicho programa, a Irene Comins Mingol y Sonia París Albert, Directoras del Programa de Máster en Estudios de Paz, Conflictos y Desarrollo, por la confianza en mi investigación que siempre han manifestado desde los estudios de Máster, de igual forma a Sophia Herrero, Adela Almena y Argelio Barreda, que con su ayuda han hecho posible mis estudios y trabajo como colaboradora de la Cátedra.

ÍNDICE

	Página
INTRODUCCIÓN	1
PRIMER CAPÍTULO: Los crímenes de interés universal	25
1.1 La protección de los Derechos Humanos	27
1.1.1 La vinculación existente entre la protección de los Derechos Humanos y la persecución de los crímenes internacionales	29
1.1.2 Las respuestas de la Comunidad Internacional en la protección de los Derechos Humanos	32
1.2 Las normas de Derecho penal internacional	33
1.3 La noción de crímenes internacionales	38
1.4 Los crímenes internacionales y la jurisdicción extraterritorial para su persecución	42
1.4.1 El crimen de piratería	44
1.4.2 Los crímenes en contra de la Humanidad	47
1.4.2.1 Sigue el crimen de tortura	52
1.4.3 Los crímenes de guerra	56
1.4.4 El crimen de agresión	59
1.4.5 El crimen de genocidio	68
1.4.5.1 Los elementos objetivos y subjetivos que caracterizan el crimen de genocidio	70
1.5. La lucha contra la impunidad de los crímenes internacionales	73
1.6 Los principios que regulan la persecución de los crímenes por los	82

Estados	
1.7 La jurisdicción universal y su relación con el principio de <i>aut dedere aut judicare</i>	84
1.8 La jurisdicción universal y la jurisdicción internacional	89
1.9 Conclusiones capítulo	91
SEGUNDO CAPÍTULO: El sistema de la justicia penal internacional	95
2.1 La fragmentación del sistema penal internacional	99
2.2 Los avances de los tribunales penales internacionales en la lucha a la impunidad	104
2.2.1 Los tribunales penales internacionales y la Corte Penal Internacionales	106
2.2.2 Sigue: las aportaciones de los tribunales mixtos	116
2.3 Límites y obstáculos de los tribunales internacionales en la persecución de los crímenes internacionales	120
2.4 La Jurisdicción Universal como sistema complementario en la lucha a la impunidad	125
2.5 La jurisdicción sobre ilícitos civiles especiales: su contribución en la protección de los Derechos Humanos y reparación para las víctimas	131
2.5.1 La experiencia estadounidenses: el <i>Alien Tort Claims Act</i>	135
2.5.1.1 Aplicabilidad del ATCA a los crímenes internacionales	145
2.5.1.2 Principales críticas que rodean esta jurisdicción:	153
2.5.1.3 Casos de estudio	156
2.5.2 ¿ Tiene un destino similar a la jurisdicción universal en materia penal?	163
2.6 Conclusiones capítulo	165

TERCER CAPÍTULO: Las tendencias internacionales en tema de Jurisdicción Penal Universal	169
3.1 El fundamento de la justicia universal: la protección de los valores fundamentales de la Comunidad Internacional	169
3.2 Las principales críticas a este sistema de justicia	172
3.3 El concepto de jurisdicción penal universal	177
3.3.1 Jurisdicción universal absoluta o condicionada	180
3.4 Evolución del concepto de justicia universal: contextualización histórica	185
3.4.1 La evolución del concepto en relación a los crímenes internacionales	189
3.5 Las fuentes de derecho	195
3.5.1 Las normas de <i>soft law</i>	199
3.5.1.1 Los Principios de Princeton	201
3.5.1.2 La Declaración de Madrid de 2014	208
3.6 Las tendencias internacionales en tema de jurisdicción universal	213
3.6.1 La importancia de la <i>praxis</i> estatal en tema de justicia universal	218
3.7 Aplicación del principio de jurisdicción universal por parte de las jurisdicciones nacionales	221
3.7.1 Alemania	222
3.7.2 Argentina	225
3.7.3 Australia	231
3.7.4 Austria	233
3.7.5 Bélgica	235
3.7.6 Canadá	242
3.7.7 Dinamarca	243

3.7.8 España	246
3.7.9 Estados Unidos	248
3.7.10 Finlandia	249
3.7.11 Francia	252
3.7.12 Holanda	256
3.7.13 Italia	262
3.7.14 Israel	264
3.7.15 Noruega	267
3.7.16 Reino Unido	270
3.7.17 Senegal	272
3.7.18 Suiza	275
3.8 Conclusiones capítulo	278
CUARTO CAPÍTULO: La particular experiencia Española en tema de Jurisdicción Penal Universal: sus altibajos	283
4.1 Introducción	283
4.1.1 El complejo camino de la justicia universal en el territorio español	287
4.2 La legislación española	293
4.3 Las Leyes Orgánicas 15 de 2003 y 18 de 2003	299
4.4 La pre anunciada reforma del principio de justicia universal	310
4.4.1 La Ley Orgánica 1 de 2009	316
4.4.2 Sigue: los nuevos requisitos introducidos por la Ley Orgánica número 1 de 2009	319

4.4.3 Las críticas a las limitaciones establecidas por la Ley 1 de 2009	322
4.4.4 La reforma de 2009 en la jurisprudencia de los tribunales españoles	327
4.5 La Ley de Reforma 1 de 2014	334
4.5.1 Análisis de los límites introducidos a través de la Ley Orgánica 1 de 2014	337
4.5.2 Las repercusiones internacionales de la reforma	346
4.6 ¿Sigues existiendo una justicia universal?	350
4.7 Conclusiones capítulo	354
QUINTO CAPÍTULO: La lucha contra la impunidad de los tribunales españoles	359
5.1 Introducción	359
5.2 el caso <i>Pinochet</i>: Crimen de genocidio, tortura y terrorismo	362
5.2.1 Las repercusiones internacionales del caso <i>Pinochet</i>	370
5.3 El caso de <i>Adolfo Scilingo</i>	372
5.4 El caso <i>Guatemala</i>; Genocidio, torturas, terrorismo, asesinato y detención ilegal	378
5.4.1 Las Repercusiones internacional del caso <i>Guatemala</i>	387
5.5 El caso <i>Couso</i>; Violación del IV Convenio de Ginebra sobre protección de civiles en tiempos de guerra	389
5.6 El caso <i>Sahara</i>; Genocidio concurrente con asesinatos, lesiones y torturas	395
5.7 El caso <i>Guantánamo</i>; reflexiones preliminares	400
5.7.1 El caso <i>Guantánamo</i> ; crímenes contra las personas y bienes protegidos en caso de guerra y otros delitos,	403
5.7.2 El caso <i>Guantánamo</i> ; Torturas y malos tratos sobre detenidos españoles o con vínculo de conexión con España.	407

5.8 Caso <i>Tíbet</i>	409
5.8.1 Crímenes contra la humanidad en Tíbet	411
5.8.2 Sigue: el crimen de genocidio	414
5.9 Caso Gaza	418
5.10 Los requisitos previstos en la Ley Orgánica 1 de 2014 y los casos pendientes de juicio ante la Audiencia Nacional	424
5.11 Conclusiones Capítulo	430
5.11.1 Lecciones Aprendidas	432
CONCLUSIONES	435
BIBLIOGRAFIA	457

Introducción

La relevancia que el tema de la represión de los
crímenes internacionales ha tenido en los estudios de Paz.

No tendremos desarrollo sin
seguridad, no tendremos seguridad sin
desarrollo, y no tendremos ninguna de
las dos cosas si no se respetan los
derechos humanos.
(Kofi Annan 2005)

1. Elección y delimitación del Tema

El presente trabajo, que se inserta dentro de la línea de investigación Derechos Humanos y Paz, del Instituto Interuniversitario de Desarrollo Social y Paz (IUDESP), donde el programa de Doctorado se sitúa, se propone analizar el desarrollo del sistema de justicia penal internacional en relación a la represión de los crímenes internacionales, como el genocidio, la tortura, los crímenes de lesa humanidad y otras graves violaciones al derecho internacional previstas en los tratados internacionales.

Nuestra investigación nace y se construye sobre la propuesta de Filosofía para la Paz desde la Ética Comunicativa de Vicent Martínez Guzmán, fundador de la Cátedra UNESCO de Filosofía para la Paz, que organiza el Máster en Estudios Internacionales en Paz, Conflictos y Desarrollo; esta postura se fundamenta en particular sobre la realización de un horizonte normativo para una convivencia en paz. «Hay un nuevo reencuentro entre la filosofía y las relaciones internacionales, según el cual podemos hablar de elementos

normativos en el orden mundial y de que tenemos deberes más allá de las fronteras» (Martínez Guzmán, 2009: 180). Entre estos deberes y responsabilidades que los gobernantes tienen, está el de la toma de conciencia por el sufrimiento de las muchas víctimas de crímenes internacionales que no obtienen justicia y reparación por lo sufrido, en una continuada cultura de la impunidad llevada a cabo por varios Estados.

Parece obvio que cuando se consume un genocidio se pone en peligro a toda la humanidad o que un crimen de guerra puede implicar una amenaza a la paz para todos los Estados, esto en cuanto un régimen que no tiene escrúpulos algunos en cometer graves violaciones a los Derechos Humanos constituye una amenaza no solamente para los Estados vecinos, sino para la totalidad de las naciones.

Los estudios de Paz, desde siempre comprometidos con el respeto de la dignidad humana y la protección de los Derechos Humanos, se han involucrado cada vez más en la temática relativa a la represión de los crímenes internacionales y al restablecimiento de la paz y la reconciliación social en los territorios involucrados en un conflicto interno o internacional. La lucha a las muchas formas de impunidad presentes hoy en día, es un tema que la Cátedra UNESCO de Filosofía para la Paz de la Universitat Jaume I de Castellón, trabaja diariamente. Muchas tesis del Máster que ahí se imparte, entre ellas la mía, enfrentaron este tema desde diferentes perspectivas y diferentes realidades, dependiendo de la nacionalidad del estudiante y de su propio entorno. De igual forma, en las investigaciones doctorales se han defendido tesis que tenían por objeto los crímenes internacionales cometidos en el territorio de Rwanda o en el Sáhara Occidental, o relativos a la lucha contra la impunidad y la búsqueda de la reconciliación social después de un conflicto, como en el caso del territorio colombiano.

Vincent Martínez Guzmán, en uno de sus trabajos sobre el papel de la sociedad civil en la construcción de la paz, aborda el tema de la seguridad poniendo el énfasis sobre

las amenazas que hoy en día pueden afectar a uno o más Estados. Tomando las palabras de Evans, declara que hoy en día las amenazas son cada vez más internacionales y «ya no son suficientes las políticas estatales para afrontar estos conflictos» (Martínez Guzmán, 2008: 9). En el mismo libro, el autor retoma las cuatro categorías de amenazas, indicadas por Evans que pueden afectar a la Comunidad Internacional en su conjunto:

- 1) Amenazas emergentes (*Emerging threats*) que aún no suponen disputas, conflictos armados u otras crisis mayores de la seguridad [...].
- 2) Disputas (*Disputes*) entre Estados o dentro de Estados que, sin llegar a las armas, amenazan la seguridad internacional [...].
- 3) Conflictos armados (*Armed conflicts*): invasiones, intervenciones armadas, choque en las fronteras.
- 4) En otras crisis mayores de la seguridad, el autor incluye temas más complejos que las simples amenazas emergentes pero que no se pueden considerar disputas o conflictos armados (Martínez Guzmán; 2008: 9).

Con los datos anteriores, en el mismo documento, el autor muestra las posibles respuestas internacionales para solucionar las situaciones conflictivas y crear un sistema que pueda mantener la paz al interior de los Estados afectados, que pueda restablecer el tejido social y que, finalmente, prevenga nuevas amenazas a la seguridad. Entre estas respuestas el autor menciona las leyes, normas estatales e internacionales y la creación de un sistema de justicia internacional.

Enfatizando en los estudios llevados a cabo por Evans (1993) podemos ver que las posibles respuestas pueden ser resumidas como sigue:

- Estrategias de construcción de la paz que se dividen en:
- Regímenes internacionales: normas, leyes, acuerdos y organizaciones internacionales de un lado y del otro lado los organismos internacionales que se ocupan de la resolución de las disputas jurídicas internacionales.
- Construcción de la paz en el interior de los países. O lo que es lo mismo, la restauración dentro de los países de las condiciones necesarias para que estos mismos puedan tener una política y economía estables.
- Todas las estrategias de mantenimiento de la paz: como la diplomacia

preventiva.

- Los mecanismos para la restauración de la paz que intentan solucionar un conflicto armado.
- Y en los casos en que no se pudiera encontrar un acuerdo entre las partes en conflicto, las estrategias de paz forzada.

El análisis sobre las respuestas a las situaciones conflictivas no puede estar lejano al objetivo primario de la justicia, como «primera virtud de las instituciones sociales» (Rawls; 1975: 19). El objeto de la justicia es la estructura básica de la sociedad, es decir, el conjunto de principios, derechos y deberes fundamentales, que permiten crear un marco adecuado para las relaciones entre personas e instituciones, autorizando, prohibiendo y permitiendo acciones específicas en la interacción de individuos e instituciones. De esta manera se puede coordinar de manera eficaz y estable la comunidad humana intentando prevenir las violaciones e infracciones a los derechos y principios básicos. De hecho, la justicia debería prevenir, solucionar una situación conflictiva y restablecer el orden en el interior de un territorio, dando voz tanto a las víctimas como a los victimarios para que se pueda reconciliar el tejido social dañado.

Siguiendo esta línea de investigación y mis estudios previos, tanto en la Universidad de Bologna como en el Máster en Estudios de Paz, Conflictos y Desarrollo, he decidido seguir en el Doctorado investigando el tema de la represión de los crímenes internacionales, como violaciones a gran escala de los Derechos Humanos, amenazas a la seguridad internacional y por consiguiente a la paz, poniendo particular énfasis en las soluciones judiciales nacionales e internacionales.

El punto de partida son las diferentes formas de jurisdicción, que constituyen lo que llamaremos el sistema penal internacional, a través de las cuales es posible condenar a los responsables de estos actos o resarcir a las víctimas; nos referimos, entre otras a la jurisdicción penal internacional, la jurisdicción sobre ilícitos civiles internacionales y el

principio de jurisdicción penal universal.

Objeto principal de este trabajo es el último principio, a través del cual han sido posibles numerosos juicios, llevados a cabo por los tribunales internos de algunos Estados, sobre crímenes internacionales cometidos por personas extranjeras y a daño de víctimas que no tienen la nacionalidad del Estado en el que se procede al juicio.

Dada la importancia que el ordenamiento jurídico español ha tenido en la aplicación de esta tipología de jurisdicción, siendo uno de los principales protagonistas en el escenario internacional, se dedicará parte de la presente tesis al análisis de la norma que regula en este país el poder judicial; la Ley Orgánica n. 6 de 1985, del 1 de julio, y su artículo 23 en el que se prevé el principio de jurisdicción penal universal por los actos que trascienden el solo Estado, así como las Leyes Orgánicas de reforma 1/2009, publicadas el 3 noviembre de 2009 y 1 de 2014 de 13 de marzo de 2014.

Como explica Antoni Pigrau Solé (2009), la Audiencia Nacional Española ha recibido diferentes denuncias relativas a la comisión de determinados delitos en el extranjero, relativos al crimen de genocidio, a los crímenes de guerra y a los crímenes en contra de la Humanidad. El autor habla de un proceso de revitalización de la jurisdicción universal en este país que se ha enmarcado en un fenómeno más grande y ha tenido efectos directos a nivel internacional. Esto en cuanto el proceso puesto en marcha por el trámite de esta ley:

ha obligado a los distintos órganos judiciales españoles, en especial a la Audiencia Nacional, pero también al 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 (Pigrau Solé, 2009: 19).

Por lo tanto, en esta tesis analizaremos la norma que ha permitido empezar muchos juicios basados sobre el principio de jurisdicción penal universal y las razones que han llevado a su modificación a través de las dos leyes de reforma. No cabe duda de que estas últimas intervienen en un momento histórico complicado, en que varios intereses nacionales e internacionales chocan y esto tiene consecuencias directas o indirectas también en las cuestiones relativas a la justicia o a la política exterior de los Estados.

Como expone Luis Carlos Nieto García (2009), en su artículo sobre la reforma de la jurisdicción universal: un acuerdo para desandar un avance en la defensa de los derechos humanos, lo que está en juego tras la ley 1 de 2009 es muy importante, ya que por su trámite se pretende debilitar el contenido de las convenciones internacionales que prohíben, previenen la comisión de un crimen internacional y que establecen precisas obligaciones para los Estados parte de estas últimas como la de investigar los hechos, condenar a los responsables y resarcir a las víctimas.

De esta forma, quien escribe piensa que limitar o obstaculizar, a través de la reforma del principio de jurisdicción universal, la posibilidad de las víctimas de recibir justicia supone un retroceso significativo en la defensa de los Derechos Humanos, defensa prevista en los tratados y convenios internacionales ratificados por España.

2. Estado de la cuestión

La gran mayoría de las muchas graves violaciones a los Derechos Humanos que se han manifestado en la historia de la humanidad, se han quedado, en muchos de los casos, en la más completa impunidad para los sujetos responsables y en el olvido por parte de las autoridades estatales de los países en que han sido cometidas. Sin embargo, la idea de una posible respuesta internacional a las graves violaciones cometidas en contra de los Derechos Humanos, como lucha en contra de los actos que afectan la entera Humanidad, se puede encontrar ya en la mitad del siglo XIX, cuando se abrió la cuestión ligada a la esclavitud.

En un estudio hecho por la historiadora Jenny Martínez (2008), se ha demostrado cómo muchos Estados han dado un gran impulso a la creación de una justicia que podemos llamar transnacional. El primer país del que se puede hacer mención es Inglaterra, que tuvo un papel muy importante a la hora de intervenir en las regiones de América Latina y en Caribe, a través de la constitución de tribunales, que hoy serían considerados internacionales, para reprimir la conducta de la sumisión a esclavitud. La época oscura del comercio de los esclavos ha visto su propio fin gracias a los esfuerzos internos de los países, de los abolicionistas, pero también gracias a los medios predispuestos a nivel internacional para la represión y la abolición esta tipología de comercio. Entre 1817 y 1871, Inglaterra estipuló muchos tratados bilaterales con España, Portugal, Chile, Uruguay, Argentina y Bolivia con el objetivo de abolir de la trata de esclavos.

Martínez (2008) muestra que el derecho internacional y, en particular, los mecanismos judiciales internacionales, han sido utilizados como importantes instrumentos para limitar las graves violaciones de los Derechos Humanos y con ellos, las diferentes formas de amenazas a la paz. Se puede constatar que es gracias también a estos mecanismos internacionales, junto a los mecanismos internos, que los esfuerzos para la

abolición de la esclavitud han tenido éxito. Estos tribunales pueden ser considerados como los primeros ejemplos de cortes con funciones y composiciones internacionales en defensa de los Derechos Humanos.

Tristemente, en el último siglo las formas de amenazas a la paz han sido diversas y con el tiempo han cambiado en su forma y sustancia llegando a poner en peligro a la Comunidad Internacional en su conjunto. De hecho, partiendo de los crímenes cometidos bajo un conflicto armado interno en un solo Estado, han ocurrido nuevas amenazas que se muestran siempre menos ligadas al ámbito mono territorial y más cercanas a actos que pueden afectar a cualquier país también en tiempo de paz.

Importante, para establecer la base jurídica de un sistema de represión de estos actos, es la creación de la noción de crimen internacional prevista en algunos convenios internacionales. Son crímenes internacionales aquellas actividades criminales que el derecho internacional general pone, en virtud de una exigencia de represión sentida por la Comunidad Internacional, la consecuencia de la responsabilidad penal del individuo que actúa. Estos crímenes por su naturaleza, amenazan la paz global. Entre estas conductas se puede mencionar el crimen de apartheid, de genocidio, de tortura, contra la humanidad o de guerra.

Todas estas expresiones de violencia han puesto el énfasis sobre la necesidad de identificar nuevos intereses que la Comunidad Internacional considera dignos de protección universal, con el objetivo de crear un sistema global de protección y represión, basado en normas de Derecho Internacional. Como consecuencia de esta necesidad han sido no sólo creadas normas internacionales sino también modificadas normas internas a los ordenamientos nacionales.

Conforme con lo afirmado por Pérez González (2009: 133), Una vez asumido el papel importante desarrollado por el Derecho Internacional de incorporar las normas

relativas a los elementos constitutivos de crímenes internacionales y su persecución, debemos valorar cuáles han sido los mecanismos más adecuados para el enjuiciamiento y castigo de sus responsables. «A partir de ahí, queda determinar cuál es (o debería ser) el alcance de dicha obligación de enjuiciamiento para aquellos Estados que no tienen ningún nexo de conexión con los hechos y/o sus responsables».

Para Introducir el lector al tema de la persecución de los crímenes internacional, en el primer capítulo de este trabajo se parte de la noción de crimen internacional, delito que por su naturaleza lleva a la consecuencia de poder llevar a la intervención de una jurisdicción penal internacional en cuanto sus consecuencias son de tal gravedad que no puede ser considerada suficiente la persecución por parte de una jurisdicción penal interna a un Estado. De hecho puede parecer necesaria, en esos casos, la intervención de una excepcional jurisdicción penal constituida a través de concurso de más Estados, como explica Vassalli (1995: 111).

Por lo tanto, un primer punto de partida para la evaluación del desarrollo del Derecho Internacional, ha sido el análisis de la evolución que han tenido hacia la creación de los que la doctrina internacional llama intereses universalmente protegidos.

Éstos constituirían «los atributos inalienables de la persona humana», es decir, un auténtico núcleo duro de derechos que expresarían la dimensión irreductible del género humano, y que traslucirían unos valores universalmente reconocidos y aceptados, cuya violación haría imposible el respeto de los demás derechos, alterando al mismo tiempo la propia esencia y naturaleza humanas (Blanc Altamir, 2001: 25).

Se abre de este modo un nuevo capítulo en la historia de los seres humanos, como personas con dignidad. Ya en 1785, el filósofo Emmanuel Kant hablaba de la Humanidad entendida como dignidad¹:

¹ Antonio Blanc Altamir (2001: 17) afirma que: «El reconocimiento de la universalidad de los derechos humanos más allá de cualquier diferencia étnica, cultural, régimen político o desarrollo económico, tan

L'umanità [l'essere uomo] è essa stessa una dignità: l'uomo non può essere trattato dall'uomo (da un altro uomo o da se stesso) come un semplice mezzo, ma deve essere trattato sempre come anche un fine. In ciò appunto consiste la sua dignità (personalità), ed è in tal modo che egli si eleva al di sopra di tutti gli esseri viventi che non sono uomini² (Kant, 2005: 57).

A través del concepto de dignidad de todos los seres humanos, han sido reconocidos algunos derechos de carácter universal, de «legitimidad supranacional», y establecidas algunas obligaciones para los Estados para que estos derechos sean efectiva y concretamente respetados. Esta proclamación de la dignidad intrínseca en la humanidad, ha acompañado todo el desarrollo sucesivo del derecho internacional, y hoy se encuentra consagrada públicamente en la carta de los crímenes cometidos en el territorio de Rwanda donde fue instituido el Tribunal Penal Internacional y en la Carta del congreso de Roma, a través de la cual se creó el Estatuto de la Corte Penal Internacional Permanente con sede en la Haya.

Como explica Carrillo Salcedo (2001) en la Carta de las Naciones Unidas, adoptada el 26 de junio de 1945, se abre una nueva etapa del Derecho Internacional. El reconocimiento y la afirmación del respeto universal de los Derechos Humanos ha influido extraordinariamente en el proceso de transformación del Derecho Internacional tradicional³.

sólo puede basarse en la dignidad humana, común a todos los hombres [...]. Dignidad que se deriva de la común condición de todos los seres humanos, en la medida en que pertenecen a una especie [...], así como de un conjunto irreductible de potencialidades entre las que destacarían la libertad y la sociabilidad». El autor, haciendo mención del trabajo de investigación de Carrillo Salcedo: *La Declaración Universal de Derechos Humanos ¿es universal?*, en *Tiempo de Paz* n.48, primavera de 1998, afirma que la dignidad intrínseca del ser humano constituye un nuevo principio constitucional introducido en el Derecho Internacional por la Carta de las Naciones Unidas.

² Traducción: la Humanidad (ser humano) es en sí una dignidad: el hombre no puede ser manejado por otro hombre como simple medio, sino debe ser tratado también como fin. De hecho, es su dignidad (su personalidad); es en esta manera que él se eleva sobre todos los seres vivos que no son hombres.

³ «Como es bien sabido, el Derecho Internacional clásico se apoyaba en una sociedad internacional de estructura interestatal cuya principal función consistía en regular las relaciones entre los Estados y distribuir las competencias entre ellos. Se trataba de un Derecho de y para los Estados. Semejante planteamiento determinaba que sólo los Estados fueran sujetos de Derecho Internacional. Hoy en día, ni el Derecho Internacional es un Derecho que regula, en exclusiva, las relaciones entre los Estados, ni los Estados son sus únicos sujetos, ni mucho menos los únicos protagonistas del panorama internacional, lo que no es óbice para poder afirmar el papel preponderante que el Estado soberano sigue desempeñado en

Además, la noción jurídica de la dignidad intrínseca de la persona ha puesto de manifiesto que las obligaciones jurídicas de los Estados derivan no sólo de su consentimiento manifestado en acuerdos o convenios internacionales, sino también de principios de Derecho Internacional General.

Partiendo de este concepto, se decidió implementar los mecanismos previstos en normas, escritas o no escritas, para reprimir los crímenes que dañan esta dignidad y ofenden a toda la Humanidad; así como fomentar la prevención de estas conductas. Estos mecanismos deben ser empleados cuando se produce una violación de normas que imponen obligaciones *erga omnes*⁴, en cuanto se refieren a la tutela de intereses considerados superiores, es decir normas de *jus cogens*.

La definición de un núcleo intangible o irreducible de derechos humanos nos conecta irremediabilmente con el concepto de normas de *ius cogens*. En efecto las normas imperativas son aquellas que han sido así calificadas por la comunidad internacional en su conjunto, mediante su «aceptación» y su «reconocimiento». Dichas normas, que derivan de un consenso general de los Estados referido a determinados valores jurídicos que se consideran esenciales en el ordenamiento internacional, no admiten acuerdo en contrario, y como establece el artículo 53 del Convenio de Viena sobre Derecho de los Tratados, «solo puede ser modificada por una norma ulterior de Derecho Internacional general que tenga el mismo carácter» (Blanc Altemir, 2001: 25).

Estas normas superiores en cuanto inderogables, tienen efecto sobre todos los Estados, y por esta razón se habla de obligaciones *erga omnes*. Entre estas normas encontramos las reglas internacionales que prohíben los actos de tortura o de genocidio. Según Picone (1983), las normas de *jus cogens* crean obligaciones para todas las naciones de la Comunidad Internacional; la ejecución de estas obligaciones puede ser exigida colectivamente entre ellos, en cuanto sirven para cumplir los intereses de la humanidad

el Derecho Internacional contemporáneo» (Bollo Arocena, 2004: 33).

⁴ Sobre este aspecto Gaja (1981) que identifica las obligaciones *erga omnes* en las normas que en Derecho Internacional tienen el valor de normas inderogables: *jus cogens*. No pueden por lo tanto ser objeto de modificaciones ni pueden ser derogadas por parte de los Estados.

misma.

La transformación del Derecho Internacional tradicional, antes mencionada, empieza con los crímenes cometidos en la Segunda Guerra Mundial que se califican como graves violaciones de normas que imponen obligaciones *erga omnes* a los Estados. Después de estos crímenes, a través de los mecanismos predispuestos para su represión, nace la esperanza de poner fin a las graves violaciones y castigar a los responsables de actos tan graves para ofender a la misma Comunidad Internacional. En efecto, la importancia de estos intereses comunes a todas las naciones ha generado algunos remedios creados por la Comunidad Internacional, para reprimir las conductas, determinar las responsabilidades de los autores, imponer castigos y resarcir a las víctimas por lo sufrido. En concreto, estos remedios, que serán profundizados a lo largo de esta tesis, han sido: la justicia penal internacional, la jurisdicción civil sobre ilícitos especiales y finalmente, la jurisdicción penal universal.

Partiendo de la justicia penal internacional, tema que será profundizado en el segundo capítulo de este documento, podemos ver cómo este sistema de persecución de los más atroces violaciones a los Derechos Humanos ha sido muy debatido y criticado en un principio por los Estados. La razón principal es que en él se abre un proceso que limita la competencia soberana estatal y en particular, se limita a los Estados la competencia para conocer algunos crímenes que por su naturaleza, por la falta de voluntad o capacidad de los Estados, deben ser tratados en instancias internacionales.

No obstante las críticas y los obstáculos iniciales, el miedo que los Estados tenían de perder sus propias competencias, estaba contrabalanceado por el hecho que por el trámite de los tribunales internacionales, entre ellos los tribunales penales militares como Tokyo y Núremberg, los tribunales penales internacionales para el territorio de la ex-Yugoslavia y Rwanda, y, finalmente la Corte Penal Internacional con carácter permanente,

se había creado un sistema efectivo, más seguro e igualitario, de represión de los crímenes internacionales. En esta dirección se expresan Cassese (1998) y Kelsen (1990: 147), la internacionalización del proceso contra criminales de guerra es un gran avance en el mantenimiento de un castigo igualitario, ya que una pluralidad de tribunales estatales significa una pluralidad de penas a aplicar según donde se ventile el caso.

Nadie duda de la importancia de dichos órganos en la lucha a la impunidad en el caso de crímenes internacionales, como al mismo tiempo, nadie duda de la existencia de importantes críticas sobre su constitución por parte del Consejo de las Naciones Unidas, críticas que se extienden también a su funcionamiento y a los resultados obtenidos⁵. Como afirma Prada Solaesa (2012: 18):

No puede decirse que, en términos de números, los resultados de los asuntos definitivamente juzgados por estos tribunales hayan sido verdaderamente espectaculares en relación a los recursos económicos y de otro tipos aplicados. Sin embargo, si entendemos que su actividad ha sido muy importante [...] las críticas [...] no pueden empañar las importantes aportaciones, sobre todo a la formación de una cultura universal de protección internacional de los derechos humanos frente a las situaciones más graves de violación masiva y sistemáticas de estos, principalmente por qué han sido decisivos en el cambio de mentalidad y actitud de la humanidad frente a estas situaciones, introduciendo una dimensión global en la concepción de la justicia penal internacional.

Seguramente el paso fundamental hacia la protección de los Derechos Humanos, persecución de crímenes internacionales y reparación para las víctimas, ha sido la creación de la Corte Penal Internacional con carácter permanente y *pro futuro*, cuyo Estatuto ha codificado los avances de los tribunales penales internacionales y ha contribuido enormemente al desarrollo de legislaciones nacionales en tema de Derecho penal

⁵ Como explica Prada Solaesa (2012: 17), hablando del tribunal para la ex-Yugoslavia, hay muchos puntos débiles en su constitución que llegan incluso a cuestionar su legitimidad jurisdiccional y a «sembrar dudas sobre su consideración como un auténtico instrumento de justicia». Además de esto se cuestiona su escasa eficacia y el modelo de justicia instaurado en él, que no se ocupa de la reparación de las víctimas. Este tema será profundizado en el segundo capítulo de esta tesis en el apartado 2.3.

internacional y en cooperación con la labor de la Corte Penal Internacional.

Este hecho debe ser enmarcado dentro de los extraordinarios cambios que han colocado a los derechos humanos en el lugar central que les corresponde.[...] el Estatuto de Roma ha constituido un paso determinante en la construcción de un sistema más o menos completo de represión de los más graves crímenes internacionales, como paso inicial en la lucha contra la impunidad de sus autores (Quel López y Bollo Arocena, 2001: 167).

Como explica Juan Antonio Yáñez Barnuevo (2012: 9), postura confirmada por Escobar Hernández (2012: 10), una de las consecuencias más importantes de la ratificación del Estatuto de la Corte Penal Internacional es que este evento ha llevado a una actualización de las legislaciones nacionales, de los códigos penales, constituciones, códigos de procedimiento, de la justicia militar y leyes de cooperación con dicho órgano entre otros. Un paso que el mismo autor define como fundamental para el Derecho Internacional humanitario y con ello para la lucha a la impunidad.

Al mismo tiempo, no podemos dejar de mencionar los muchos obstáculos, como se desprende del análisis desarrollada en el segundo capítulo de esta tesis apartado 2.3, que dicha Corte tiene a la hora de perseguir los crímenes tipificados en el artículo 5 de su Estatuto. Problemas materiales, jueces y fiscales de diferentes nacionalidades y de distintas tradiciones jurídicas, la complejidad de las investigaciones y la falta de cooperación de los países donde los crímenes se cometen o donde se encuentran los responsables, además de esto el hecho que el Estatuto no ha sido ratificado por todos los Estados sino que algunos como los Estados Unidos y China se han mostrado verdaderamente en contra de las actuaciones de dicho órgano.

En efecto, pese a la naturaleza de la CPI como jurisdicción internacional especializada con competencia para el enjuiciamiento de las personas responsables de graves crímenes contra la Comunidad Internacional [...], el ejercicio de su competencia se ve obstaculizado por una serie de exigencias y limitaciones establecidas en su Estatuto. Por otra parte, algunas de ellas son

consustanciales a su naturaleza de jurisdicción internacional en tanto que otras se derivan de los condicionamientos políticos presentes en el sistema internacional contemporáneo y a los que la Corte «ha rendido pleitesía». Asimismo, existen limitaciones que se vinculan con las exigencias de cierta intensidad que habría de concurrir en las acciones susceptibles de enjuiciamiento (cláusula *de minimis*) (González Vega, 2009: 117-118).

Uno de los mecanismos que el sistema de justicia internacional está desarrollando para la reparación de los daños derivados por la comisión de un crimen internacional ha sido la jurisdicción sobre ilícitos civiles internacionales, tema que será analizado en el segundo capítulo en los apartados 2.5 y sucesivos.

Sobre la temática relativa a la jurisdicción ejercida con el único fin de reparar a las víctimas de las violaciones graves de los Derechos Humanos, se indagará la ley estadounidense: *Alien Tort Claim Act* (ATCA) de 1789. A través de esta ley se ha instaurado un tipo de jurisdicción civil por actos que se ponen en contra del derecho internacional o de los tratados internacionales en que los Estados Unidos de América es parte. Siempre en esta misma óptica, otro ejemplo está representado por otra ley estadounidense: *Torture Victim Protection Act* (TVPA) de 1992. Este tema será profundizado con el auxilio de la jurisprudencia estadounidense que en algunos casos ha utilizado el ATCA y TVPA para defender los intereses de las víctimas extranjeras de violaciones de sus Derechos Fundamentales.

Debido a las limitaciones y faltas de los primeros mecanismos *supra* mencionados, podemos afirmar que en el sistema de represión internacional, la jurisdicción penal universal se configura como un instrumento complementario a los primeros, pero seguramente necesario, al estado actual, para la persecución de conductas criminales internacionales; sobre todo en el caso en que no se pueda activar la justicia del Estado en cuyo territorio se verificaron los hechos o la jurisdicción de los tribunales internacionales.

Objeto de análisis del tercer capítulo de este trabajo es el principio de jurisdicción

penal universal; su creación, los elementos, las características y los criterios para su aplicabilidad. Partiendo por los Principios de Princeton, *the Princeton principles on universal jurisdiction*, que por primera vez, han intentado organizar de manera orgánica y exhaustiva la materia, se pasa al desarrollo que este principio ha tenido desde su aparición hasta ahora, culminando el análisis con la Declaración de Madrid de 2014, sobre el futuro de esta tipología de jurisdicción.

Se entiende por jurisdicción penal universal, la jurisdicción que un Estado ejerce, para la persecución de algunas conductas, que a nivel internacional han sido identificadas como crímenes internacionales. Esta jurisdicción se caracteriza por ser utilizada en casos en que no se encuentra una efectiva conexión del crimen con el territorio en que se procede al juicio, sino se basa únicamente sobre la naturaleza del crimen cometido. En otras palabras, significa que un Estado, sin algún perjuicio de las necesidades de protección de la seguridad y los bienes nacionales, decide perseguir y castigar ciertas conductas, sin que estas últimas estén ligadas con su territorio o tengan otros elementos subjetivos con el Estado, como la nacionalidad de las víctimas o del victimario.

Como afirma Pérez González (2009: 143):

El principio de jurisdicción universal, mucho más en su versión absoluta, avanza una concepción del Derecho internacional que pretende incorporar como pilar fundamental aquellos instrumentos que sirven precisamente a la defensa de los valores fundamentales reconocidos como tales por la Comunidad Internacional en su conjunto. Habiendo ésta incorporado la represión de determinadas prácticas [...], resulta necesario que avance, al tiempo, en el refuerzo de los mecanismos que permitan, en la práctica, aquella represión. Se impone así un deber de cooperación tendente a erradicar la impunidad.

Siguiendo el desarrollo de este principio, a lo largo del tercer capítulo se razonará sobre los elementos y límites de esta tipología de jurisdicción y se dará espacio a las experiencias nacionales en la aplicación práctica de esta jurisdicción, poniendo el énfasis

sobre las experiencias, entre otras belga, alemana, suiza, francesa y holandesa, proponiendo algunos casos que han visto involucradas a las cortes nacionales de estos países.

La jurisdicción universal, tema central de esta tesis, está siendo cuestionada en los últimos años, debido a que conlleva a la injerencia en los asuntos internos a otros Estados y dificulta, por lo tanto, las relaciones diplomáticas entre los países. La doctrina internacional, entre otros Blanco Cordero (2004), Gil Gil (2009a) y Abad Castelos (2012) sustentan la tesis de que estamos frente a una verdadera crisis del principio de jurisdicción universal, a tal grado que llegan a preguntarse si al estado actual, podemos decir que esta tipología de jurisdicción sigue existiendo.

En este trabajo se intenta demostrar que ha comenzado un lento pero progresivo retroceso a nivel legislativo de los Estados sobre este tema⁶, proceso que está dirigido a limitar u obstaculizar la utilización de esta tipología de jurisdicción. Partiendo de la experiencia española, podemos ver cómo la normativa interna sobre esta tipología de jurisdicción, la Ley Orgánica número 6 de 1985, sobre el Poder Judicial, que disciplina los casos en que se puede activar, por parte de los tribunales nacionales, ha sido en diferentes ocasiones, objeto de modificaciones fundamentadas en la exigencia de limitar el alcance de la jurisdicción universal en este territorio.

Las reformas, a través de la Ley Orgánica n. 1 de 2009 y de la Ley Orgánica 1 de 2014 que aportan importantes cambios a la Ley Orgánica n. 6 de 1985 sobre el ejercicio extraterritorial de la jurisdicción penal en el caso de la comisión de un crimen internacional, se sitúan en este camino y podrían influenciar la futura regulación del principio afectando a posteriores legislaciones nacionales de otros Estados y a la reglamentación que este principio ha adquirido en los últimos años en el derecho

⁶ Este tema será objeto de análisis más detallados en el cuarto y quinto capítulo de esta tesis.

internacional general.

Sánchez Legido (2014: 3) define la última reforma rotunda y contundente, ya que pone fin a la persecución de los crímenes internacionales en territorio español:

la nueva ley introduce hasta cinco medidas restrictivas en relación con el modelo hasta ahora vigente. En primer lugar, *se reducen extraordinariamente los vínculos relevantes de conexión de obligada concurrencia para el ejercicio de la jurisdicción extraterritorial* de nuestros tribunales [...] El segundo elemento restrictivo deriva de la *reformulación del principio de subsidiariedad* [...] El tercer aspecto con el que se cercena considerablemente la operatividad del artículo 23.4 tiene que ver con quién puede instar la actuación de la justicia española en este tipo de supuestos, anticipando la *supresión de la acción popular* que, al parecer con mayor alcance, se contemplaba ya en un borrador de nuevo código procesal penal [...]. Los dos últimos aspectos tienen que ver con la entrada en vigor de la ley y su impacto sobre los casos abiertos sobre la base del precepto reformado aún pendientes. (2014: 3 y sucesivas)

Seguramente resulta interesante evaluar las repercusiones que dicha norma tendrá tanto en los juicios pendiente delante la Audiencia Nacional española como los futuros basados en esta tipología de jurisdicción. Pero al mismo tiempo, tendremos que mirar las consecuencias internacionales de una norma que podría influenciar de forma negativa el desarrollo del principio de persecución universal a nivel internacional.

Finalmente podemos decir que, el retroceso que la reforma supone, en ningún caso puede ponerse en contra u obstaculizar el cumplimiento de las obligaciones internacionales ratificadas por España. También si es verdad que a nivel internacional la falta de un tratado sobre la jurisdicción universal dificulta la creación de una *praxis* homogénea de los Estados en esta materia, y se habla del carácter puramente facultativo de su ejercicio en lo referente a determinados crímenes internacionales, como tortura o genocidio, esto no incide sobre la naturaleza del principio, sólo significa que esta tipología de jurisdicción es considerada uno de los mecanismos necesarios para la represión de crímenes

internacionales y que el Estado pueda cumplir las obligaciones derivadas por los tratados internacionales que ha ratificado también a través de otros instrumentos judiciales.

Yendo más allá, en lo referente a las previsiones explícitas del principio de justicia universal en los Convenios de Ginebra, normas de *jus cogens* que establecen la prohibición y castigo de los crímenes de guerra, podemos ver como en este último caso, se prevé una obligación clara y unívoca, obligación *erga omnes*, de perseguir dichas conductas allí donde sea. En este caso no hay una mera facultad de activar la jurisdicción nacional sino más bien un deber⁷. Por lo tanto, por lo menos a lo relativo a dichos crímenes no se debería dudar de la naturaleza de norma de *jus cogens* de la norma que prevé las necesidad de juzgar y los medios para cumplir dicha obligación. Lo que conlleva a la consecuencia de la inderogabilidad de dicho principio y que las previsiones normativas nacionales contrarias a dicha norma, o que establezcan limitaciones para su ejercicio, sean nulas y puedan ser derogadas a favor de las normas internacionales correspondientes.

Nada impide, tampoco, que la jurisdicción universal establecida en estos Convenios sea considerada por los Estados Parte como subsidiaria de otros

⁷ De esta forma se expresa el Comité de la Cruz Roja en un informe de junio de 2011 relativo al fin y aplicación del principio de jurisdicción universal, comentarios y observaciones: «The treaty basis of universal jurisdiction was introduced in the four Geneva Conventions for the protection of war victims in relation to those violations of the Conventions defined as grave breaches [...]. There is a specific obligation under the relevant article of each Convention (art.49 of the First Convention, art. 50 of the Second Convention, art. 129 of the Third Convention and art. 146 of the Fourth Convention.[...] The obligation to search for person accused of having committed grave breaches imposes an active duty. [...] The Geneva Conventions have been universally ratified. Ratification imposes the obligation of State parties to establish universal jurisdiction in their legal order [...]. ICRC recognizes that States may want to attach conditioning factors to the application of universal jurisdiction. However, it believes that, in each context, such conditioning factors must be aimed at increasing the effectiveness and predictability of universal jurisdiction and must not unnecessarily restrict the possibility of prosecuting suspected offenders». Traducción: «La base convencional de la jurisdicción universal fue introducida en los cuatro Convenios de Ginebra sobre la protección de las víctimas de crímenes de guerra en relación a las graves violaciones definidas en los Convenios [...]. Existe una específica obligación en los artículos de cada Convenio (art. 49 del Primer Convenio, art. 50 del Segundo Convenio, art. 129 del Tercer Convenio y art.146 del Cuarto Convenio [...]). La obligación de buscar las personas acusadas de haber cometido las graves violaciones impone un deber activo. Los Convenios de Ginebra han sido universalmente ratificados. La ratificación impone la obligación de los Estados Parte de establecer la jurisdicción universal en sus ordenamientos [...]. ICRC reconoce que los Estados pueden desear fijar condiciones para la aplicación de la jurisdicción universal. Sin embargo, considera que, en cada contexto, tales condicionantes deben estar encaminadas a aumentar la eficacia y la previsibilidad de la jurisdicción universal y no deben restringir innecesariamente la posibilidad de enjuiciar a los presuntos delincuentes». El informe se puede consultar en la siguiente página web: http://www.fd.uc.pt/igc/pdf/mne/varios/uj_3.pdf, páginas 23 y sucesivas.

principios de derecho internacional [...] cuando otros estados solicitan la entrega de los responsables para perseguirlos eficazmente. [...] Pero lo que no autorizan los Convenios en modo alguno es a no ejercer jurisdicción sobre estos crímenes cuando otros estados no la ejercen de forma eficaz y con las debidas garantías (Gómez Benítez, 2014: 62).

3. Objetivos de la investigación:

Objetivo general de esta investigación es el análisis sobre el estado actual de la persecución de los crímenes internacionales actuada por los tribunales nacionales en base al principio de jurisdicción universal.

Los objetivos específicos ligados a este general son:

1. Profundizar la temática relacionada a la represión de los crímenes internacionales y evaluar los medios predispuestos por la Comunidad Internacional para lograr este resultado.
2. Partiendo del principio de justicia penal internacional, estudiar los avances y los obstáculos de los tribunales internacionales.
3. Pasando a la jurisdicción sobre ilícitos civiles especiales, evaluar su aportación en tema de lucha a la impunidad y reparación para las víctimas de graves violaciones a los Derechos Humanos.
5. Analizar el principio de jurisdicción universal en materia penal como instrumento complementario y al mismo tiempo necesario a los primeros.
6. Analizar el fundamento de las condiciones y límites relativos a las competencias de los Estados para proceder a investigar o perseguir las violaciones internacionales cometidas afuera de su propio territorio.
7. Teniendo en cuenta la importancia que España ha asumido en la lucha a la impunidad, se intentará contestar a la preocupación que ha nacido en el ámbito

internacional después de las mencionadas leyes de reforma española que modificaron la ley precedente sobre el poder judicial, poniendo algunas restricciones a la efectiva utilización por parte del Estado de la jurisdicción penal universal.

4. Hipótesis de trabajo:

Con base en estos datos, la hipótesis principal de esta tesis es la de considerar la jurisdicción universal como un instrumento, seguramente complementario a los otros mecanismos previstos en el sistema penal internacional para la prevención, sanción y reparación de un crimen internacional. Al mismo tiempo un instrumento eficaz y necesario, al estado actual del desarrollo del derecho internacional, para luchar en contra de las muchas y variadas formas de impunidad que niegan justicia y verdad a las víctimas.

En esta óptica, nuestra postura es que las leyes españolas 1 de 2009 y 1 de 2014, de reforma de la ley 6 de 1985 sobre el poder judicial, modificando y limitando el alcance y el contenido de la jurisdicción penal universal, representan un paso atrás, por parte del Estado que ha sido portavoz de esta lucha y que ha demostrado que una justicia global es posible. Como se explica en los capítulos cuarto y quinto de este trabajo, no obstante el hecho de que la reforma representa un retroceso en la defensa de los Derechos Humanos y en la persecución de los crímenes internacionales, no es posible, al estado actual, establecer con certeza que la modificación se pone directamente en contra de las obligaciones derivadas por los convenios internacionales sobre la represión de los crímenes internacionales, en que España es parte, con la exclusión de los Convenios de Ginebra sobre la persecución del crimen de guerra. Sobre este último aspecto, la doctrina especializada afirma la contrariedad de la reforma a las obligaciones de buscar a los responsables, investigar y en

su caso enjuiciar a los autores de las graves violaciones a los Convenios.

Finalmente podemos decir que el futuro ejercicio de la jurisdicción universal en territorio español dependerá del trabajo de los tribunales nacionales, únicos sujetos que pueden dar la aplicación concreta de esta ley.

5. Metodología y Organización de la Tesis

Para lograr el resultado de obtener un análisis que intenta ser preciso y eficaz del desarrollo del sistema de persecución de los crímenes internacionales dispuesto por la Comunidad Internacional, se utilizarán a lo largo de esta tesis, elementos normativos y jurisprudenciales, tanto nacionales como internacionales.

Partiendo de los elementos normativos, se pueden mencionar los tratados internacionales sobre la persecución y prevención de las graves violaciones al derecho internacional, los estatutos de los tribunales internacionales así como las normativas internas a los Estados, constitucionales, penales y procesales penales, que regulan el ejercicio de la jurisdicción para los crímenes internacionales.

Pasando a los datos relativos a la jurisprudencia internacional, se compararán sentencias y decisiones de la Corte Internacional de Justicia, el Tribunal Europeo de Derecho Humanos, la Corte Interamericana de Derechos del Hombre y los Tribunales Penales Internacionales. De igual forma, para determinar las condiciones y los criterios de aplicabilidad del principio de jurisdicción universal, se analizarán, por un lado las sentencias de las cortes estadounidenses, siendo los Estados Unidos de América el único país con legislación en tema de jurisdicción sobre ilícitos civiles especiales, y por el otro lado, entre otras, las decisiones de los tribunales internos de Bélgica, Holanda, Francia, Alemania y España, en tema de jurisdicción penal universal. Finalmente el tema será

profundizado con el auxilio de manuales, libros y revistas de relevantes autores españoles e internacionales.

Con el fin de seguir un orden histórico pero también temático, la tesis se organizará en cinco diferentes capítulos. En el **primer capítulo: los crímenes de interés universal**, estudiaremos los crímenes internacionales, de genocidio, de lesa humanidad, de guerra y de agresión, con el fin de introducir la temática relativa a sus persecuciones tanto a nivel internacional como nacional. El **segundo capítulo: el sistema penal internacional**, enfrentará la temática de la creación y aplicación de la justicia penal internacional, los avances y los obstáculos de los tribunales internacionales, mixtos y de la Corte Penal Internacional; y la jurisdicción civil sobre ilícitos especiales como remedio para ofrecer una reparación a las víctimas de crímenes internacionales en un Estado que no tiene ningún interés específico a la persecución de los hechos, sino un interés de justicia más grande y respetuoso de los principios y valores de la Comunidad Internacional. En el **tercer capítulo: la persecución de los crímenes internacionales a través de la jurisdicción penal universal**, se profundizará el tema ligado a la creación del principio de jurisdicción penal universal y se comparará su aplicación en diferentes Estados, aunque conscientes del hecho de que este principio también si está incluido en más de un centenar de legislaciones nacionales, ha sido utilizado por un número verdaderamente exiguo de Estados y que por lo tanto, proponer reglas generalizadas sobre la *praxis* estatales resulta una tarea muy difícil. En el **cuarto capítulo: la experiencia española en tema de jurisdicción penal universal**, se examinará la normativa española que regula el ejercicio por parte del Estado español de esta última tipología de jurisdicción. Además se profundizarán los motivos y razones que llevaron al legislador español a modificar esta normativa y se evaluará si dichas reformas resultan conformes al Derecho Internacional y a los tratados internacionales relativos a la persecución de crímenes internacionales, ratificados por

España.

Finalmente, en el **quinto capítulo: la lucha contra la impunidad de los tribunales españoles**, se tratarán los casos más relevantes sobre crímenes internacionales en que se han visto involucrados los tribunales españoles; además, se profundizará, de forma crítica, el tema relativo a la última reforma y el potencial destructivo sobre los casos todavía pendientes delante la Audiencia Nacional, así como los futuros, basados en el principio de jurisdicción universal.

Primer Capítulo

Los crímenes de interés universal

Questi tanti uomini non erano né perversi né sadici, bensì erano, e sono tuttora, terribilmente normali. Dal punto di vista delle nostre istituzioni giuridiche e dei nostri canoni etici, questa normalità è più spaventosa di tutte le atrocità messe insieme, poiché implica che questo nuovo tipo di criminale, realmente *hostis generis humani*, commette i suoi crimini in circostanze che quasi gli impediscono di accorgersi o di sentire che agisce male⁸.

(Hannah Arendt, *la banalità del male*, 1963)

Debido a los desequilibrios y tensiones propias de una comunidad de Estados, la Comunidad Internacional ha tenido que enfrentarse durante el último siglo a diferentes tipologías de conflictos, internos o internacionales, donde las normas mínimas en tema de Derechos Humanos no son respetadas y no se da ningún valor al concepto de dignidad del hombre. De esta forma, para poder poner un punto final a las muchas atrocidades cometidas, los Estados han decidido actuar de manera continua y global, creando un sistema jurídico de protección de los derechos fundamentales.

If it is certain that the XXth century was the stage, apart from the extraordinary scientific and technological advances of our time, of cruelties perpetrated against the human person in an unprecedented scale, it is also certain that this generated

⁸ Traducción: Estos muchos hombres no eran perversos ni sádicos, sino que eran y todavía son, terriblemente normales. Desde el punto de vista de nuestras instituciones jurídicas y de nuestros estándares éticos, esta normalidad es más temible que todas las atrocidades juntas, ya que implica que este nuevo tipo de criminal, realmente *hostis generis humani*, comete crímenes en circunstancias que casi le impiden darse cuenta de que está actuando mal.

a reaction of the universal juridical conscience to the urgent needs of protection of the human being⁹ (Cançado Trinade, 1999: 212).

Partiendo del análisis de las normas que a nivel internacional prohíben y reprimen la comisión de crímenes internacionales, el objetivo de este capítulo es preparar el camino para los razonamientos más detallados que serán enfrentados en los capítulos posteriores, relativos al sistema de justicia penal internacional y en particular en mecanismo de jurisdicción penal universal, basado en el respeto de los derechos universalmente protegidos y la represión de los crímenes internacionales.

Los Derechos Humanos como parte integrante de los estudios de paz serán tratados a la hora de explicar la evolución normativa y judicial que ha llevado a la creación de reglamentos jurídicos internacionales que prohíben actividades que se ponen en contra del respeto de estos mismos derechos y además han dado vida a la noción de crimen internacional. Este punto será objeto de reflexiones tanto desde una perspectiva teórica como mediante el análisis de casos prácticos.

Conscientes de las diferentes teorías sobre los crímenes sujetos a la jurisdicción universal¹⁰ y sobre todo del hecho que en la actualidad no hay un acuerdo generalizado entre los Estados sobre los crímenes perseguibles a través de esta tipología de jurisdicción, hemos decidido que el ámbito de esta investigación se limitará a los de crímenes

⁹ Traducción: Si bien es cierto que el siglo XX fue el escenario, además de los extraordinarios avances científicos y tecnológicos de nuestro tiempo, de crueldades perpetradas contra la persona humana en una escala sin precedentes, también es cierto que esto generó una reacción de la conciencia jurídica universal a las necesidades urgentes de protección del ser humano.

¹⁰ Como afirma Coombes (2011: 433): «Legal theorists generally agree that the crimes subject to universal jurisdiction include piracy, slavery, war crimes, genocide, crimes against humanity, apartheid, and torture. Some theorists suggest that other crimes, most notably terrorism-related offenses, are subject to universal jurisdiction; however, in light of international community's continuing inability to define "terrorism", it is likely premature to support this conclusion». Traducción: «Teóricos jurídicos generalmente están de acuerdo en considerar que los crímenes sujetos a la jurisdicción universal incluyen la piratería, la esclavitud, crímenes de guerra, genocidio, crímenes en contra de la humanidad, apartheid, y tortura. Algunos teóricos sugieren que otros crímenes, los más destacados los delitos relacionados al terrorismo, son sujetos a la jurisdicción universal; sin embargo, a la luz de la continua imposibilidad de la comunidad internacional de definir el "terrorismo", resulta prematuro apoyar esta postura».

internacionales de primer grado y su represión¹¹: el crimen de genocidio, en contra de la humanidad, el crimen de guerra y de tortura; crímenes sujetos a la jurisdicción universal así como establecido por las normas de Derecho Internacional Consuetudinario¹² que los prevén y también tipificados en el Estatuto de la Corte Penal Internacional. Considerando que por su naturaleza dichos delitos implican estudios específicos y más detallados, se dará una sintética visión de sus características sin entrar en el detalle de las mismas; de hecho, debido a la falta de tiempo y al objeto de la tesis, algunos aspectos no podrán ser profundizados a lo largo de este trabajo.

Finalmente, en el último apartado se analizarán los principios sobre los cuales se basa la persecución de dichos actos, a nivel nacional, internacional y universal.

1.1 La protección de los Derechos Humanos.

Al término de la Segunda Guerra Mundial la Comunidad Internacional empezó a razonar en cuanto a la posibilidad de crear derechos universalmente protegidos. En este sentido, la Carta de las Naciones Unidas, que declaró la dignidad de todos los seres humanos; los Tribunales militares de Nuremberg y Tokyo, que juzgaron a los responsables de los crímenes de guerra, en contra de la paz y de la humanidad; la Convención de Ginebra sobre el Derecho internacional humanitario y la Declaración Universal de los Derechos Humanos, contribuyeron a la consolidación de la convicción jurídica de la existencia de dichos derechos, mismos que todos los Estados deben respetar tanto en

¹¹ Para profundizar el tema de crímenes de primer grado veáse, entre otros, Olle Sesé (2008).

¹² Sobre este aspecto se puede consultar el Reporte del Consejo de la Unión Europea relativo al principio de jurisdicción universal, *AU-EU Expert Report on the principle of universal jurisdiction*, Doc. 8672/1/09/REVI, del 16 de abril de 2009 en cuyo párrafo 9 se afirma: «State by and large accept that customary international law permits the exercise of universal jurisdiction over the international crimes of genocide, crimes against humanity, war crimes and torture, as well as over piracy». «Traducción: Los Estados en general aceptan que el derecho internacional consuetudinario permite el ejercicio de la jurisdicción universal sobre crímenes internacionales de genocidio, contra la humanidad, crímenes e guerra y tortura, así como sobre el crimen de piratería». El reporte se puede consultar en la página web: <http://es.scribd.com/doc/14984540/The-AU-EU-Expert-Report-on-the-Principle-of-Universal-Jurisdiction>.

tiempo de paz como de guerra.

El 10 de diciembre de 1948, la Asamblea General de las Naciones Unidas aprobó y proclamó la Declaración Universal de Derechos Humanos, cuyo preámbulo prevé: «Considerando que la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana», se da un reconocimiento a los derechos fundamentales y se considera esencial proteger a las personas.

The 1948 Universal Declaration of Human Rights has paved the way for adoption, in the last five decades, of successive and numerous human rights treaties and instruments, which operate today on a regular and permanent basis, at global and regional levels. [...] also projected itself into the domestic law of States. Its norms found expression in the national Constitutions of numerous States, and served as a model for provisions of national legislation aiming at the protection of human rights. [...] Today, over fifty years later, it retains its importance to current endeavours to render human rights the common language of humankind¹³ (Cançado Trindade, 1999: 157-158).

Como explica Carrillo Salcedo (2001), en la Carta de las Naciones Unidas¹⁴, adoptada el 26 de junio de 1945, se abre una nueva etapa en el derecho internacional: el reconocimiento y la afirmación del respeto universal de los Derechos Humanos, lo que ha influido extraordinariamente en el proceso de cambio y transformación del Derecho Internacional tradicional¹⁵.

¹³ Traducción: La Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948 ha abierto el camino para la adopción, en las últimas cinco décadas, de los sucesivos y numerosos tratados e instrumentos de derechos humanos, que operan hoy en día de forma regular y permanente, en el plano mundial y regional. [...] También se proyectó en la legislación interna de los Estados. Sus normas encontraron expresión en las Constituciones nacionales de numerosos Estados, y sirvieron como modelo para las disposiciones de la legislación nacional con el objetivo de la protección de los derechos humanos. [...] En la actualidad, más de cincuenta años después, conserva su importancia para los esfuerzos actuales para hacer de los derechos humanos el lenguaje común de la humanidad.

¹⁴ La finalidad primordial de la Organización de las Naciones Unidas, como codificada en los artículos 24 y 25 de su Carta, es la de mantener la paz, e intervenir en nombre del interés colectivo, en todo conflicto que pueda poner en peligro la paz y seguridad internacional.

¹⁵ El profesor Carrillo Salcedo, en diferentes ocasiones (1999, 2001) ha afirmado que, justo antes del inicio de la Primera Guerra Mundial, el Derecho Internacional parecía un sistema jurídico que regulaba las relaciones entre los Estados. Este sistema se caracterizaba por la vigencia de los principios de soberanía e

A raíz de estos cambios en el escenario internacional, surgió una pregunta a la cual todavía no se ha dado una respuesta clara y unívoca: ¿En qué casos la violación de los Derechos Humanos justifica una intervención por parte de la Comunidad Internacional?

1.1.1 La vinculación existente entre la protección de los Derechos Humanos y la persecución de los crímenes internacionales

Como explica Michael Ignatieff (2003) la revolución jurídica de los Derechos Humanos, todavía no puede darse por concluida. El proceso revolucionario ha tenido su propio inicio a través de la noción jurídica de la dignidad intrínseca de la persona, misma que ha sido delineada entre otras, en la Declaración Universal de los Derechos Humanos o la Convención sobre el crimen de genocidio de 1948; de igual forma, ha puesto de manifiesto que las obligaciones jurídicas de los Estados, en protección de dichos derechos, derivan no sólo de su consentimiento manifestado en acuerdos o convenios internacionales, sino también de principios de Derecho Internacional general.

Inmediatamente después de la posguerra, se decidió reorganizar el orden normativo vigente a nivel internacional con el fin de crear un sistema que sirviese de contención a las barbaries de los últimos siglos. Este nuevo orden, basado en el Derecho Internacional, exige a los Estados la coherencia con los contenidos de las normas internacionales que ratifiquen y el respecto de algunos valores superiores y de carácter general, reconocidos como fundamentales. En este sentido, se puede decir que el Derecho Internacional prevé

independencia de las entidades políticas. Podemos definir este momento como la fase clásica o tradicional del Derecho Internacional; último que tenía la finalidad de regular las relaciones de coexistencia y cooperación entre Estados soberanos, iguales e independientes. De esta forma, los Estados eran los únicos sujetos del Derecho Internacional; creadores, destinatarios y ejecutores de su normas. Sobre la transformación Derecho Internacional clásico así descrito, véase la nota 3 de la presente tesis. Hoy en día afirma Bollo Arocena (2004: 34): « [...] el Derecho Internacional [...] presenta un carácter *evolutivo*, incluso podríamos calificarlo como *expansionista e innovador*. Y ello se debe, por una parte, al proceso de ampliación de materias reguladas por el Derecho Internacional [...] pongamos por caso, la protección de los derechos humanos».

obligaciones cuya formación y ejecución se basa sobre el *consensus* de las partes, pero al mismo tiempo crea vínculos jurídicos generales y estables que deben ser respetados independientemente del *consensus* en la creación y ejecución de estos últimos.

Como explica Paolo de Stefano, Doctor de la Universidad de Padova e investigador de la Cátedra UNESCO Diritti Umani, Democrazia e Pace, en los últimos veinte años se ha asistido a un proceso de: «individuazione sul piano del diritto internazionale di una serie di norme di ordine pubblico della comunità internazionale ispirate alla tutela, anche penale, dei diritti e delle libertà fondamentali¹⁶ » (De Stefano; 2000: 53).

De esta forma, consciente de la intrínseca vinculación entre las previsiones sobre la protección de los derechos humanos y las normas tendientes a prevenir, perseguir y sancionar las conductas delictivas internacionales¹⁷, la Comunidad de Naciones ha venido creando y disciplinando el sector relativo a la tutela de los derechos y de las libertades fundamentales, estableciendo obligaciones y límites a los Estados tanto en tiempo de paz como en tiempo de conflictos armados.

Estas obligaciones prevén además, que la protección de los derechos y libertades, a corto plazo, debería procurar poner fin a la violencia, la pérdida de vidas y demás sufrimientos lo antes posible; mientras que a largo plazo, debería solucionar y ayudar a las sociedades tomando medidas para garantizar que no se repita la violencia y se respeten los derechos de todos los seres humanos. A tal fin, ha procurado dar una respuesta por medio

¹⁶ Traducción: se asiste a un proceso de individualización en el derecho internacional de una serie de normas de orden público de la comunidad internacional inspiradas en la tutela, también penal, de los derechos y de las libertades fundamentales.

¹⁷ Sobre este tema véase entre otros, García Arán (2000b: 7): «La vinculación entre los derechos humanos y el crimen internacional puede sintetizarse en torno a los siguientes puntos: 1) cuando el derecho internacional incorpora los derechos humanos a sus instituciones reconoce supranacionalmente la dignidad de la persona, a quien se atribuye la calidad de sujeto de derecho internacional y, lo que es más importante, se le reconocen derechos fundamentales que no pueden ser desconocidos por los Estados. 2) En consecuencia, la violación de los derechos humanos no es una cuestión de derecho interno sino un problema internacional pues se ve afectado el orden internacional. 3) Ello está en la base del núcleo duro de l principio de justicia universal que parte de la consideración de la persona como sujeto de derecho internacional». El artículo sobre la justicia universal, es parte del libro: constituye un capítulo del libro Crimen internacional y jurisdicción universal. El caso Pinochet. García Arán/López Garrido (coords). Valencia, Tirant lo Blanch 2000, pp.63,ss. El texto del artículo se puede consultar en la siguiente página web: http://portal.uclm.es/descargas/idp_docs/doctrinas/elprincipiodejusticiauniversal.pdf.

del Derecho. Este intento ha sido llevado a cabo mediante la creación de un sistema que por un lado actúa en el inmediato, en la situación conflictiva en los casos de graves violaciones a los Derechos Humanos, reprimiendo las conductas y apoyando a las víctimas, y por el otro, intenta reconciliar a las partes involucradas en los mismos conflictos y establece las bases para que los Estados se encarguen de la seguridad de sus propios ciudadanos.

Basándonos en estas consideraciones, podemos analizar como se concretizan estas reglas y como han sido creadas y modificadas a lo largo de las últimas décadas. Partiendo de los estudios sobre el Derecho Internacional general, se puede constatar que dentro de esta materia, han tenido una enorme importancia el Derecho Internacional Humanitario y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos; ambos aspiran a proteger a la persona en toda situación interna o internacional.

Dada a la importancia que han tenido en el campo de la represión de los crímenes internacionales, a lo largo de esta tesis pondré el énfasis sobre estos dos sectores, debido a que como señala Gros Espiell , ambos:

constituyen partes, sectores específicos, de un sistema internacional general, de raíz esencialmente humanitaria, dirigidos a proteger al ser humano en la forma más amplia y comprensiva que sea compatible con la existencia del orden jurídico y de los derechos legítimos del Estado y de la Comunidad Internacional (Gros Espiell, 1984: 703).

Es bien sabido que los sectores antes mencionados, al momento de su creación fueron considerados como dos sectores del Derecho Internacional general separados, autónomos y contrapuestos pero, contrariamente a lo que antes se pensaba, la doctrina actual avanza hacia la idea de no considerar estos dos instrumentos jurídicos como contrapuestos sino complementarios. Pérez González afirma que:

el Derecho humanitario y los Derechos humanos no son ámbitos jurídicos separados, puesto que ambos responden al objetivo de poner límites a la

violencia contra la vida y dignidad humanas, lo que conduce a que en ciertas circunstancias – sobre todo en casos en que estalla la violencia dentro de un territorio de un Estado – estén llamados a aplicarse en la misma situación (González, 1997: 340).

Dicho esto, podemos ver como a lo largo de la historia de la humanidad han sido cometidas muchas barbaries; graves violaciones a los Derechos Humanos. Esta es la cuestión que a lo largo de la tesis será enfrentada, consciente del hecho de que proteger estos últimos, incluso a través de la utilización de la fuerza armada, ha sido, es y será una tema controvertido. Lo cierto es que habría sido intolerable que la Comunidad Internacional hubiera permanecido impasible ante semejantes violaciones.

1.1.2 Las respuestas de la Comunidad Internacional en la protección de los Derechos Humanos

Para perseguir estas conductas, además de la utilización de los instrumentos normativos que han sido mencionados, la Comunidad Internacional ha venido creando un tipo de derecho que, contrario a los dos derechos que se ocupan de la protección del ser humano, está pensando para encontrar a los responsables y condenarlos en un sistema de justicia que va mas allá de los Estados: el Derecho penal internacional.

Tanto este último como los precedentes tienen como sujetos de aplicación y objetos de su protección a los Estados y a las personas. Esta reconstrucción demuestra que la persona es un sujeto de Derecho Internacional, tanto pasivo como activo, contrariamente al pensamiento tradicional que consideraba a las personas únicamente como objeto y no sujeto; de esta forma la *praxis* internacional desde la persecución del crimen de piratería hasta la creación de los tribunales militares internacionales *ad Hoc*, de Nuremberg y de

Tokyo, ha demostrado que el individuo es también sujeto de este derecho¹⁸.

Por lo tanto, podemos afirmar que las normas internacionales garantizan el respeto de principios considerados fundamentales e imponen obligaciones a los Estados con el fin que organicen sus propios ordenamientos en el respeto de dichos principios; al mismo tiempo el sistema creado por dichas normas es un sistema que ve a las personas, y no solamente a los Estados, como responsables de la comisión de las graves violaciones y crímenes internacionales, siendo susceptibles de condena tanto a nivel nacional como internacional.

1.2 Las normas de Derecho penal internacional

En 1820 Bentham utilizó por primera vez la expresión de Derecho penal internacional. Desde aquel momento esta rama de derecho ha vivido y vive un importante desarrollo que le ha llevado a cambiar radicalmente de significado a lo largo de los últimos dos siglos. Para entender la utilización actual de esta disciplina, tenemos que partir desde el momento en que fue creada. Podemos ver como esta disciplina nació para suplir las faltas de la ley penal, o como explica Ollé Sesé (2008: 137): «surge de la exigencia primaria de solucionar los problemas de aplicación de la ley penal».

Además, podemos ver como en un principio esta disciplina estaba compuesta por un conjunto de normas internas, relativas a la aplicación de la normativa penal, pero en un espacio que trascendía solo al Estado.

Un espacio de cooperación y auxilio judicial en materia penal entre los Estados.

¹⁸ Como explica Cançado Trindade (1999: 186-187): «One of the most significant developments in the course of the evolution of the International Law of Human Rights along the last five decades has undoubtedly been the consolidation of the procedural capacity of the individual. It could hardly be denied nowadays that the individual is subject of International Law in the domain of human rights protection». Traducción: uno de los avances más significativos en el curso de la evolución del Derecho Internacional de los Derechos Humanos a lo largo de las últimas cinco décadas ha sido sin duda la consolidación de la capacidad procesal del individuo. Dificilmente se puede negar hoy en día que el individuo es sujeto del Derecho Internacional en el ámbito de la protección de los derechos humanos.

[...] También se incluía en el ámbito originario de este concepto la cooperación jurídico internacional en materia penal y especialmente la asistencia interestatal para el cumplimiento de penas (Ollé Sesé, 2008: 138).

Desde su creación, este derecho ha tenido diferentes interpretaciones¹⁹, como la hecha por Profesor Jescheck y analizada por el Profesor Kai Ambos (2005b), que ha individuado tres principios básicos a la base del Derecho penal internacional: el principio de responsabilidad jurídico penal directa del individuo bajo el derecho internacional; el principio de preferencia del Derecho penal internacional frente al derecho interno y el principio de exclusión de la teoría del acto de soberanía. Según definiciones más recientes, dadas por Ambos (2005b y 2006b), o Werle, el Derecho penal internacional es la parte del Derecho Internacional General en la que podemos encontrar «tutte le norme del diritto internazionale che direttamente fondano, escludono, o regolano altrimenti la punibilità di crimini di diritto internazionale²⁰» (Werle, 2009: 81). «Sería el sector del ordenamiento internacional cuya función es proteger, de los bienes vitales que constituyen el orden jurídico internacional, aquellos que son más importantes frente a las formas de agresión más graves» (Gil Gil, 1999: 18). Como explica Ollé Sesé (2008), analizando esta disciplina desde el lado de la protección de los bienes jurídicos, podemos decidir que el fundamento de este derecho se puede encontrar en la protección de la paz, de la seguridad y del bienestar de la humanidad.

En otras palabras, es la parte del derecho internacional que permite determinar cuáles son los crímenes de interés internacional²¹ y que por lo tanto no pueden ser de

¹⁹ Véanse, entre otros: Quintano Ripollés, Tratado de Derecho penal internacional 1957; Plawsky, la notion de Droit International Penal 1978; Jescheck, Tratado de Derecho Penal parte General 1981, Bassiouni, Derecho Penal Internacional, Proyecto de Código Penal Internacional 1984.

²⁰ Traducción: Todas las normas de derecho internacional que directamente, fundan, excluyen o regulan la punibilidad de los crímenes de derecho internacional.

²¹ Como afirma Alicia Gil Gil: «[...] la protección de la vida, la integridad corporal o la salud o la libertad [...] dejan de ser crímenes de Derecho Común para convertirse en una manifestación de una política de Estado que ofende la universalidad del sentimiento humano y turba profundamente las relaciones internacionales (Gil Gil, 1999: 30)».

competencia exclusiva y discreción nacional:

International criminal law is the branch of international law which determines crimes which are of international concern and therefore, cannot be left within the exclusive realm and discretion of the national criminal law of the States concerned²² (Koebele; 2009:53).

El Derecho penal internacional se divide en sustancial y procesal. El primero se refiere a las normas que describen los elementos constitutivos de los crímenes internacionales (objetivos y subjetivos) y las relativas condiciones de procedibilidad. El segundo, se refiere al conjunto de reglas que disciplinan el procedimiento aplicable en los procesos²³.

La punibilidad de estas conductas se fundamenta en la «esistenza di valori de interessi propri della comunità internazionale, riconosciuti come fondamentali dalla medesima, e quindi a beni che superano l'interesse del singolo Stato²⁴» (Ziccardi Capaldo; 1990: 90).

Dentro estas normas internacionales hay aquellas específicas que regulan la figura de crimen internacional. Podemos decir que, una norma que establece las conductas criminales de relevancia internacional debe tener tres requisitos fundamentales:

- En primer lugar, debe describir un ilícito cometido según los parámetros relativos a los elementos subjetivos de los crímenes: culpa y dolo. Al mismo tiempo debe establecer una pena por la comisión del mismo acto.
- En segundo lugar, la norma debe pertenecer al ordenamiento jurídico internacional.

²² Traducción: El derecho penal internacional es la rama del derecho internacional que determina los delitos que son de interés internacional y por lo tanto, no se pueden dejar a el ámbito exclusivo y la discreción de la legislación penal nacional de los Estados interesados.

²³ Sobre este tema Bollo Arocena (2004: 52): «El Derecho Internacional Penal se halla conformado, por una parte, por un conjunto de normas de contenido *sustantivo o material*, que *tipifican* comportamientos criminales especialmente graves [...] y que suponen un atentado contra las más elementales normas de humanidad, y, por otra, por un conjunto de normas, de contenido *adjetivo o procesal*, que establecen las técnicas para hacer efectiva la responsabilidad de los autores de tales crímenes».

²⁴ Traducción: la existencia de valores e intereses propios de la Comunidad Internacional, reconocidos como fundamentales por parte de la misma y que por lo tanto superan el intereses del solo Estado.

- Finalmente, la norma debe garantizar la punibilidad de este comportamiento, de manera independiente, es decir el hecho de que en las normativas penales nacionales no se prevé el acto como crimen, no influye a nivel internacional.

De estos requisitos se desprende que para que cualquier crimen pertenezca al Derecho penal internacional requiere que la norma forme parte del Derecho Internacional, que el supuesto de hecho describa los elementos del ilícito penal imputable individualmente y que sea punible directamente mediante la pena prevista por el Derecho Internacional o en el caso que intervenga un tribunal nacional, indirectamente por remisión a las normas penales domésticas. La conclusión que se puede sacar de estos presupuestos es que la punibilidad de estos actos nace directamente del Derecho Internacional.

Al mismo tiempo, lo que diferencia este tipo de conducta del crimen común, reprimido a nivel nacional, es el elemento internacional. Este último puede ser un elemento constitutivo del crimen o una circunstancia del mismo: «*il fatto o il contesto*» (Werle, 2009: 94).

Estos elementos son diferentes en cada tipo de crimen tomado en consideración. El primero de ellos que puede ser mencionado es la violencia. Cada una de las tipologías de conductas presentes en esta tesis presume un uso difundido y sistemático de violencia. Por ejemplo, en los crímenes en contra de la humanidad esta violencia organizada se manifiesta en el ataque sistemático en contra de civiles; en el crimen de genocidio, la violencia está orientada a la destrucción de un grupo étnico, religioso o fácilmente individualizado. En los crímenes de guerra, el contexto que lleva a la violencia está determinado por el conflicto armado al unísono con el crimen de agresión.

Función principal de la norma internacional es determinar cuándo nos enfrentamos a una determinada conducta penalmente reprimida y ligarla a determinados sujetos, a través del principio de responsabilidad penal internacional individual. No menos

importante es su función de prevención de estos actos en el futuro, explicitando los mecanismos, que tanto a nivel nacional, como internacional, deben ser activados para evitar el desarrollo de prácticas tendientes a generar consecuencias trágicas.

A través de un estudio sobre los estatutos de los tribunales internacionales y de su jurisprudencia, esta función preventiva regulada por la norma internacional, encuentra su actuación en el momento de reconocer un determinado sujeto culpable y por lo tanto en el momento en que se establece una sanción por lo ocurrido. En otras palabras, es en el acto procesal que explica toda su fuerza.

The Trial Chamber is of the view that, in general, retribution and deterrence are the main purposes to be considered when imposing sentences before the International Tribunal. Punishment for having violated international humanitarian law, in the light of the serious nature of the crimes committed, is a relevant and important consideration. As to the latter, the purpose is to deter the specific accused as well as others, which means [...] person worldwide from committing crimes in similar circumstances against international humanitarian law. The Trial Chamber is further of the view that another relevant sentencing purpose is to show the people of not only former Yugoslavia, but of the world general, that there is no impunity for these types of crimes against international humanitarian law to be committed as well as to create trust and respect for the developing system of international criminal justice. The trial Chamber also supports the purpose of rehabilitation for person convicted²⁵ [...] (ICTY, Case No: IT-95-16 T; sentencia del 14 de enero de 2000; Kupreskic et al., TC; parrafo 848).

Resumiendo, podemos ver como por un lado el Derecho penal internacional es el

²⁵ Traducción: La Sala de Primera Instancia considera que, en general, retribución y la disuasión son los principales objetivos a tener en cuenta al dictar sentencia ante el Tribunal Internacional. El castigo por haber violado el derecho internacional humanitario, es a la luz de la gravedad de los crímenes cometidos, una consideración relevante e importante. En cuanto a este último, el objetivo es disuadir al específico acusado, así como los demás, que significa (...) cualquier persona alrededor del mundo que cometa crímenes en circunstancias similares contra el derecho internacional humanitario. La Sala de Primera Instancia considera, además, la opinión de que otro propósito de sentencia relevante es mostrar a la gente, no sólo de la antigua Yugoslavia, sino del mundo en general, que no hay impunidad para este tipo de crímenes contra el derecho internacional humanitario que se cometa, así como para crear confianza y respeto por el desarrollo del sistema de justicia penal internacional. La Sala de Primera Instancia también es compatible con el objetivo de la rehabilitación para la persona condenada.

conjunto de normas y principios internacionales en materia penal, y por el otro lado es aplicable tanto por los tribunales supranacionales, híbridos, mixtos o internacionalizados, como por los tribunales nacionales en aplicación del principio de jurisdicción universal, con independencia de la recepción en las legislaciones internas²⁶.

Estas normas han representado, representan y representarán el punto crucial de la evolución de un sistema que tiene como objetivo la persecución de estos crímenes, la punibilidad de los sujetos culpables, el restablecimiento de la situación *quo antes* en el lugar donde han sido cometidos y sobre todo, el dar verdad y justicia a las víctimas.

1.3 La noción de crímenes internacionales

Desde la baja Edad Media hasta la segunda Guerra Mundial, las actividades criminales, en las que emergen las primeras manifestaciones de tipologías de jurisdicciones que trascienden el solo Estado fueron: el bandolerismo, los actos que entran en lo que se consideraban como crímenes de guerra, la piratería y el tráfico de esclavos. Los bandoleros eran considerados como grupos organizados, militares o veteranos de guerra, que se dedicaban a robar los campos y con ello a perturbar la seguridad y paz de determinadas zonas. Todas esas actividades mencionadas fueron consideradas objeto de una forma primordial de persecución universal de acuerdo con el Derecho Internacional consuetudinario y convencional de la época.

Desde este momento se manifestó la necesidad de determinar normas internacionales, claras, unívocas y comunes para esos crímenes, y en particular los

²⁶ Como afirma Coombes (2011: 432): «The crimes subject to universal jurisdiction are found under customary international law. As such, they exist internationally regardless of whether a specific state has ratified a treaty to this effect or incorporated the crime into domestic law». Traducción: «Los crímenes sujetos a la jurisdicción universal se encuentran en el derecho internacional consuetudinario. De este modo, ellos existen a nivel internacional independientemente si un específico Estado ha ratificado un tratado a este efecto o ha incorporado el crimen en su ordenamiento».

esfuerzos se centraron en determinar una definición de crímenes que por su propia naturaleza afectan a toda la humanidad; en otras palabras los crímenes internacionales. Todo esto, teniendo siempre en cuenta el desarrollo sucesivo y las nuevas actividades ilícitas que podrían ser consideradas como tales.

Son crímenes internacionales aquellas actividades criminales que el derecho internacional general pone, en virtud de una exigencia de represión sentida por la entera comunidad, la consecuencia de la responsabilidad penal del individuo que actúa. Entre estas conductas se puede mencionar el crimen de *apartheid*, de genocidio, de tortura o los crímenes de guerra. El Derecho Internacional liga a la comisión de crímenes internacionales la obligación de encontrar al responsable y condenarlo también si actúa en nombre de un Estado; esto en deroga al principio según el cual la actividad realizada en nombre o por comisión de un Estado se tiene que imputar únicamente al Estado y no al individuo.

La *ratio* de esta excepción esta explicada en una famosa sentencia del Tribunal de Nuremberg según la cual: «Crimes against international law are committed by men, not by abstract entities, and only by punishing individuals who commit such crimes can the provision of international law been forced²⁷» (Tribunal de Nuremberg, sentencia del 1 octubre 1946).

Basándonos en las definiciones dadas por Sperduti (1962) y Ronzitti (1988), son crímenes internacionales *crimina iuris gentium*, o crímenes en contra del Derecho Internacional, las graves violaciones de las normas de Derecho Internacional que prevén la protección de valores y de bienes considerados por parte del ordenamiento de la Comunidad Internacional como meritorios de una tutela particular.

Como explica el Profesor Ollé Sesé, las normas que a nivel internacional se ocupan

²⁷ Traducción: Los crímenes en contra del Derecho Internacional son cometidos por hombres, no por entidades abstractas, y solamente sancionado a los individuos que han cometidos dichos crímenes las previsiones de derechos internacional son respetadas.

de dichos crímenes encuentran su fundamento en la protección de bienes jurídicos determinados como la Paz, la seguridad y el bienestar de la humanidad. De hecho, siguiendo la tipificación dada por dicho autor, podemos ver como todas las conductas que se ponen en contra de uno de estos bienes, constituyen un crimen de Derecho Internacional de primer grado. Son delitos de primer grado:

crímenes cometidos en su grande mayoría por miembros de un gobierno, organizaciones políticas o grupos afines que puedan ejercer el gobierno de facto, bajo un plan organizado, dirigido y/o preconcebido, incluso en tiempo de paz (Ollé Sesé, 2008: 191).

Lo que supone una violación masiva y sistemática de los Derechos Humanos y la creación de una responsabilidad penal individual directa del sujeto que actúa, bajo el derecho internacional. Mientras que los crímenes internacionales de segundo grado son los que se fundamentan en el Derecho interno o en el Derecho Internacional como lesiones de intereses comunes internacionales o de transcendencia internacional. Debido a su carácter transfronterizo, estas conductas exigen una adecuada intervención interestatal y determinan la responsabilidad penal individual internacional indirecta a través del derecho interno.

En el listado de los crímenes de primer grado encontramos todas las violaciones a las normas de *ius cogens*. Como explica Bassiouni (2001) el carácter de *ius cogens* se refiere al estatuto jurídico de ciertas infracciones. Debido a este estatuto jurídico, las violaciones a estas normas generan obligaciones *erga omnes*. En otras palabras, podemos ver que en consecuencia de la calificación de algunos crímenes como *ius cogens*, se crean obligaciones *erga omnes*, por ejemplo: el deber de procesar o extraditar, la imprescriptibilidad del crimen o la exclusión de toda impunidad, incluso si se es miembro de un gobierno, a cualquier nivel. El listado de estas obligaciones ha venido modificándose y ampliándose en la última década. Se ha incluido en él, la improcedencia del argumento de la obediencia debida y la aplicación del principio de jurisdicción universal.

Nacidos como normas consuetudinarias, estos crímenes fueron tipificados por primera vez en el estatuto del Tribunal penal militar de Nuremberg, tribunal que fue creado para juzgar a los responsables de crímenes contra la paz, contra la humanidad, de lesa humanidad y de guerra. Sucesivamente, en 1946, a través de la resolución número 94 (I), la Asamblea General de las Naciones Unidas pidió a la Comisión de derecho internacional, organismo que sustituyó el Comité para la codificación del derecho internacional, redactar un «código penal internacional»: código de los delitos contra la paz y la seguridad de la Humanidad. La Comisión tenía el arduo papel de codificar los principios y las normas que habían sido incorporadas en el Estatuto del Tribunal de Nuremberg y su jurisprudencia.

El proyecto, que encontró su versión definitiva en 1991²⁸, ha venido modificándose y adaptándose a los problemas que la Comunidad Internacional ha tenido a la hora de identificar las actividades que involucran tanto las responsabilidades de los Estados como de los individuos que actúan, en particular se han tenido numerosos problemas con la inclusión del crimen de agresión en el mismo código y sucesivamente en el Estatuto que dará vida a la Corte Penal Internacional.

Como podemos constatar, en su trabajo, la Comisión de Derecho Internacional ha partido de un principio básico: que la codificación de un hecho como crimen contra la paz y la seguridad de la humanidad es independiente de los ordenamientos jurídicos internos de los estados con lo que: «el hecho de que una acción u omisión sea o no posible en el derecho interno no juzga la calificación de un crimen contra la paz y la seguridad de la humanidad, ya que esta depende exclusivamente del derecho internacional» (Besné Mañero, 1999: 71).

En el proyecto presentado por la Comisión hay doce categorías de crímenes: agresión; amenaza de agresión; intervención; dominación colonial y otras formas de

²⁸ Draft Code of Crime against the Peace and Security of Mankind, 29 abril – 19 julio 1991, Suppl. No 10 UN A/46/10 par.175.

dominación extranjeras; genocidio; *apartheid*; violaciones sistemáticas o masivas de los Derechos Humanos; crímenes de guerra y de excepcional gravedad; reclutamiento; financiación y adiestramiento de mercenarios; terrorismo internacional; tráfico ilícito de sustancias estupefacientes; daños intencionales y graves al medio ambiente.

En 1996²⁹ fue redactada una versión del proyecto que ha reducido los crímenes: crimen de agresión, de genocidio, en contra de la Humanidad, crímenes en contra de las Naciones Unidas y el personal a ellas asociado y crímenes de guerra. Este listado ha sido modificado en diferentes ocasiones *ad opera* de los tribunales penales internacionales, hasta el estatuto de la Corte Penal Internacional, que ha re diseñado y simplificado los crímenes de derecho internacional. Esta Corte tiene jurisdicción en cuatro categorías de crímenes, *core crimes*: genocidio, crímenes de guerra, crímenes en contra de la Humanidad y el crimen de agresión. Debido a la importancia que estos últimos delitos y el lugar que ocupan en los Estatutos de los tribunales internacionales, hemos decidido dedicar los próximos párrafos a un análisis sintético de los elementos descriptivos de los mismos.

1.4 Los crímenes internacionales y la jurisdicción extraterritorial para su persecución

Los crímenes antes mencionados, bajo las condiciones establecidas por el Estatuto de Roma o por el Derecho Internacional Consuetudinario, han sido y son objeto de una persecución que trasciende el solo Estado. De hecho, los criterios para determinar la jurisdicción sobre algunas actividades criminales cometidas más allá del territorio Estatal, que afectan a diferentes países o que se caracterizan como una amenaza para la Humanidad, han visto extendido su ámbito de aplicación con el objetivo de poner un punto de fin a la impunidad sobre dichas actividades.

²⁹ Draft Code of Crime against the Peace and Security of Mankind, Reporte de la Comisión de Derecho internacional, 6 mayo – 26 julio 1996, UN Doc. A/51/10 cap. II.

Tenemos que decir desde ahora que la ampliación de los criterios de jurisdicción, en particular a los que se refiere como jurisdicción universal sobre uno de estos actos, ha sido reconocida en pleno y sin ninguna duda o excepciones, solo por el crimen de piratería marítima³⁰. Su extenuación sucesiva a otras tipologías de crímenes se ha creado a través de un lento y tortuoso proceso lleno de compromisos y que todavía no se ha concluido.

Desde los primeros años del siglo XX, la doctrina y la jurisprudencia de las cortes internacionales y nacionales, intenta fundamentar esta extensión de jurisdicción sobre otras actividades, en razón del bien jurídico tutelado, partiendo de los principios y reglas creadas por el crimen de piratería.

Determinar sobre cuáles crímenes en concreto hay una jurisdicción universal garantizada como norma de carácter facultativo u obligatorio para todos los Estados, es seguramente una cuestión preliminar y representa el real desafío de la Comunidad Internacional. Al estado actual todavía no está pacíficamente aceptada como tal sobre cualquier clase de crimen internacional. Ya en 1933 la asociación internacional de derecho penal había puesto en el orden del día de su XIII congreso la siguiente cuestión: ¿sobre cuales actividades criminales podemos reconocer una jurisdicción universal?

Como hemos mencionado con anterioridad, seguiremos la línea doctrinal que sustenta la existencia, a nivel de costumbre internacional, de la posibilidad de perseguir a través de a jurisdicción universal, las conductas que pueden ser calificadas como crímenes de primer grado. Por lo tanto, en los sucesivos párrafos se analizará de forma sintética los diferentes delitos objeto de esta tipología de jurisdicción.

³⁰ Hablando de jurisdicción universal, hay ejemplos de Estados todavía en la actualidad reconocen la posibilidad de perseguir conductas a través de esta tipología de jurisdicción solamente en el caso del crimen de piratería. Entre otros el Gobierno de China, que en muchas ocasiones ha afirmado que el derecho internacional establece una posibilidad de ejercicio extraterritorial de la acción penal únicamente en relación a dicho crimen. Para más información se puede consultar la página web: http://www.un.org/en/ga/sixth/65/ScopeAppUniJuri_StatesComments/China_E.pdf.

1.4.1 El crimen de piratería

Históricamente hablando, el delito de piratería fue el primer crimen sobre el que los Estados empezaron a considerar la idea de una posible ampliación de su propia jurisdicción nacional y a crear nuevos criterios para la persecución de actos ilícitos que ya no se concretizaban como simples crímenes nacionales.

El crimen de piratería, ligado desde sus orígenes a normas de naturaleza consuetudinaria, ha sido considerado como el precursor para determinar los criterios y los principios a la base del ejercicio de la jurisdicción universal. De hecho, fue utilizando la jurisprudencia y las reglas creadas para la persecución de este crimen, que hoy en día, también por otros crímenes ha ocurrido una extensión de la jurisdicción territorial. Esto en base a un simple razonamiento, no exente de críticas, basado sobre un postulado doble: a) la piratería está sometida a una tipología de jurisdicción universal dada la gravedad de los actos cometidos. b) los crímenes que, como la piratería, son lesivos de los intereses de la Comunidad Internacional y son de tan gravedad que amenazan la paz y la seguridad de la Humanidad, son objeto de la misma jurisdicción.

Partiendo desde una perspectiva histórica, podemos ver como este crimen, tenía una peculiaridad respecto a los crímenes comunes perseguidos por los Estados: el hecho de ser cometido en alta mar, espacio considerado *res communis omnium*. Por lo tanto, la principal preocupación de los países afectados por los actos de piratería era encontrar la forma de poder perseguir este crimen también fuera de su propio espacio territorial. Debido a que el alta mar era considerado como *res communis omnium*, se decidió extender las jurisdicciones nacionales en este espacio.

A través de las palabras de Sánchez Legido (2004), esta extensión de la jurisdicción territorial se justificaba en un principio en la protección de una pacífica navegación marítima y la protección de las mercaderías y de las personas de los barcos. Por lo tanto, la

protección de dichos bienes llega a ser considerada como un bien común de todos los Estados frente a las amenazas de los piratas.

También otros crímenes internacionales, sobre todo en un principio, han podido ser perseguidos en otros Estados por medio de una extensión de la jurisdicción territorial como el crimen de guerra. En cualquier caso, podemos ver como esta extensión ha sido justificada de manera diferente en lo relativo al crimen que se quería perseguir. De hecho, en cuanto al crimen de piratería, la extensión de jurisdicción se justificaba por la ausencia de jurisdicción de un solo Estado. Mientras que por el crimen de guerra se justificaba por la inexistencia de un sistema judicial adecuado en el lugar de comisión del crimen debido a la circunstancia de la guerra.

A pesar de estos esfuerzos, a nivel legislativo, el crimen de piratería careció de una definición clara y unívoca hasta 1958, año en que fue firmado el convenio de Ginebra sobre el alta mar y perfeccionado en 1982 a través del convenio de Montego Bay. Y por lo que se refiere a su persecución, sólo con el tratado de Lima de 1878 y con el tratado de derecho penal internacional de Montevideo de 1940, se pondrán las bases para el ejercicio de una jurisdicción universal. En su artículo 34.3, el tratado de Lima prevé que: «las cortes nacionales son competentes para juzgar a los piratas tanto nacionales como internacionales».

Mientras que el tratado de 1940 atribuye jurisdicción universal al Estado donde se encuentra el autor de uno de los actos que son considerados como crimen de piratería.

En doctrina, Treves (1973), en su libro sobre la jurisdicción en el Derecho penal internacional, explica la creación del principio de jurisdicción extraterritorial justamente en el caso de la persecución del crimen en cuestión. Como afirma el autor para este delito no estaba prevista una reglamentación, interna o internacional, adecuada para resolver conflictos entre las jurisdicciones competentes, y fue por el trámite de este principio que se

encontró la vía para resolverlos y ampliar la jurisdicción territorial de cada Estado a hechos que se verificaban fuera de su territorio o en las aguas internacionales. De esta manera, el alta mar se consideraba no como *res nullius*, sino como *res communis* a las naciones; como explica Varón Mejía (2009: 232):

El alta mar deja de ser *cosa de nadie*, susceptible de apropiación y ejercicio de derecho de dominio a *cosa de todos*. Pero en el esquema de “todos” solo se encontraba el *conjunto de todas las naciones*, inmerso en una categoría aparentemente amplia concebida como *humanidad*. El transgresor de estos intereses no solamente se concebía como infractor de una regulación común a los Estados, sino como *hostis humani generis*.

El antecedente más importante de jurisdicción extraterritorial sobre este crimen es el caso *Lotus* por la Corte Internacional de Justicia, sentencia del 7 septiembre de 1927³¹. En base a esta extensión se establece la libertad para cada Estado de determinar la esfera de su propia jurisdicción, pudiendo extenderla también a hechos ocurridos fuera de su territorio, o sobre bienes y personas que no están en el territorio mismo.

El asunto *Lotus*, seguramente nos ofrece numerosos puntos de reflexiones para el análisis de dicho crimen. Ya que los piratas han sido considerados como *hostis humani generis*, se legitima a cualquier Estado determinar y castigar a sus responsables en interés de toda la Humanidad. Como explica la Profesora Graziani (2011), este caso ha representado, *in its jurisdictional aspects*, un caso *sui generis*, una excepción a la regla clásica que consideraba las naves que se encontraban en el alta mar, sujetas a la soberanía de los Estados de sus banderas. Por lo que se refiere a los elementos materiales que constituyen la base de este crimen, podemos ver que este acto se concretiza cada vez que haya un ataque o una violencia ejercitada por una nave de piratas en contra de otra nave, de sus bienes o del equipamiento.

³¹ Sentencia del 9 de septiembre 1927, CPJI, serie A, num.10 (1927), S.S. Lotus (francia v. Turkey) Judgement 17 september 1927.

Respecto a los otros crímenes internacionales, el crimen de piratería tiene elementos y características muy peculiares. El primer elemento que diferencia este crimen de los demás es que los actos ilícitos son cometidos por individuos privados, no miembros de un gobierno o militares, personas implicadas con un plan gubernamental o que de alguna forma tienen el apoyo o son cómplices de miembros del ejército o del Gobierno de un Estado. El segundo elemento a evidenciar es que a diferencia de los otros *crimina juris gentium*, la comisión de uno de los actos ilícitos previstos por el crimen de piratería, no lleva a la consecuencia de la responsabilidad penal internacional del individuo que lo comete.

Podemos decir que en este asunto, lo que el derecho consuetudinario prevé para la persecución de estos actos, es simplemente una extensión de los criterios normales de jurisdicción para permitir perseguir conductas nocivas a la libertad de navegación y a la seguridad de los comercios marítimos, sin determinar una responsabilidad penal internacional del individuo que actúa. La *ratio* que sustenta entonces la extensión de jurisdicción es la necesidad de llenar una laguna legislativa que permitía la total impunidad de los crímenes cometidos en alta mar; la falta de jurisdicción sobre estos actos.

1.4.2 Los crímenes en contra de la Humanidad

La palabra «lesa humanidad» encuentra su origen en el latín: *leso* que significa lastimado, ofendido. Sobre esta base, el crimen de lesa Humanidad alude a un delito que, dada su aberrante naturaleza, ofende a la Humanidad en su conjunto. A nivel histórico, el primer instrumento legislativo que hizo referencia a los actos cometidos en contra de la humanidad fue la convención sobre los usos y las leyes de la guerra terrestre, firmada en La Haya en 1907.

En espera de que un Código más completo de las leyes de la guerra pueda ser dictado, las altas partes hacen constar que, en los casos no comprendidos en las Convenciones, los pueblos y los beligerantes quedan bajo la salvaguardia y el imperio de los principios del derecho de gentes tales como resultan de los usos establecidos entre naciones civilizadas, de las leyes de humanidad y de las exigencias de la conciencia pública.

Una noción más específica de este delito fue formulada en 1915, después de los actos que llevaron al holocausto armenio. En esta ocasión se empezaron a determinar los elementos constitutivos del mismo, como son las graves y sistemáticas lesiones a la misma dignidad humana. La definición de los elementos materiales que constituyen este crimen ha venido desarrollándose durante el último siglo a través del auxilio de la jurisprudencia de los tribunales penales internacionales, partiendo por el Tribunal de Nuremberg, que si bien no puede ser considerado un verdadero tribunal penal internacional, ha contribuido enormemente en la definición de los crímenes internacionales y en el establecimiento de las reglas para el proceso de los presuntos culpables.

A través de lo dictado por el Estatuto de la Corte Penal Internacional, aprobado en julio de 1998, se desprende en su artículo 7 que por crimen de lesa Humanidad se entiende:

Crímenes de lesa humanidad

1. A los efectos del presente Estatuto, se entenderá por "crimen de lesa humanidad" cualquiera de los actos siguientes cuando se cometa como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque:

- a) Asesinato;
- b) Exterminio;
- c) Esclavitud;
- d) Deportación o traslado forzoso de población;
- e) Encarcelación u otra privación grave de la libertad física en violación de normas fundamentales de derecho internacional;
- f) Tortura;
- g) Violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado, esterilización forzada o cualquier otra forma de violencia sexual de gravedad

comparable;

h) Persecución de un grupo o colectividad con identidad propia fundada en motivos

políticos, raciales, nacionales, étnicos, culturales, religiosos, de género definido en el párrafo 3, u otros motivos universalmente reconocidos como inaceptables con arreglo al derecho internacional, en conexión con cualquier acto mencionado en el presente párrafo o con cualquier crimen de la competencia de la Corte;

i) Desaparición forzada de personas;

j) El crimen de apartheid

k) Otros actos inhumanos de carácter similar que causen intencionalmente graves sufrimientos o atenten gravemente contra la integridad física o la salud mental o física"

Como explica Bassiouni (1992) Esta noción se diferencia de las precedentes, en particular de aquella dada por el Tribunal de Nuremberg, debido a que por primera vez se habla de un ataque a larga escala y de manera sistemática. Podemos ver como las normas destinadas a castigar dichos actos, están enfocadas a proteger una multitud de personas, colectivos, no individuos, ya que éstos son protegidos de manera indirecta; es decir, los protege en cuanto son miembros de un colectivo.

Il crimine contro l'umanità insomma, in quanto diretto contro beni giuridici comuni ad una determinata categoria di persone (razza, nazionalità ecc.), non colpisce l'individuo isolatamente appreso, ma l'individuo in quanto membro di una collettività umana. [...] Alla tutela penale generale della vita umana, della libertà e di altri beni giuridici inerenti all'esistenza dell'uomo in seno alla società, si sovrappone, adunque, una tutela penale speciale, di cui sono oggetto appunto la razza, la nazionalità, la religione (Vassalli, 1995:67)³².

Analizando la definición prevista podemos ver los elementos específicos que

³² Traducción: El crimen en contra de la humanidad, directo contra bienes jurídicos comunes a una determinada categoría de personas (raza, nacionalidad etc.), no afecta al individuo aisladamente considerado, sino el individuo en cuanto es miembro de una colectividad humana. [...] A la tutela penal general de la vida humana, de la libertad y de otros bienes jurídicos relativos a la existencia del hombre en sociedad, se superpone, de esta forma, una tutela penal especial de la que son objetos la raza, la nacionalidad, la religión.

caracterizan este acto: el hecho que sea generalizado y sistemático y que sea cometido en contra de la población civil. Partiendo del concepto de ataque generalizado podemos ver que estos actos deben ser dirigidos en contra de una multiplicidad de víctimas de conformidad con la política de un Estado o de una organización. Estos actos deben además ser cometidos como parte de un plan o de una política preconcebida, excluyéndose los actos cometidos al azar. Esta es la definición de la sistematicidad del acto.

El segundo elemento es la población civil, no combatiente, independientemente que sea de la misma nacionalidad del responsable o que tenga una nacionalidad diferente. Lógicamente esta definición no logra resolver todos los posibles conflictos que se puedan crear en la *zona gris*, cuando es difícil diferenciar entre los combatientes y los no combatientes sobre todo cuando entran en el juego de un conflicto civil grupos armados que no pertenecen a los aparatos estatales.

Finalmente, el contexto en el que estos actos son normalmente perpetrados es un plan político bien determinado, en donde no hay un conflicto en acto. Ha sido la jurisprudencia internacional la encargada de determinar las conductas que integran este delito. Estas son: los asesinatos, el exterminio, la imposición de condiciones de vida no digna e inhumana, la esclavitud, la deportación o el desplazamiento forzoso, los actos de tortura, la desaparición forzada de personas o la persecución de un grupo, la violencia sexual, la persecución a daño de civiles y el crimen de *apartheid*.

Dentro de la amplia categoría de crímenes contra la humanidad, particular mención merece el crimen de *apartheid*. Constituyen este crimen todos los actos definidos en la Convención Internacional sobre la represión y el castigo del delito de *apartheid*, de 1973. Estos actos comprenden todas las políticas y prácticas de segregación racial y, de manera general, la institución de todo sistema de gobierno basado en la discriminación nacional, étnica o religiosa.

Por lo referente a los elementos subjetivos, el crimen contra la humanidad puede ser cometido tanto con el dolo, si se prueba que el sujeto responsable ha participado directamente en los actos, o por omisión, como es el caso de la responsabilidad del superior jerárquico, si el sujeto responsable está dentro de un entorno más grande de violencia y no ha participado directamente a la comisión de uno de estos actos. Se habla en estos casos de culpa consciente y para integrarla es suficiente la aceptación de la posibilidad de verificarse el evento final.

En el caso de crimen en contra de la humanidad, de primer grado como afirma Ollé Sesé (2008), se deduciría que hay una obligación de represión universal del crimen, que se concretiza en ordenar a los Estados de perseguir y juzgar a los autores de dichos actos y de resarcir a las víctimas. Otra característica, al ser crimen de primer grado, es su imprescriptibilidad³³.

Como afirma Diego López Garrido (2000: 49):

Cuarenta años después del fin de la Segunda Guerra Mundial, en 1985, el Tribunal de Casación francés daba una definición de Crimen contra la Humanidad que incluía el elemento de la imprescriptibilidad. En relación con el famoso caso de Kalus Barbiem el Tribunal utilizaba por vez primera en Francia, los conceptos evocados por el Estatuto del Tribunal de Nuremberg. [...] Estos

³³ En el Informe de Amnesty International de 2012 (página 13) se establece: «As of 1 September 2012, it appears that at least 92 (approximately 47.7%) UN member states have included at least one crime against humanity as a crime under national law and at least 80 (approximately 41.5%) UN member states have provided for universal jurisdiction over such crimes. In addition, at least 45 (approximately 23.3%) UN member states, although they have not expressly included crimes against humanity in their national law have provided their courts with universal jurisdiction over ordinary crimes under national law, which means that they can try persons based on universal jurisdiction for at least some conduct, such as murder, assault, rape and abduction, that, if committed as part of a widespread or systematic attack against civilian population, amounts to crimes against humanity». Traducción: «Desde el 1 de septiembre de 2012, parece que por lo menos 92 (aproximadamente 47,7%) de los Estados Miembros de la ONU han incluido al menos un crimen contra la humanidad como delito en la legislación nacional y por lo menos 80 (aproximadamente 41,5%) de los Estados Miembros de la ONU han previsto una jurisdicción universal sobre esos crímenes. Además, al menos 45 (aproximadamente 23,3%) de los Estados Miembros de la ONU, a pesar de que no han incluido expresamente crímenes contra la humanidad en su legislación nacional han proporcionado a sus tribunales jurisdicción universal sobre delitos comunes tipificados en la legislación nacional, lo que significa que pueden juzgar a las personas en base en la jurisdicción universal por lo menos algunas conductas, como el asesinato, asalto, violación y secuestro, que, si se cometa como parte de un ataque generalizado o sistemático contra la población civil, que equivale a crímenes contra la humanidad». El texto del informe de Amnesty International se puede consultar en la página web: <http://www.amnesty.org/es/library/asset/IOR53/019/2012/en/2769ce03-16b7-4dd7-8ea3-95f4c64a522a/ior530192012en.pdf>.

crímenes son imprescriptibles porque son incompatibles con el olvido. La prescripción no es un acto de voluntad como amnistías o la gracia. No expresa el perdón de los hombres, sino el olvido del tiempo, que garantiza impunidad de los crímenes después de un determinado plazo transcurrido desde los hechos [...] o desde la condena [...].

1.4.2.1 Sigue el crimen de tortura

Hemos decidido tratar el crimen de tortura como autónomo debido al particular interés que este crimen ha tenido a nivel internacional. De hecho, el deniego de actos de torturas o tratos inhumanos, norma de *jus cogens* que establece obligaciones *erga omnes* para todos los Estados de prevenir, perseguir y sancionar dichos actos, está contemplado y ha venido codificado en numerosos instrumentos internacionales. Por ejemplo el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos que regula su prohibición absoluta de actos de tortura.

Adoptado por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966, y entrado en vigor el 23 de marzo de 1976, en su artículo 7 establece: «Nadie será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. En particular, nadie será sometido sin su libre consentimiento a experimentos médicos o científicos». De ello se desprende que no existe ninguna justificación para admitir la tortura bajo ninguna circunstancia, incluso en situaciones excepcionales, tanto en tiempo de paz como de guerra³⁴.

A través de la resolución número 3452 de 1975, la Organización de Naciones Unidas aprobó una Declaración sobre la Protección de todas las Personas contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes. Esta última constituyó la base jurídica de la Convención contra la Tortura³⁵, el 10 de diciembre de 1984 y entrada en

³⁴ El mismo pacto establece en su artículo 4.2 que: «La disposición precedente no autoriza suspensión alguna de los Artículos 6º, 7º, 8º (párrafos 1 y 2), 11º, 15º, 16º y 18º».

³⁵ El texto de la Convención se puede consultar en la siguiente página web: <http://www2.ohchr.org/spanish/law/cat.htm>

vigor en 1987. Tanto en la Declaración como posteriormente en la Convención, se considera la tortura como "ofensa a la dignidad humana". En su artículo 1.1 se define la tortura como un crimen internacional. Inspirada en la mencionada Declaración de 1975, el consenso internacional llegó a establecer que es tortura para dicha Convención:

todo acto por el cual se inflija intencionadamente a una persona dolores o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales, con el fin de obtener de ella o de un tercero información o una confesión, de castigarla por un acto que haya cometido, o se sospeche que ha cometido, o de intimidar o coaccionar a esa persona o a otras, o por cualquier razón basada en cualquier tipo de discriminación, cuando dichos dolores o sufrimientos sean infligidos por un funcionario público u otra persona en el ejercicio de funciones públicas, a instigación suya, o con su consentimiento o aquiescencia. No se considerarán torturas los dolores o sufrimientos que sean consecuencia únicamente de sanciones legítimas, o que sean inherentes o incidentales a éstas.

Podemos ver como la Convención obliga a los Estados parte de tomar todas las medidas, conforme al Derecho Internacional, para prevenir la comisión de la tortura³⁶, investigar toda denuncia³⁷, dar curso a cualquier queja al respecto³⁸, e identificar y sancionar a los responsables. La Convención le obliga además a cooperar con otros Estados que demanden extraditar a un presunto responsable de este crimen³⁹, pero al

³⁶ Artículo 2: 1. Todo Estado Parte tomará medidas legislativas, administrativas, judiciales o de otra índole eficaces para impedir los actos de tortura en todo territorio que esté bajo su jurisdicción. 2. En ningún caso podrán invocarse circunstancias excepcionales tales como estado de guerra o amenaza de guerra, inestabilidad política interna o cualquier otra emergencia pública como justificación de la tortura. 3. No podrá invocarse una orden de un funcionario superior o de una autoridad pública como justificación de la tortura.

³⁷ Artículo 12: Todo Estado Parte velará por que, siempre que haya motivos razonables para creer que dentro de su jurisdicción se ha cometido un acto de tortura, las autoridades competentes procedan a una investigación pronta e imparcial.

³⁸ Artículo 13: Todo Estado Parte velará por que toda persona que alegue haber sido sometida a tortura en cualquier territorio bajo su jurisdicción tenga derecho a presentar una queja y a que su caso sea pronta e imparcialmente examinado por sus autoridades competentes. Se tomarán medidas para asegurar que quien presente la queja y los testigos estén protegidos contra malos tratos o intimidación como consecuencia de la queja o del testimonio prestado.

³⁹ Artículo 8: 1. Los delitos a que se hace referencia en el artículo 4 se considerarán incluidos entre los delitos que dan lugar a extradición en todo tratado de extradición celebrado entre Estados Partes. Los Estados Partes se comprometen a incluir dichos delitos como caso de extradición en todo tratado de extradición que celebren entre sí en el futuro. 2. Todo Estado Parte que subordine la extradición a la existencia de un tratado, si recibe de otro Estado Parte con el que no tiene tratado al respecto una solicitud

mismo tiempo prohíbe que se expulse, devuelva o extradite a una persona a un país donde el solicitado estaría en peligro de ser sometida a tortura⁴⁰.

Para lo que se refiere a la obligación de extraditar o juzgar, la Convención establece que, si no procede a la extradición de la persona, el Estado, en cuyo territorio se encuentra el presunto responsable, está obligado a someter el asunto a sus autoridades competentes para el enjuiciamiento⁴¹.

Aunque no se establece de forma directa, del conjunto de los artículos de la Convención, se puede afirmar que para dar cumplimiento a la obligación de investigar y en su caso procesar al presunto responsable de un acto de tortura, el Estado puede activar su propia jurisdicción, también en ausencia de otros criterios que ligan el crimen al territorio⁴². Es decir, la Convención no establece de forma directa, pero al mismo tiempo

de extradición, podrá considerar la presente Convención como la base jurídica necesaria para la extradición referente a tales delitos. La extradición estará sujeta a las demás condiciones exigibles por el derecho del Estado requerido. 3. Los Estados Partes que no subordinen la extradición a la existencia de un tratado reconocerán dichos delitos como casos de extradición entre ellos, a reserva de las condiciones exigidas por el derecho del Estado requerido. 4. A los fines de la extradición entre Estados Partes, se considerará que los delitos se han cometido, no solamente en el lugar donde ocurrieron, sino también en el territorio de los Estados obligados a establecer su jurisdicción de acuerdo con el pár. 1 del artículo 5.

⁴⁰ Artículo 3: 1. Ningún Estado Parte procederá a la expulsión, devolución o extradición de una persona a otro Estado cuando haya razones fundadas para creer que estaría en peligro de ser sometida a tortura. 2. A los efectos de determinar si existen esas razones, las autoridades competentes tendrán en cuenta todas las consideraciones pertinentes, inclusive, cuando proceda, la existencia en el Estado de que se trate de un cuadro persistente de violaciones manifiestas, patentes o masivas de los derechos humanos.

⁴¹ Artículo 7: 1. El Estado Parte en el territorio de cuya jurisdicción sea hallada la persona de la cual se supone que ha cometido cualquiera de los delitos a que se hace referencia en el artículo 4, en los supuestos previstos en el artículo 5, si no procede a su extradición, someterá el caso a sus autoridades competentes a efectos de enjuiciamiento. 2. Dichas autoridades tomarán su decisión en las mismas condiciones que las aplicables a cualquier delito de carácter grave, de acuerdo con la legislación de tal Estado. En los casos previstos en el párrafo 2 del artículo 5, el nivel de las pruebas necesarias para el enjuiciamiento o inculpación no será en modo alguno menos estricto que el que se aplica en los casos previstos en el párrafo 1 del artículo 5. 3. Toda persona encausada en relación con cualquiera de los delitos mencionados en el artículo 4 recibirá garantías de un trato justo en todas las fases del procedimiento.

⁴² El Informe de *Amnesty International* de 2012 (página 13) afirma que: «As of 1 September 2012, it appears that at least 95 (approximately 49.2%) UN member states have included torture as a separate crime under national law (not as a war crime or crime against humanity) and at least 85 (approximately 44%) UN member states have provided for universal jurisdiction over this crime. In addition, at least 40 (approximately 20.72%) UN member states, although they have not expressly included torture in their national law have provided their courts with universal jurisdiction over ordinary crimes, which means that they can try persons based on universal jurisdiction for at least some conduct, such as assault and rape, that, in some circumstances, could be prosecuted as torture». Traducción: «Desde el 1 de septiembre de 2012, parece que, al menos, 95 (aproximadamente 49,2%) de los Estados Miembros de la ONU han incluido la tortura como delito autónomo en el Derecho nacional (no como un crimen de guerra o un

no prohíbe, la utilización de la jurisdicción universal para perseguir los hechos delictivos, siempre en el respecto de las normas internacionales en materia; esto nos conduce a afirmar que el ejercicio de la jurisdicción universal pueda ser considerado como previsto de forma implícita en el Convenio antes mencionado. Como consecuencia de lo anterior, este instrumento sería utilizado por los Estados, para dar cumplimiento a las obligaciones establecidas en el mismo Convenio, de no dejar impunes los actos delictivos, perseguir los responsables y resarcir a las víctimas.

Finalmente, para la supervisión del cumplimiento de este tratado, a norma del artículo 17 se crea el comité contra la tortura, órgano formado por 10 expertos independientes, cuya funciones están establecidas en los artículos 19, 20, 21 y 22 de la misma Convención.

El Estatuto de Roma establece en su artículo 5 los crímenes perseguibles entre los cuales se encuentran los crímenes en contra de la Humanidad antes mencionados. En su artículo 7, tomando en consideración la definición prevista en la Convención sobre la prevención y persecución de actos de tortura, el Estatuto hace una referencia específica al crimen de tortura:

- e) Por “tortura” se entenderá causar intencionalmente dolor o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales, a una persona que el acusado tenga bajo su custodia o control; sin embargo, no se entenderá por tortura el dolor o los sufrimientos que se deriven únicamente de sanciones lícitas o que sean consecuencia normal o fortuita de ellas.

crimen contra la humanidad) y por lo menos 85 (aproximadamente el 44%) Estados Miembros de la ONU han previsto la jurisdicción universal sobre este crimen. Además, al menos 40 (aproximadamente 20,72%) de los Estados Miembros de la ONU, a pesar de que no han incluido expresamente la tortura en su legislación nacional ha proporcionado a sus tribunales jurisdicción universal sobre delitos comunes, lo que significa que pueden juzgar a las personas sobre la base de la jurisdicción universal por lo menos alguna conducta, tales como asalto y violación, que, en algunas circunstancias, podría ser procesado como tortura». El texto del informe se puede consultar en la página web: <http://www.amnesty.org/es/library/asset/IOR53/019/2012/en/2769ce03-16b7-4dd7-8ea3-95f4c64a522a/ior530192012en.pdf>.

1.4.3 Los crímenes de guerra

Pasando a las siguientes actividades criminales se puede ver como los crímenes de guerra se concretizan en las graves violaciones de las normas consuetudinarias y de los tratados de Derecho Internacional Humanitario de los conflictos armados. Esta categoría, como explica Mariño Menéndez (2009: 51), «de hechos internacionalmente ilícitos ha adquirido una tipificación bien asentada en el Derecho internacional como crímenes internacionales de individuos».

Circunstancia necesaria al fin de determinar la violación de una de estas normas, es la presencia de un conflicto armado, guerra civil u otros ataques que no sean puramente internos a un solo Estado, sino internacionales.

Una característica propia de dichas violaciones es, como explica Vassalli (1995: 111)

Quella di potere eccitare l'intervento di una giurisdizione penale internazionale in quanto le sue ripercussioni sono di tale gravità che non può venire reputata sufficiente la persecuzione ad opera della giurisdizione penale interna di uno Stato, sibbene può sembrare indispensabile l'intervento di una eccezionale giurisdizione penale costituita con il concorso di più Stati⁴³.

Como sistematiza Werle (2005), desde la antigüedad, determinadas conductas, relacionadas con la guerra, estaban proscritas. En este sentido se pueden mencionar las normas éticas que no permitían matar a prisioneros de guerra, que debían ser liberados una vez que el conflicto terminara. En particular durante la Edad Media cuando comenzaron a emerger diferentes normas de conductas que debían observarse en los conflictos bélicos. Desde las normas relativas a los medios y los métodos de actuar en un combate hasta como se debían comportar las fuerzas armadas. De esta forma nace la idea que todas las

⁴³ Traducción: Aquella de poder llevar a la intervención de una jurisdicción penal internacional en cuanto sus consecuencias son de tal gravedad que no puede ser considerada suficiente la persecución por parte de una jurisdicción penal interna a un Estado, de hecho puede parecer necesaria la intervención de una excepcional jurisdicción penal constituida a través de concurso de más Estados.

violaciones cometidas en contra de estos códigos de conducta iban a chocar con lo que en esta época se consideraba *ius gentium* y que era protegido a nivel universal.

El crimen de guerra es el crimen que está contemplado en la mayor parte de los tratados internacionales que codificaron las amenazas a la paz y seguridad de la humanidad⁴⁴. Seguramente los más importantes son los cuatro Convenios de Ginebra de 1949⁴⁵ y de su Protocolo Adicional Primero de 1977, las violaciones a los cuales, al día de hoy, corresponde el crimen en cuestión.

Los Cuatro Convenios de Ginebra han sido universalmente aceptados y constituyen un elemento esencial para la prueba de la vigencia de normas de Derecho internacional general en la materia cuya violación desencadena la responsabilidad internacional del Estado o los Estados en cuestión a los que quepa imputar los crímenes. De otra parte, se acepta comúnmente que determinados principios generales y normas contenidas en el Protocolo Primero de 1977 Adicional a los Convenios de Ginebra codifican así mismo Derecho internacional general (Mariño Menéndez, 2009: 51).

Sin embargo, debido al hecho de que hay diferentes normas, principios de Derecho penal internacional formulados en diferentes instrumentos internacionales, que prevén las conductas que integran este crimen, resulta imprescindible el análisis del contenido de la norma violada y la individualización caso por caso de los elementos que constituyen la violación. Las normas prevén que los actos que se refieren a este crimen pueden ser cometidos a daño de los enemigos involucrados en el conflicto o ataque, o contra la población civil. Por lo que se refiere al elemento subjetivo del crimen, este último puede ser cometido con dolo o culpa grave.

⁴⁴ En este contexto se pueden mencionar: la Cuarta Convención de La Haya de 1907, donde en su Anexo encontramos las leyes y costumbres de la guerra terrestre.

⁴⁵ La codificación de las graves violaciones del Derecho humanitario que constituyen crimen de guerra se encuentran tipificadas en los artículos de los cuatro Convenios de Ginebra y de su Protocolo adicional. En particular: en los artículos 49, 50, 51, 52, 53 y 54 del Primer Convenio; en los artículos 50,51,52 y 53 del Segundo Convenio; en los artículos 129,130,131,132 del Tercer Convenio y de los artículos 146,147,148 y149 del Cuarto Convenio. Mientras que, en el Protocolo Adicional, la disciplina se encuentra en los artículos 85,86,87,88 y 89.

Desde su creación se teorizó la utilización del ejercicio jurisdiccional universal para la prevención y sanción de las infracciones que corresponden a este crimen⁴⁶. Esta tipología de jurisdicción se fundamentaba, en un principio, en tres factores: «(i) que los crímenes de guerra violaban un código universal; (ii) la gravedad del crimen y, (...) (iii) la inexistencia de un sistema judicial adecuado en el lugar donde se cometían» (Ollé Sesé, 2008: 100).

El desafío actual de la Comunidad Internacional hoy en día es determinar con exactitud lo que en base a los Convenios de Ginebra está permitido para la persecución de dicho crimen:

En la actualidad se discute si los Convenios de Ginebra contienen específicamente el ejercicio de la jurisdicción universal o si lo que determinan es un derecho de los Estados a incluir en sus legislaciones internas el título jurisdiccional universal; extremo último que, en todo caso, es admitido (Ollé Sesé, 2008: 102).

La polémica nace del análisis de los artículos 1 y 2 de dichas Convenciones donde se establecen las obligaciones que los Estados deben cumplir para respetar los tratados mencionados: por un lado, la primera obligación de ejercer la jurisdicción universal en el caso en que se cometan graves infracciones previstas en los Convenios y en el Protocolo; y

⁴⁶ Conforme a lo establecido por el informe de *Amnesty International* de 2012 (página 12): «As of 1 September 2012, it appears that at least 142 (approximately 73.6%) UN member states have included at least one war crime as a crime under national law and at least 136 (approximately 70.5%) UN member states have provided for universal jurisdiction over such crimes. In addition, at least approximately 29 (approximately 15.0%) UN member states, although they have not expressly included war crimes in their national law, have provided their courts with universal jurisdiction over ordinary crimes under national law, which means that they can try persons based on universal jurisdiction for at least some conduct, such as murder, assault, rape and abduction committed during armed conflict, that amounts to war crimes». Traducción: «Desde el 1 de septiembre de 2012, parece que al menos 142 (aproximadamente 73,6%) los Estados Miembros de la ONU han incluido al menos un crimen de guerra como crimen en la legislación nacional y por lo menos 136 (aproximadamente 70,5%) de los Estados Miembros de la ONU han previsto la jurisdicción universal sobre tales crímenes. Además, por lo menos aproximadamente 29 Estados (aproximadamente 15,0%) Miembros de la ONU, a pesar de que no han incluido expresamente los crímenes de guerra en su legislación nacional, han proporcionado a sus tribunales jurisdicción universal sobre delitos comunes tipificados en la legislación nacional, lo que significa que pueden juzgar a las personas basándose en jurisdicción universal por lo menos sobre algunas conductas, como el asesinato, asalto, violación y secuestro cometidos durante el conflicto armado, que asciende a los crímenes de guerra». El texto del informe se puede consultar en la página web: <http://www.amnesty.org/es/library/asset/IOR53/019/2012/en/2769ce03-16b7-4dd7-8ea3-95f4c64a522a/ior530192012en.pdf>.

la segunda de incorporar en las legislaciones nacionales las normas que establecen esta clase de jurisdicción⁴⁷. ¿Si la segunda obligación no está cumplida por los Estados, estos últimos están autorizados a ejercer esta jurisdicción basándose únicamente en el Derecho Internacional? Esta temática será analizada en los sucesivos capítulos de este trabajo.

1.4.4 El crimen de agresión

Hemos decidido mencionar este crimen contra la paz y la seguridad de la humanidad ya que ha sido introducido en el artículo 5 del Estatuto de Roma y por lo tanto en un futuro no muy próximo podrá ser perseguido delante la Corte Penal Internacional, aunque cocientes de que al estado actual, a diferencia de los otros crímenes mencionados en esta tesis, no se puede hablar por este delito de una jurisdicción extraterritorial de los Estados.

El crimen de agresión encuentra sus antecedentes históricos en el siglo XVI. Como explica Lukashuk (1991), en la doctrina de la época, los autores Victoria, Suarez o Grotius, lo mencionan cuando enfrentan el tema del desarrollo del *ius ad bellum* (derecho a la guerra) y el principio de «guerra justa».

Sin embargo la cuestión de la licitud o ilicitud de la guerra no recibió una regulación legal hasta la época de la creación de la Sociedad de Naciones. En este momento se empezó a plantear la cuestión de la naturaleza ilícita a nivel internacional de actos que se ponían en contra del *ius ad bellum*.

Por ello, cuando el tratado de Versalles pretende la sanción del emperador

⁴⁷ Como señala Carmen Pérez González (2009: 131 y sucesivas), en la resolución 63/125 de 15 de enero de 2009, la Asamblea General de las Naciones Unidas, reitera la obligación de los Estados de tomar todas las medidas para aplicar el Derecho Internacional Humanitario en el caso de comisiones de un crimen de guerra. Entre otras medidas se establece que los Estados están obligados a aplicar la legislación relativa al castigo de los crímenes de guerra de conformidad con sus respectivas obligaciones internacionales. El texto de la resolución se puede consultar en la siguiente página web: www.un.org/Depts/dhl/resguide/r63sp.shtml.

Guillermo II acusado de “ofensa suprema contra la moral internacional y la autoridad sagrada de los tratados”, la doctrina mayoritaria entiende que tal sanción solo sería posible si se le atribuyen una naturaleza de ilícito internacional (Gil Gil, 1999: 76).

Fue con el Pacto de la Sociedad de Naciones⁴⁸ de 1919 en el que, limitando el recurso a la guerra como mecanismo de resolución de las controversias internacionales, se establecieron las primeras disposiciones relativas a la promoción pacífica de las controversias internacionales o el desarme. Es en su artículo 10 que encontramos el acto de agresión contra la integridad territorial e independencia política de los Estados. Al mismo tiempo se estableció la posibilidad por la Sociedad de las Naciones de tomar cualquier acción, racional y eficaz, para salvaguardar la paz.

Posteriormente, el 27 de agosto de 1928, a través del Pacto Briand–Kellog, firmado en París por los Estados Unidos de América, Francia, Alemania, Gran Bretaña, Bélgica, Checoslovaquia, Italia, Japón y Polonia, los Estados comenzaron a razonar en términos de prohibir el uso de la guerra como medio para solucionar conflictos. Por dicho motivo, en este pacto se condenaba el recurso a la guerra para la solución de las controversias, pero, como explica Quintano Ripollés (1954) no se limitaba el uso de la fuerza a todas las formas de guerra, sino a aquella agresiva. No podemos olvidar que, de todas formas en este mismo pacto no se establecía ninguna consecuencia legal para el caso de incumplimiento o una responsabilidad penal del individuo que cometía su violación.

El crimen de agresión ha sido insertado por primera vez en un Tratado Internacional en 1945 con el acuerdo de Londres (*London Agreement*) en su artículo 6 letra (a), acuerdo que ha instituido el Tribunal militar internacional de Nuremberg y después fue incluido entre los crímenes en contra de la paz:

namely planning, preparation, initiation or waging of a war of

⁴⁸ Véase el Pacto de la Sociedad de Naciones: http://ocw.uc3m.es/periodismo/periodismo-internacional-ii/lecturas/leccion-7/Pacto_de_la_Sociedad_de_Naciones.pdf.

aggression, or a war in violation of international treaties, agreements or assurances, or participation in a Common Plan or conspiracy for the accomplishment of any of the foregoing ⁴⁹ (Werth, 1999: 5).

A pesar de que por primera vez se establecía que la guerra «injusta» es un ilícito penal, la noción prevista en el Estatuto de Nuremberg de guerra de agresión no parece ni clara ni precisa en sus elementos materiales y subjetivos. Debido a su naturaleza crítica, a la complejidad de dar una definición del delito y las numerosas críticas por parte de los Estados, que los trabajos relativos a la creación de un código penal internacional fueron paralizados durante más de 20 años.

Solamente en 1974 se llegó a un acuerdo sobre este concepto a través de la Resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas, No. 3348 (XXIX) del 14 de diciembre de 1974, en la que encontramos una definición, siempre incompleta, pero que retrata la visión que en los años setenta se tenía sobre los actos prohibidos por el Derecho consuetudinario. De hecho, la resolución describió la agresión como el uso de la fuerza armada por un Estado en contra de la soberanía, integridad o independencia política de otro Estado, que por lo tanto resulta ser incompatible con la Carta de las Naciones Unidas⁵⁰. Los actos de agresión se califican como crimen en contra la paz y de esta forma llevan a la consecuencia de la responsabilidad internacional.

La importancia del concepto contenido en la Resolución 3314(XXIX) constituye el reconocimiento a un nivel universal que la guerra de agresión es una violación grave del Derecho internacional, lo que ha sido reconocido por la comunidad internacional, sin perjuicio de ello, la doctrina ha coincidido que las

⁴⁹ Traducción: la planificación, preparación, iniciación o ejecución de una guerra de agresión o una guerra en violación de tratados, acuerdos o garantías internacionales, o la participación en un plan común o conspiración para la perpetración de cualquiera de los anteriores.

⁵⁰ De hecho, la Carta de la Organización de Naciones Unidas establece los derechos y las obligaciones de los Estados Miembros y, en lo relativo al crimen de agresión, en el artículo 2º inciso 4, se establece explícitamente “la prohibición del uso de la fuerza” en contra de otro Estado. Disponiéndose que: «Los Miembros de la Organización, en sus relaciones internacionales, se abstendrán de recurrir a la amenaza o al uso de la fuerza contra la integridad territorial o la independencia política de cualquier Estado, o en cualquier otra forma incompatible con los Propósitos de las Naciones Unidas». Véase al respecto la Carta de las Naciones Unidas: <http://www.un.org/es/documents/charter/>.

deficiencias más importantes, de la Resolución con respecto a la elaboración del concepto son la falta de mención de la responsabilidad personal y de la forma de participación en el acto (Finsterbusch, 2013: 52).

Desde esta definición parcial, varios han sido los intentos de crear una definición más amplia y aceptada de este crimen, pero sin llegar a muchos resultados sobre todo si se considera que el problema principal no ha sido resuelto: ¿qué debe ser considerado como agresión?

Esta problemática sigue viva a pesar de la inclusión de este crimen también en el Estatuto de la Corte Penal Internacional, entre los crímenes de competencia de dicha Corte. De hecho también la doctrina internacional ha estado siempre dividida entre quien, como Benjamin Ferencz, apoyaba la implementación del Estatuto de Roma en la vía de la inclusión de este crimen entre los que la Corte puede investigar, mientras que, otros autores, como Michael Glennon, se han mostrado contrarios a esta inclusión, afirmando que muchas veces no hay un límite muy claro entre los actos que se califican como agresión y los actos que en realidad sirven para la seguridad internacional.

El haber insertado en el artículo 5 del Estatuto el crimen de agresión no es una previsión sin significado sino que se toma en consideración la idea que ya se había planteado en la jurisprudencia de los tribunales internacionales. El fiscal del Tribunal militar de Nuremberg, Robert Jackson, en 1945, afirmó que: «To initiate a war of aggression, therefore, is not only an international crime; it is the supreme International crime differing only from other war crimes in that it contains within itself the accumulated evil of the whole⁵¹». Además, Como explica Finsterbusch (2013: 34):

dicho concepto es, no obstante, vago e impreciso en lo que respecta a la determinación de los elementos del tipo, las características del sujeto activo y de

⁵¹ Traducción: Iniciar una guerra de agresión, por lo tanto, no es sólo un crimen internacional, es el crimen internacional supremo, que difiere de los otros crímenes de guerra en cuanto contiene en sí mismo el acumulado de maldad del resto.

la intención en la acción, como asimismo las situaciones en las cuales existe un “acto de agresión”, conducta fundamental para la determinación del crimen.

El problema ha sido resuelto por parte de los redactores del Estatuto de la Corte Penal Internacional, en sede de *Preparatory Commission*, estableciendo que la Corte tiene jurisdicción sobre los actos que se califican como agresión, únicamente en el momento en que los Estados Parte del Estatuto dan una definición clara y unívoca de este crimen. Dada la peculiaridad del tema y las implicaciones que una definición podría tener sobre los Estados, esta previsión se presentaba, como explicó Zimmermann (1999: 106), como un *impasse* para la jurisdicción sobre dicho crimen: «seems rather unlikely that the Parties to the Statute will – at least in the foreseeable future – be able to include the crime of aggression within the list of crimes for which the ICC has subject matter jurisdiction»⁵².

Debido a ello, el 31 de mayo de 2010 durante la Conferencia de Revisión del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional (CPI) en Kampala, Uganda, los Estados Partes a la CPI, Estados observadores, organizaciones internacionales, *ONG's* y otros participantes discutieron algunas enmiendas propuestas al Estatuto de Roma evaluando de un lado, el impacto que la Corte había tenido hasta el momento de la Conferencia y como los Estados parte del Estatuto de Roma estaban enfrentando los temas de complementariedad y de cooperación con Tribunal internacional, y del otro contribuyendo a un dialogo más eficaz sobre los crímenes internacionales y en particular sobre el crimen de agresión.

De acuerdo con el artículo 123 del Estatuto de la Corte Penal Internacional, se celebró la conferencia para revisar el Estatuto de Roma. Tras largas negociaciones, se adoptaron disposiciones⁵³, incluidas aquellas relativas a la capacidad de la Corte para

⁵² Traducción: Parece poco probable que las Partes en el Estatuto serán - al menos en el futuro previsible - capaces de incluir el crimen de agresión en la lista de delitos por los que la CPI tiene jurisdicción sobre el asunto.

⁵³ En la Conferencia que se celebró en Kampala, primera conferencia de revisión del Estatuto de Roma, se

investigar y enjuiciar a individuos por dicho crimen. En particular, objeto de modificación fueron los artículos 5, 8 bis, 8.2, 9.1, 15 bis y ter, 20.3 y 25.

En lo relativo al crimen de agresión se decidió que Corte no podrá ejercitar su jurisdicción sobre el crimen hasta el 1º de enero de 2017, cuando los Estados tomen la decisión de activar la jurisdicción. A norma del Artículo 8 bis se establece la definición de crimen de agresión:

Artículo 8 bis

Crimen de agresión

1. A los efectos del presente Estatuto, una persona comete un “crimen de agresión” cuando, estando en condiciones de controlar o dirigir efectivamente la acción política o militar de un Estado, esa persona planifica, prepara, inicia o realiza un acto de agresión que, por sus características, gravedad y escala, constituye una violación manifiesta de la Carta de las Naciones Unidas.

2. A los efectos del párrafo 1, por “acto de agresión” se entenderá el uso de la fuerza armada por un Estado contra la soberanía, la integridad territorial o la independencia política de otro Estado o en cualquier otra forma incompatible con la Carta de las Naciones Unidas. Cualquiera de los siguientes actos, independientemente de que haya o no una declaración de guerra, deberá, de acuerdo con la resolución 3314 (XXIX) de la Asamblea General de las Naciones Unidas del 14 de diciembre de 1974, calificarse como un acto de agresión:

(a) La invasión o el ataque por las fuerzas armadas de un Estado del territorio de otro Estado, o toda ocupación militar, aun temporal, que resulte de dicha invasión o ataque, o toda anexión, mediante el uso de la fuerza, del territorio de otro Estado o de parte de él;

(b) El bombardeo, por las fuerzas armadas de un Estado, del territorio de otro Estado, o el empleo de cualquier arma por parte de un Estado contra el territorio de otro Estado;

(c) El bombardeo, por las fuerzas armadas de un Estado, del territorio de otro

aprobaron diferentes resoluciones y declaraciones. Partiendo por las resoluciones: la primera se refiere al principio de complementariedad; la segunda es relativa al impacto del sistema del Estatuto de Roma sobre las víctimas y las comunidades afectadas; en la tercera se enfrenta el tema del cumplimiento de las penas; la cuarta es relativa al artículo 124 del Estatuto, disposición relativa a la disposición de transición que permite a un Estado de no aceptar la competencia de la Corte durante un periodo de 7 años en el momento de hacerse parte del Estatuto y por los crímenes cometidos en su territorio o por sus nacionales; mientras que la quinta enfrenta el tema del enmienda del artículo 8; finalmente la sexta es sobre el crimen de agresión.

Estado, o el empleo de cualquier arma por parte de un Estado contra el territorio de otro Estado;

(d) El ataque por las fuerzas armadas de un Estado contra las fuerzas armadas terrestres, navales o aéreas de otro Estado, o contra su flota mercante o aérea;

(e) La utilización de fuerzas armadas de un Estado, que se encuentren en el territorio de otro Estado con el acuerdo del Estado receptor, en violación de las condiciones establecidas en el acuerdo o toda prolongación de su presencia en dicho territorio después de terminado el acuerdo;

(f) La acción de un Estado que permite que su territorio, que ha puesto a disposición de otro Estado, sea utilizado por ese otro Estado para perpetrar un acto de agresión contra un tercer Estado;

(g) El envío por un Estado, o en su nombre, de bandas armadas, grupos irregulares o mercenarios que lleven a cabo actos de fuerza armada contra otro Estado de tal gravedad que sean equiparables a los actos antes enumerados, o su sustancial participación en dichos actos.

Como explica Matthew Gillett (2013: 7), esta definición fue seguramente influenciada por la Resolución 3314 (XXIX) de la Asamblea General de la ONU del 14 de diciembre de 1974.

The framers of the aggression amendments ultimately agreed upon an amalgamation of article 6 of the Nuremberg Statute (crimes against the peace) and the definition of aggression contained in UNGA Resolution 3314. This composite definition imports the dual benefits of the historical pedigree of the Nuremberg definition and the hard-gained consensus arrived at in Resolution 3314⁵⁴.

Mientras que en los artículos 15 bis y 15 ter se establecieron las condiciones para que la Corte ejerza su jurisdicción sobre el crimen de agresión. Se puede constatar como a diferencia de los otros crímenes del Estatuto, los artículos 15 bis y 15 ter establecen un régimen jurisdiccional único que determinan cuándo el Fiscal de la CPI es capaz de iniciar

⁵⁴ Traducción: Los autores de las enmiendas de agresión coincidieron en última instancia de una fusión del artículo 6 del Estatuto de Nuremberg (crímenes contra la paz) y la definición de agresión contenida en la Resolución AGNU 3314. Esta definición compuesta importa el doble beneficio de el pedigrí histórico de la definición de Nuremberg y el consenso duramente ganado en la Resolución 3314.

una investigación sobre un crimen de agresión.

Artículo 15 bis

Ejercicio de la competencia con respecto al crimen de agresión

1. La Corte podrá ejercer su competencia respecto del crimen de agresión de conformidad con el artículo 13, con sujeción a las disposiciones de este artículo.
2. El Fiscal, si llegare a la conclusión de que existe fundamento razonable para iniciar una investigación sobre un crimen de agresión, verificará en primer lugar si el Consejo de Seguridad ha determinado la existencia de un acto de agresión cometido por el Estado que se trate. El Fiscal presentará al Secretario General de las Naciones Unidas una notificación sobre la situación ante la Corte, junto con la documentación y otros antecedentes que sean pertinentes.
- 3) Cuando el Consejo de Seguridad haya emitido dicha determinación, el Fiscal podrá iniciar la investigación respecto de un crimen de agresión. El artículo 15 bis también establece que los Estados Partes pueden decidir no estar sujetos a la jurisdicción de la Corte de acuerdo con el artículo presentando una declaración al Secretario de la Corte renunciando a dicha jurisdicción. Esta declaración puede realizarse en cualquier momento (incluso antes de que las enmiendas entren en vigor) y deberá ser revisada por el Estado Parte dentro de tres años.

Artículo 15 ter

Ejercicio de la competencia respecto del crimen de agresión

(remisión por el Consejo de Seguridad)

1. La Corte podrá ejercer su competencia respecto del crimen de agresión de conformidad con el apartado b) del artículo 13, con sujeción a las disposiciones de este artículo.
2. La Corte únicamente podrá ejercer su competencia respecto de crímenes de agresión cometidos un año después de la ratificación o aceptación de las enmiendas por treinta Estados Partes.
3. La Corte ejercerá su competencia respecto del crimen de agresión de conformidad con el presente artículo, a condición de que se adopte una decisión después del 1º de enero de 2017 por la misma mayoría de Estados Partes que se requiere para la aprobación de una enmienda al Estatuto.
4. La determinación de que hubo acto de agresión realizada por un órgano ajeno a la Corte no irá en perjuicio de las propias conclusiones de la Corte en virtud del presente Estatuto. RC/11 22 11-S-011110
5. El presente artículo se entenderá sin perjuicio de las disposiciones

correspondientes al ejercicio de la competencia respecto de otros crímenes a los que se hace referencia en el artículo 5.

5. Insértese el texto siguiente a continuación del párrafo 3 del artículo 25 del Estatuto:

3 bis. Por lo que respecta al crimen de agresión, las disposiciones del presente artículo sólo se aplicarán a las personas en condiciones de controlar o dirigir efectivamente la acción política o militar de un Estado.

6. Sustitúyase la primera oración del párrafo 1 del artículo 9 del Estatuto por la oración siguiente:

1. Los Elementos de los crímenes ayudarán a la Corte a interpretar y aplicar los artículos 6, 7, 8 y 8 bis.

7. Sustitúyase el encabezamiento del párrafo 3 del artículo 20 del Estatuto por el párrafo siguiente; el resto del párrafo no se modifica:

3. La Corte no procesará a nadie que haya sido procesado por otro tribunal en razón de hechos también prohibidos en virtud de los artículos 6, 7, 8 u 8 bis a menos que el proceso en el otro tribunal.

Este artículo excluye a los Estados que no son parte de la jurisdicción de la Corte en relación con los crímenes de agresión cuando estos hayan sido cometidos por ciudadanos de dicho Estado o dentro de su territorio. Tanto el artículo 15 bis como el 15 ter establecen que cualquier determinación realizada por un organismo externo a la Corte (como el Consejo de Seguridad) no afectará el fallo de la Corte sobre un acto de agresión.

Finalmente, para lo que se refiere a la entrada en vigor de las enmiendas podemos agregar que: estas últimas fueron adoptadas por consenso de acuerdo con el artículo 5.2 del Estatuto y entrarán en vigor de acuerdo con el artículo 121.5. Sin embargo, las disposiciones de los artículos (15 bis y 15 ter) afirman que la Corte no podrá ejercer su jurisdicción sobre el crimen de agresión hasta que:

- al menos 30 Estados Partes hayan ratificado o aceptado las enmiendas;
- dos tercios de los Estados Partes hayan tomado una decisión para activar la jurisdicción en cualquier momento después del 1º de enero de 2017 y
- de acuerdo con la cláusula de *opting out*.

Seguramente la Conferencia de Kampala ha marcado un paso muy importante para enfrentarse en un futuro a casos que vierten sobre dicho crimen. No obstante, la doctrina especializada, entre otros Pigrau Solé (2012: 63), no se muestra muy esperanzada:

La utilización en la enmienda relativa al crimen de agresión de numerosos mecanismos de este tipo, como la cláusula *opting out*, la adición de nuevos requisitos temporales (nunca antes de 2017) o procedimentales (la necesidad de 30 aceptaciones de la enmienda y de la adopción de una nueva decisión por una mayoría de los dos tercios de los Estados Partes) y de tantos otros requisitos que la imaginación de los asesores jurídicos de los Gobiernos poco deseosos de comprometerse pueden llegar a desarrollar en futuras enmiendas, pueden abrir escenarios en que la entrada en vigor de las mismas sea inverosímil.

1.4.5 El crimen de genocidio

El término genocidio tiene una doble raíz etimológica. La primera es un palabra griega: *genos* que significa raza; la segunda palabra es latina: *caedere*, que significa matar. La primera definición que encontramos sobre el genocidio la propone Raphael Lemkin. Para él, el genocidio hace referencia a las pluralidades de acciones dirigidas en manera tal de negar a un grupo las condiciones esenciales para su misma supervivencia, hechas con la intención de destruir a este grupo (Lemkin; 1944: 79).

No fue hasta 1946, a través de la resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas, no. 96 (I) del 11 de diciembre de 1946, cuando este crimen fue por primera vez entendido como crimen internacional y se determinaron los elementos constitutivos del mismo, universalmente aceptados. En este documento el crimen de genocidio está definido como: «denial of the right of existence of entire human groups in the same way as homicide is the denial of the right to live for individual human beings⁵⁵».

Este acto de la Asamblea General representa un borrador de proyecto de un código

⁵⁵ Traducción: negación del derecho a la existencia de grupos humanos enteros en la misma forma que el homicidio es la negación del derecho a la vida a seres humanos individuales.

sobre los crímenes internacionales. Un proyecto que se quedó sin ninguna validez jurídica, pero que, como todos los documentos de *soft law*, representa un punto de partida para las normas consuetudinarias y convencionales sobre este mismo tema. De hecho, sobre la base de este código, en 1947, el *UN Economic and Social Council*, ha sido llamado a preparar un borrador de la «Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide» (Convención sobre el crimen genocidio).

Un año después, el texto definitivo de la convención fue aprobado por parte de la Asamblea General, a través de la resolución no. 260 (III) del 9 de diciembre de 1948. En su artículo 2 encontramos, por primera vez en un tratado internacional, una definición de genocidio:

Any of the following acts committed with intent to destroy, in whole or in part, a national, ethnic, racial or religious group, as such:

- (a) Killing members of the group;
- (b) Causing serious bodily or mental harm to members of the group;
- (c) Deliberately inflicting on the group conditions of life calculated to bring about its physical destruction in whole or in part;
- (d) Imposing measures intended to prevent births within the group;
- (e) Forcibly transferring children of the group to another group⁵⁶.

La convención ha sido reconocida como norma de derecho consuetudinario, como confirma el Tribunal por los crímenes cometidos en el territorio del Rwanda en la sentencia relativa a *Akayesu* y el Tribunal por los crímenes cometidos en el territorio de la ex-Yugoslavia en el caso *Krstic* de 2001 y confirmado por parte de la doctrina internacional, entre otros, Cassese (2003) en su libro: *International Criminal Law*.

⁵⁶ Traducción: cualquiera de los siguientes actos cometidos con la intención de destruir, totalmente o en parte, un grupo nacional, étnico, racial o religioso como tal:

- (a) Matanza de miembros del grupo;
- (b) Lesión grave a la integridad física o mental de los miembros del grupo;
- (c) Sometimiento intencional del grupo a condiciones de vida que se calcula vayan a acarrear su destrucción física, total o parcial;
- (d) Medidas destinadas a impedir los nacimientos dentro del grupo;
- (e) Traslado por fuerza de niños del grupo a otro grupo.

Es a través de los tribunales internacionales para la ex-Yugoslavia y Rwanda que se crea la jurisdicción penal internacional sobre este crimen pero al mismo tiempo ya se empieza a fomentar la existencia de una jurisdicción penal universal, en base a la cual, las conductas de genocidio pueden ser perseguidas no solamente por los tribunales internacionales, sino por los tribunales internos a los Estados por parte de las autoridades judiciales nacionales⁵⁷. Para afirmar esto hay muchos autores entre ellos algunos exponentes de la doctrina penal alemana como Behrendt (2005), y Kreicker (2005).

1.4.5.1 Los elementos objetivos y subjetivos que caracterizan el crimen de genocidio

Empezando por la definición dada en la Convención sobre la represión y prevención de este crimen, podemos identificar las conductas que caracterizan el mismo. La norma prevé que los actos pueden ser diferentes y se materializan en conductas como el asesinato; las lesiones físicas o psicológicas; eliminación de la identidad de un grupo, lo que se identifica con el concepto de *morte sociale*⁵⁸; actos de torturas; embarazos forzosos u actos que intenten negar la posibilidad a las mujeres de quedarse embarazadas o interrumpir los embarazos; el desplazamiento de parte del grupo, etc.

⁵⁷ En el Informe de *Amnesty International* de 2012 (página 13) se afirma que: «As of 1 September 2012, it appears that at least 118 (approximately 61.1%) UN member states have included genocide as a crime under national law and at least 94 (approximately 48.7%) UN member states have provided for universal jurisdiction over genocide. In addition, at least 25 (approximately 13.0%) UN member states, although they have not expressly included genocide in their national law have provided their courts with universal jurisdiction over ordinary crimes, which means that they can try persons based on universal jurisdiction for at least some conduct, such as murder, assault, rape and abduction, that if committed with intent to destroy, in whole or in part, a national, ethnical, racial or religious group, as such, could amount to genocide». Traducción: «Desde el 1 de septiembre de 2012, parece que al menos 118 Estados Miembros (aproximadamente 61,1%) de las Naciones Unidas han incluido el genocidio como delito en la legislación nacional y por lo menos 94 Estados Miembros (aproximadamente 48,7%) de la ONU han previsto la jurisdicción universal sobre el genocidio. Además, al menos 25 (aproximadamente 13,0%) de los Estados Miembros de la ONU, a pesar de que no han incluido expresamente el genocidio en su legislación nacional ha proporcionado a sus tribunales jurisdicción universal sobre delitos comunes, lo que significa que pueden juzgar a las personas sobre la base de la jurisdicción universal por lo menos sobre algunas conductas, como el asesinato, asalto, violación y secuestro, que si se comete con la intención de destruir, total o parcialmente, a un nacional, étnico, racial o religioso, como tal, podría equivaler al genocidio».

El texto del Informe se puede consultar en la página web: <http://www.amnesty.org/es/library/asset/IOR53/019/2012/en/2769ce03-16b7-4dd7-8ea3-95f4c64a522a/ior530192012en.pdf>.

⁵⁸ Traducción: muerte social.

De manera diferente a otros crímenes internacionales como el crimen de guerra, para poder hablar de crimen de genocidio no se necesita un contexto determinado para su realización. Esto significa que a la hora de identificarlo como crimen internacional será necesario solo el elemento subjetivo, es decir, el motivo del reo, *specific intent*. Por lo tanto, desde una perspectiva subjetiva, estas conductas deben ser actuadas con intención específica, dolo específico, de destrucción de todo o parte de un mismo grupo. Este elemento, el dolo específico, podría llevar a la conclusión de que también un solo acto de asesinato o de tortura, dirigido a la eliminación o destrucción de un grupo racial, étnico o religioso, podría constituir un acto de genocidio. Obviamente esta afirmación es válida a nivel teórico y de determinación del crimen, pero en el momento procesal, los parámetros para la imputación del mismo crimen resultan diferentes.

Por otro lado, de esta norma podemos identificar que la lesión de un interés individual de un sujeto, es tomada en consideración solamente si se determina que esta lesión esta dentro de una agresión mayor a un interés colectivo. En otras palabras, la violencia ejercida sobre un sujeto, puede ser objeto de protección bajo la Convención sobre el Genocidio, solo si este individuo pertenece a uno de los grupos, étnico, religioso o racial, previstos en el artículo 2 de la Convención misma.

De esta forma se ha expresado el Tribunal Internacional de Rwanda en la sentencia *Akayesu*, donde ha afirmado que el crimen de genocidio se configura solamente en el caso en que se demuestre que la víctima pertenece al grupo Tutsi. Y la doctrina internacional, entre otros Mettraux (2005) y Schabas (2000), han confirmado esta orientación jurisprudencial seguida por este órgano. Diversamente, en una sentencia sucesiva, *Bagilishema* de 2001, el mismo Tribunal ha vuelto sobre sus propios pasos, dando una definición más amplia de los criterios previstos de la Convención sobre el crimen de Genocidio para identificar un grupo y decidiendo que es más oportuno no establecer a

priori los límites de los mismos, sino bien evaluarlos caso por caso y estableciendo también si el reo, en el momento de cometer un acto de genocidio a daño de un sujeto, lo identifica como perteneciente o no a un determinado grupo.

Cuando hablamos de grupo, concepto sobre el cual se construye este tipo de crimen, se entiende: «una pluralità di persone legate in maniera duratura da caratteristiche comuni, che si differenzia dal resto della popolazione⁵⁹» (Werle, 2009: 666).

Como se puede imaginar, este término ha sido objeto de diferentes interpretaciones a lo largo de los años para poderlo adaptar mejor a las diferentes situaciones en que se verificaban los actos de genocidio. En las sentencias de los tribunales internacionales llamados a juzgar presuntos culpables de estas conductas, podemos ver como este concepto ha sido interpretado, en algunos casos de manera restringida, mirando los elementos constitutivos y distintivos de los grupos: lengua, religión o raza; mientras en otros casos, ha sido utilizado un criterio más flexible que intenta incluir en la evaluación del caso, también la percepción de la identidad que tiene un sujeto. Esto significa que en algunos casos, no obstante a nivel objetivo no sea posible identificar que hay un grupo bien definido, el juez debe tener en cuenta los mecanismos sociales de atribución de la identidad que permiten en concreto establecer que un determinado sujeto se sienta parte de un grupo determinado, *self identification*, o que se le atribuye por parte de la sociedad esta pertenencia, *identification by others*.

Este crimen ha sido objeto de muchos juicios, tanto a nivel internacional como nacional. Debido a su importancia, a lo largo de esta tesis trataré casos sobre esta tipología de crimen que han sido llevados a cabo por tribunales penales internacionales y nacionales.

⁵⁹ Traducción: pluralidad de personas ligadas en forma duradera con características comunes, lo que las diferencia del resto de la población.

1.5. La lucha contra la impunidad de los crímenes internacionales

Es bien sabido que también en el caso de delitos que afectan a una pluralidad de Estados o que involucran a un gran número de víctimas y victimarios, delitos que por lo tanto tienen repercusiones fuertes en ámbito internacional, el lugar de comisión de los hechos sería el lugar donde se debería activar la justicia. Por lo tanto un importante rol lo tiene el Estado en cuyo territorio se verificaron los hechos delictivos. En este caso se hace referencia al principio denominado de «territorialidad del crimen». En base a este principio es competente a juzgar un delito el juez del lugar donde el mismo ha sido cometido. Como explica Coombes (2011: 424):

Under customary international law, states may prescribe criminal laws on various bases. The most common is the territoriality principle, under which a state may criminalize conduct committed on its territory, regardless of whether the acts are committed by nationals or non-nationals. In the light of the principle of state sovereignty, this jurisdictional basis is uncontroversial⁶⁰.

Como explica Beccaria, en su libro sobre los delitos y las penas, la territorialidad es otra forma del concepto mismo de soberanía «il luogo della pena è il luogo del delitto, perché ivi solamente, e non altrove, gli uomini sono sforzati di offendere un privato per prevenire l'offesa pubblica»⁶¹ (Beccaria, 2003: 47). Podemos decir que el último pensamiento representa el fundamento ideológico de la territorialidad en cuanto es en el lugar en que se comete un crimen donde debería actuarse su represión.

Por otro lado, podemos encontrar un fundamento más práctico del concepto de territorialidad en cuanto es en el lugar en que se cometió un delito donde en la normalidad de las circunstancias se encuentran las pruebas, los testigos, el reo etc. «En el sistema

⁶⁰ Traducción: Bajo el derecho internacional consuetudinario, los Estados pueden prescribir el derecho penal sobre diferentes bases. La más común es el principio de territorialidad, bajo el cual un Estado puede criminalizar conductas cometidas en su territorio, independientemente del hecho si los actos son cometidos por nacionales o no nacionales. A la luz del principio de soberanía de los Estados, esta base jurisdiccional es no controvertida.

⁶¹ Traducción: el lugar de la pena es el lugar del delito, porque solamente allí, y no en otra parte, los hombres se han esforzado en ofender a un privado para prevenir una ofensa pública.

tradicional, cada Estado persigue los crímenes cometidos en su territorio. En base a su soberanía, se le impone la responsabilidad de asegurar el orden público en su territorio» (Tomuschat, 2009: 11).

Este principio bien se adapta para la represión de lo que se denominan crímenes comunes, como un asesinato, un hurto, una agresión, delitos que por su naturaleza se desarrollan en un único momento, o en un mismo plan criminal, y en un único espacio en que sucesivamente se descubren las pruebas, los testigos, etc. Pero cuando nos enfrentamos a los crímenes internacionales, como por ejemplo un genocidio, actos de tortura o crímenes de guerra, podemos ver como, también si es el Estado en cuyo territorio se verificaron los hechos el que primariamente tiene la competencia en activar el sistema de justicia para perseguirlos, sancionar los responsables y reparar las víctimas, no siempre de esta forma se garantiza la justicia y se evita la impunidad sobre los hechos cometidos. De hecho, muchos de los crímenes internacionales encuentran obstáculos a la hora de ser perseguidos en un determinado Estado, en particular en el Estado en cuyo territorio han sido cometidos, aunque, como hemos mencionado con anterioridad, sería siempre auspicioso que en el país donde el delito ha sido cometido se activara *primis* su persecución.

De esta forma se expresa el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas en la Resolución n.1265 de 17 de septiembre de 1999 cuando enfatiza el papel del Estado en cuyo territorio se verificaron los actos de genocidio, crímenes en contra de la humanidad y otras graves violaciones al Derecho internacional humanitario, de poner fin a la impunidad y perseguir dichos actos y castigar a los sujetos que los cometieron.

Podemos hablar de una política de las Naciones Unidas en materia de lucha a la impunidad y restablecimiento del estado de derecho. Esta última se fundamenta en la idea que son los países afectados por las graves violaciones los que deben activar su mecanismos de justicia, a través de su sistemas legales, con el fin de restablecer la

situación *quo antes* y en el caso de imposibilidad o carencia de voluntad el Consejo afirma la necesidad de poner en marcha mecanismos internacionales para hacer eficaz la lucha a la impunidad como compromiso entre las Naciones y respeto de las obligaciones ratificadas por los Estados sobre la persecución de los crímenes internacionales⁶².

Esta afirmación encuentra varias razones que la sustentan, en particular se puede mencionar que la falta de voluntad o imposibilidad de los Estados nace por diferentes causas como el hecho de que estos delitos son cometidos por parte de los mismos organismos estatales o bajo el control de órganos estatales o con el apoyo de estos últimos. Además, no son crímenes individuales, sino crímenes cometidos sistemáticamente y en gran escala; son actos que trascienden un solo Estado y afectan muchas veces otros territorios. Por todas estas razones, resulta muy difícil para un juez del lugar donde se cometieron poderlos reprimir. Finalmente, no podemos olvidar el hecho de que en muchos países, después de un conflicto, interno o internacional, o después de la ejecución de otros de estos crímenes, se prefiere llevar a cabo una política que deje impune a los responsables, con el fin de obtener una «reconciliación social».

Se habla en este sentido, de las leyes de impunidad, muy conocidas en los países de Latinoamérica y que han dejado sin juicio a miembros de las fuerzas militares y de gobierno. También debemos mencionar las prácticas, que en la sustancia sirven para dejar impunes a dichos sujetos, como las normas sobre la prescripción de un delito etc. Finalmente, pero no menos importante, entre las formas de impunidad, encontramos los

⁶² Momtaz (2006: 390 y sucesivas), analiza el tema de las obligaciones que se crean después de la ratificación de un tratado internacional en tema de persecución de crímenes internacionales. En particular, hace referencia a la convención sobre la represión y castigo del crimen de genocidio y de las cuatro convenciones de Ginebra sobre la protección de las víctimas de la guerra. En ambos casos hay una clara obligación de traer a los culpables frente a los órganos judiciales competentes del país donde las violaciones han sido perpetradas. Por lo que se refiere al crimen contra de la humanidad el autor afirma «[...]Ces exemples constituent une pratique certes limitée mais significative en faveur de la formation d'une *opinio juris* dans le sens de l'existence d'une obligation à la charge des Etats de rechercher et de poursuivre les auteurs de crimes commis au cours d'un conflit armé non international». Traducción: «Estos ejemplos constituyen una práctica limitada pero significativa en favor de la formación de una *opinio juris* en el sentido de la existencia de una obligación de los Estados de investigar y enjuiciar los crímenes cometidos durante un conflictos armados no internacionales».

juicios llevados a cabo por los tribunales militares internos que no dejan posibilidad a la justicia estatal ordinaria de juzgar a determinados sujetos.

Para empezar, cuando se habla de impunidad⁶³ se suele hacer referencia a dos distintas categorías:

- La primera es normativa, entonces nace directa o indirectamente de un ordenamiento estatal; están proclamadas por el órgano legislativo.
- La segunda tiene una naturaleza más práctica siendo el resultado de un mecanismo que en sustancia intenta excluir la instauración de un procedimiento penal y/o la sucesiva sanción.

Estas formas de no represión de delitos terminan, a veces, por obstaculizar la tutela de los Derechos Humanos y la persecución de los autores materiales de los crímenes más atroces en contra de la misma humanidad.

El informe final de la Comisión sobre la Prevención de las Discriminaciones y Protección de las Minorías de la Comisión sobre los Derechos Humanos de la ONU nos ofrece una definición unitaria de impunidad en base a la cual, por impunidad entendemos la no existencia de la responsabilidad penal de los autores de las violaciones de los Derechos Humanos, seguida de una falta de represión de los actos cometidos. En el texto se lee:

Per impunità si intende l'inesistenza, in fatto o in diritto, della responsabilità penale degli autori di violazioni dei diritti umani, così come della responsabilità civile, amministrativa o disciplinare, perché sfuggono a tutte le investigazioni che mirano a provare la loro colpevolezza, a detenerli e a processarli e nel caso in cui venga ad essere provata la loro colpevolezza, ad una condanna e una pena

⁶³ Como ha afirmado el Relator Especial de Naciones Unidas sobre Impunidad, Louis Joinet, en el informe final revisado acerca de la cuestión de la impunidad, una situación de impunidad «surge del hecho de que los Estados dejan de cumplir la obligación de investigar y adoptar, especialmente en el ámbito de la administración de justicia, medidas que garanticen que los responsables de haberlas cometido sean acusados, juzgados y, en su caso, castigados. Se configura, además, cuando los Estados no adoptan medidas adecuadas para proveer a las víctimas de recursos efectivos, para reparar los daños sufridos por ellas y para prevenir la repetición de dichas violaciones».

appropriate, incluso l'indennizzo del danno causato alle loro vittime⁶⁴ (ONU-ECOSOC-CDU, 1997 : 19).

El problema surge cuando la ausencia de persecución penal choca con la tutela de los Derechos Humanos o con el derecho internacional humanitario.

Debido a la importancia de los derechos y la gravedad de las violaciones, del número de víctimas involucradas y de los daños causados, esta situación no encuentra justificaciones plausibles. Lo que lleva a encontrar otras vías, otros mecanismos alternativos para la represión; entre ellos, el primero es condenar a los Estados que, de facto o de derecho, no ponen fin a los abusos y no reprimen las conductas, dejando sin tutela a las víctimas. De esta forma se expresa también la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Goiburú y otros contra Paraguay⁶⁵ en la que se afirma:

de manera consecuente con lo anterior, ante la naturaleza y gravedad de los hechos, más aún tratándose de un contexto de violación sistemática de derechos humanos, la necesidad de erradicar la impunidad se presenta ante la comunidad internacional como un deber de cooperación inter-estatal para estos efectos. La impunidad no será erradicada sin la consecuente determinación de las responsabilidades generales – del Estado – y particulares – penales de sus agentes o particulares –, complementarias entre sí. El acceso a la justicia constituye una norma imperativa de Derecho Internacional y, como tal, genera obligaciones *erga omnes* para los Estados de adoptar las medidas que sean necesarias para no dejar en la impunidad esas violaciones, ya sea ejerciendo su jurisdicción par aplicar su derecho interno y el derecho internacional para juzgar y, en su caso, sancionar a los responsables, o colaborando con otros Estados que lo hagan o procuren hacerlo.

Por ahora se destaca que los derechos violados son el derecho a la vida y el derecho a la libertad personal. Los crímenes varían mucho y pasan por la tortura, el genocidio, o las

⁶⁴ Traducción: Por impunidad se entiende la no existencia, en facto o en derechos, de la responsabilidad penal de los autores de las violaciones de los Derechos Humanos, así como la responsabilidad civil, administrativa o disciplinar, porque escapan a todas las investigaciones que miran aprobar su culpabilidad, a detenerlos y a procesarlos y el caso en que sea probada su culpabilidad, a una condena y a una pena justa, incluso con la indemnización del daño causado a las víctimas”.

⁶⁵ Sentencia del 22 de septiembre de 2006, serie C, número 153.

masacres. Los autores, que se quedan impunes de la responsabilidad penal, son miembros de los ejércitos, grupos estatales o paramilitares, grupos externos o anti-estatales. Las formas de la legislación de la impunidad son principalmente aquellas de las legislaciones ordinarias y de las jurisdicciones militares.

El intento de clasificar sistemáticamente la impunidad es difícil. Algunos autores, entre ellos Kai Ambos, han intentado organizar en diferentes niveles las muchas formas de impunidad que varían según la experiencia de cada nación a la que están ligadas. En su libro sobre la impunidad y derecho penal internacional, Ambos diferencia en tres niveles los mecanismos de impunidad. En el primer nivel hay impunidades normativas diferentes a las fácticas. «por impunidad normativa se entiende toda impunidad, que tenga su origen directa e inmediatamente en normas [...] La impunidad fáctica es el resultado de mecanismos fácticos que prohíben una persecución penal y sanción penal» (Ambos, 1999: 34).

En un segundo nivel,

el concepto de impunidad se encuentra vinculado a dos puntos de referencia formales; de una parte se puede relacionar con los hechos punibles (diferenciación jurídico material) y, de otra parte, con la etapa en la que se encuentra el proceso (diferenciación procesal) (Ambos, 1999: 34).

En un tercer nivel se puede considerar la impunidad como «expresión de los problemas estructurales de las sociedades analizadas» (Ambos, 1999: 35).

Partiendo del análisis de la legislación positiva, es necesario aportar algunas aclaraciones de carácter general. La doctrina y la jurisprudencia internacional definen como «leyes de impunidad» aquellas normas que se muestran como⁶⁶:

- Amnistías;

⁶⁶ Este tema será profundizado en el sexto capítulo de este trabajo, relativo a los obstáculos de Derecho Internacional y nacional en la persecución de crímenes internacionales.

- Indultos;
- Normas que prevén formas de atenuación de la pena o de su ejecución, como por ejemplo la ley colombiana número 975 del 2005, conocida como «ley justicia y paz»;
- Normas que impiden la persecución penal acelerando por ejemplo el término de prescripción de los delitos.

Todo esto se verifica en deroga a las prohibiciones sancionadas por la jurisprudencia internacional y de muchas convenciones o tratados internacionales, que se expresan en favor de la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y contra la humanidad. En este sentido se puede mencionar la Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y contra la humanidad adoptada por la Asamblea de las Naciones Unidas el 26 de Noviembre del 1968 y entrada en vigor el 11 de Noviembre del 1970 que prevé la imprescriptibilidad de todos los crímenes contra la humanidad. Este tema será objeto de un análisis más detallado a lo largo del último capítulo del presente trabajo.

La lucha a la impunidad deja de ser un tema de política interna a los Estados, llegando a ser un tema de política global debido a sus consecuencias en términos de Paz; Como explica Momtaz (2006: 385- 386): «la criminalisation des violations graves du droit international en constitue pas une fin en soi en ce sens qu'elle en suffit évidemment pas pour assurer la répression des crimes internationaux. [...] Dans la mesure où elle peut concourir à la prévention de nouveaux crimes, la lutte contre la impunité est en définitive un instrument au service de la paix⁶⁷»

De esta forma, en determinadas situaciones, es imprescindible que la Comunidad Internacional actué a favor de la represión de determinadas conductas sobre todo a través

⁶⁷ Traducción: la criminalización de graves violaciones del derecho internacional no es un fin en sí mismo, ya que es evidentemente insuficiente para garantizar el enjuiciamiento de los crímenes internacionales. [...] En la medida en que puede contribuir a la prevención de nuevos crímenes, la lucha contra la impunidad es en definitiva un instrumento de paz.

la adopción de tres diferentes vías que siempre adquieren la cooperación de los Estados, en particular del Estado en que se cometieron dichos actos. Estas tres vías se pueden resumir de la siguiente manera: la primera prevé el ejercicio por parte de los jueces nacionales de la jurisdicción sobre ilícitos civiles especiales, tendiente a indemnizar las víctimas de crímenes internacionales en cuyo caso no ha sido posible activar la justicia en el lugar de comisión de los hechos; la segunda prevé la creación de los tribunales penales internacionales competentes a conocer de algunos crímenes y a juzgar directamente a los sujetos responsables, en base al principio de «responsabilidad penal individual internacional»; y en tercer y último lugar se prevé el ejercicio por parte de los jueces nacionales de la jurisdicción penal universal.

En el segundo capítulo de esta tesis, profundizaremos este tema poniendo particular énfasis sobre la jurisdicción penal internacional, sus ventajas y los obstáculos que encuentra a la hora de perseguir conductas criminales internacionales. En particular hablaremos del pacto de Londres del 8 de agosto de 1945, que ha representado un paso adelante en el desarrollo de estas normas. Con este pacto han sido creados los dos primeros tribunales penales militares de Nuremberg y de Tokyo, que si bien es cierto, no se pueden definir como jurisdicciones penales internacionales, han tenido funciones internacionales relevantes⁶⁸ que han introducido el desarrollo sucesivo por parte de los primeros tribunales penales internacionales de Rwanda y de la ex-Yugoslavia hacia la creación del Tribunal Penal Internacional con sede en La Haya, con carácter permanente y pro-futuro.

A esos se pueden agregar los tribunales mixtos que han contribuido, juntos a los primeros, a delinear y especificar todas las normas aplicables en concreto en los juicios internacionales. Entre estas normas hay toda clase de reglas de procedimientos, de pruebas

⁶⁸ Este tema será objeto de análisis en el capítulo segundo párrafo (...), como explica Villalpando (2009: 20): «El Estatuto de Nuremberg introdujo nuevos enfoques jurídicos que, con el correr del tiempo, serían esenciales en el Derecho Internacional y especialmente en el Internacional Penal. Para habilitar el procesamiento se establecieron algunos principios que hasta entonces—si bien sugeridos por la doctrina—carecían de aplicación práctica».

y los elementos de los crímenes.

Posteriormente, seguiremos nuestro análisis sobre los otros mecanismos que constituyen lo que hemos llamado el sistema penal internacional para la represión de los crímenes internacionales. Mecanismo que, también si no es perfecto, resulta necesario para la lucha contra la impunidad. Me refiero a la jurisdicción sobre ilícitos civiles especiales; especiales en cuanto encuentran su propia disciplina en el Derecho Internacional, siendo graves violaciones a los Derechos Humanos; o la jurisdicción penal universal, mecanismo complementario a los demás, que ha permitido extender la jurisdicción nacional a casos que, no obstante no tengan alguna relación con el Estado, están ligados a una obligación general de Derecho Internacional, en particular, la obligación de perseguir y sancionar penalmente a los responsable de determinados crímenes internacionales.

De lo anterior se desprende que la lucha contra la impunidad de los delitos internacionales tiene dos vertientes; la primera está dirigida a los responsables de dichas conductas, en función de persecución y sanción de los crímenes; la segunda está orientada a restablecer el derecho de las víctimas a la verdad, justicia y reparación⁶⁹.

⁶⁹ Sobre este aspecto véanse los documentos de las Naciones Unidas relativos a la lucha contra la impunidad y el derecho de las víctimas de graves violaciones a las normas internacionales que protegen los Derechos Humanos: Resolución sobre impunidad, número 2005/81, Doc. ONU E/CN.4/RES/2005/81; y la Resolución sobre el derecho a la reparación de las víctimas, de la Asamblea General de la ONU, AG Res. 60/147 del 16 de diciembre de 2005.

1.6 Los principios que regulan la persecución de los crímenes por los Estados

La persecución de los crímenes internacionales se lleva a cabo en dos niveles: el de derecho estatal y el de derecho internacional. Normalmente el ejercicio de la jurisdicción penal es del Estado en cuyo territorio se ha cometido el crimen, en base a algunos criterios de conexión establecidos en el interior del ordenamiento estatal.

Así como el derecho penal sustantivo de cada Estado determina cuales son los principios que regulan la persecución de los crímenes, de la misma manera el derecho penal internacional ha venido estableciendo la naturaleza de las normas estatales y *supra* estatales que regulan la represión de los crímenes internacionales, determinando las actividades criminales imputadas, especificando cuales son los principios de parte general aplicables, y las reglas procedimentales relativas a los presuntos responsables. Estas últimas resultan muy importantes a la hora de encontrar los elementos que caracterizan la actividad criminal y los principios de parte general, como de legalidad, de culpabilidad, de las sucesiones de las reglas penales en el tiempo, de irretroactividad de las normas penales.

Desde una perspectiva procesal, para determinar cuando un crimen común es sujeto a la jurisdicción en el interior de un Estado, tenemos que tener en cuenta otros elementos que caracterizan la conexión con un determinado territorio para que en este último se pueda empezar un juicio. En muchos ordenamientos jurídicos el criterio de territorialidad, de la nacionalidad del reo o de las víctimas, o de defensa/tutela, determinan las circunstancias a través de las cuales es posible empezar un juicio en el interior de un Estado por hechos ocurridos fuera del Estado del foro.

Estos criterios representan una posibilidad para el Estado pero también son límites espaciales en el ejercicio de su propia jurisdicción. En síntesis, podemos ver como por el principio de territorialidad los jueces de un Estado pueden juzgar los crímenes cometidos en el interior del territorio nacional y los actos que se verifican sobre sus propias naves o

aviones también en otros países⁷⁰. Es sabido que este criterio resulta muchas veces poco útil a la hora de enfrentarse a un crimen internacional.

Por el principio de personalidad activa se crea una conexión entre el Estado y sus ciudadanos. En este sentido el Estado tendría jurisdicción penal sobre las actividades criminales cometidas por sus ciudadanos también si han sido actuadas fuera del territorio nacional. Pasando al criterio de personalidad pasiva, el Estado tiene jurisdicción en caso de crímenes cometidos a daño de sus ciudadanos. Mientras que el principio de protección de los intereses nacionales atribuye la jurisdicción, por actos cometidos fuera de su territorio y por no nacionales, al Estado cuyos intereses vitales han sido o están puestos en riesgo a través de estas conductas.

En línea de principio estas bases jurisdiccionales han sido las que los países han utilizado mayormente para perseguir conductas delictivas también en el caso de comisión de graves violaciones a los Derechos Humanos, debido a la fuerte relación que se crea entre el crimen cometido y el Estado del foro en la protección de su integridad territorial, bienes y intereses. No obstante, en caso de crimen internacional, la Comunidad Internacional ha tenido la necesidad de encontrar ulteriores criterios para determinar la jurisdicción de los Estados y evitar la impunidad de los sujetos que cometieron los actos

⁷⁰ Sobre este aspecto véase, Hesenov (2012: 279): «Jurisdiction is absolute and exclusive. Territorial jurisdiction is based on the territorial principle. There are two principles of the territorial jurisdiction: (1) Objective territorial jurisdiction principle; (2) Subjective territorial jurisdiction principle. According to the objective territorial jurisdiction principle, the state will have jurisdiction on the legal violations completed within its borders. In this case any part of the crime can be committed out of borders of the state. Subjective territorial jurisdiction principle is opposite to the objective territorial jurisdiction. Thus the state will have jurisdiction over the crimes started in its territory. In this case part of such crime can be committed in another country or the crime may be completed in another country. Territorial principle is the territorial reflection of the state sovereignty». Traducción: «La jurisdicción es absoluta y exclusiva. La competencia territorial se basa en el principio de territorialidad. Hay dos principios de la jurisdicción territorial: (1) Principio de jurisdicción territorial Objetivo; (2) principio de jurisdicción territorial subjetivo. De acuerdo con el principio de la jurisdicción territorial objetiva, el Estado tendrá jurisdicción sobre las violaciones legales cometidas dentro de sus fronteras. En este caso cualquier parte del delito puede ser cometido fuera de las fronteras del estado. Principio de jurisdicción territorial subjetiva es opuesta a la jurisdicción territorial objetiva. Así, el Estado tendrá competencia respecto de los crímenes que comenzaron en su territorio. En este caso, parte de ese delito puede ser cometido en otro país o el delito puede ser completado en otro país. Principio territorial es el reflejo territorial de la soberanía del Estado.

delictivos. Uno de estos criterios es el de la universalidad y se basa únicamente sobre la naturaleza del crimen independientemente de los otros criterios de conexión del mismo con un determinado territorio.

Si en base a los otros criterios que atribuyen la competencia a los tribunales nacionales por hechos cometidos fuera del Estado del foro, pensamos al principio de personalidad pasiva o activa o de protección de los intereses estatales, hay de fondo intereses propios del Estado en activar su jurisdicción, en lo que se refiere al principio de jurisdicción universal, el Estado interviene en protección de intereses y valores superiores y pertinentes a la Comunidad Internacional y con ello a la Humanidad en su conjunto.

En cambio, el principio de justicia universal constituye el punto de conexión entre la soberanía estatal y las normas de derecho internacional -normalmente convencionales- que establecen las bases para la demanda de responsabilidad por atentados a intereses supranacionales de diferente importancia. No se trata por tanto, de una mera extensión de la propia competencia para proteger a los propios nacionales o los propios intereses, sino del ejercicio de la soberanía propia, en cierta forma como delegación de un grado de soberanía supranacional admitido en torno a determinados bienes jurídicos o como órgano de la comunidad internacional que es el primer titular de los mismos (García Arán, la justicia universal, 2000a: 2).

1.7 La jurisdicción universal y su relación con el principio de *aut dedere aut judicare*

Un experto del derecho penal internacional de fama mundial, el Profesor Bassiouni, ha enumerado en sus escritos las diez características penales del derecho internacional cuyas consecuencias se concretizan en algunas obligaciones directas para los Estados. Lógicamente estos diez elementos no se encuentran en todas las convenciones internacionales que disciplinan los crímenes internacionales y esto seguramente representa una limitación importante para su aplicación.

Resumiendo el pensamiento y los estudios del Prof. Bassiouni las diez características son:

1. Riconoscimento esplicito che la condotta vietata integra un crimine internazionale, o un crimine ai sensi del diritto internazionale, o un crimine;
2. Riconoscimento implicito della natura penale dell'atto, attraverso la previsione di un dovere di proibire, prevenire, perseguire, punire o simili;
3. Criminalizzazione della condotta vietata;
4. Dovere o diritto di procedere;
5. Dovere o diritto di punire la condotta vietata;
6. Dovere o diritto di estradare;
7. Dovere o diritto di cooperare nel perseguire, punire [sic] (compresa l'assistenza giudiziaria nei procedimenti penali);
8. Creazione di una base giurisdizionale penale (o teoria della giurisdizione penale o prevalenza nella giurisdizione penale);
9. Riferimento all'istituzione di una corte penale internazionale o di un tribunale internazionale con connotazioni penali (o prerogative);
10. Esclusione della *defense* di obbedienza ad ordini superiori⁷¹ (Bassiouni, 1999: 79-80).

Debido a ellas, en la mayoría de los tratados internacionales relativos a la persecución y sanción de un crimen internacional, que establecen la posibilidad de activar la jurisdicción universal, se prevé también una obligación para los Estados parte del mismo tratado⁷² que se refiere al hecho de que los Estados, en cuyo territorio se encuentra el

⁷¹ Traducción: 1. Reconocimiento explícito que la conducta prohibida integra un crimen internacional, o un crimen bajo el derecho internacional, o un crimen; 2. Reconocimiento implícito de la naturaleza penal del acto, a través de la previsión de un deber de prohibir, prevenir, perseguir, sancionar o similares; 3. Criminalización de la conducta prohibida; 4. Deber o derecho de proceder; 5. Deber o derecho de sancionar la conducta prohibida; 6. Deber o derecho de extraditar; 7. Deber o derecho de cooperar en perseguir, sancionar [sic] (comprendida la asistencia judicial en los procedimientos penales); 8. Creación de una base jurisdiccional penal (o teoría de la jurisdicción penal o prevalecer en la jurisdicción penal); 9. Referencia a la institución de un tribunal penal internacional o de un tribunal internacional con connotaciones penales (o prerrogativas); 10. Exclusión de la defensa de obediencia a los órdenes del superior.

⁷² Este principio está codificado en un importante número de tratados internacionales que obligan a los Estados, parte de estos últimos, a incorporar en sus ordenamientos internos esta norma. En este sentido, los Convenios de Ginebra Relativos a la Protección de las Víctimas de los Conflictos Armados Internacionales de 1949, que establecen los principios básicos del derecho humanitario en el contexto del conflicto armado, obliga a los Estados parte en las convenciones de enjuiciar o extraditar a los presuntos infractores de las disposiciones de los convenios en aplicación del principio de *aut dedere aut judicare*.

sospechoso de un delito internacional, deban activar su sistema de justicia con el fin de perseguir los hecho o de extraditar al sospechoso en un Estado que esté dispuesto a hacerlo.

Bassiouni (1995) hace un listado, no exhaustivo, de los convenios internacionales que establecen dicha regla:

(1) the prohibition against aggression, (2) war crimes, (3) unlawful use of weapons, (4) crimes against humanity, (5) the prohibition against genocide, (6) racial discrimination and apartheid, (7) slavery and related crimes, (8) the prohibition against torture, (9) unlawful human experimentation, (10) piracy, (11) aircraft hijacking and related offences, (12) crimes against the safety of international maritime navigation, (13) use of force against internationally protected persons, (14) taking of civilian hostages, (15) drug offences, (16) international traffic in obscene publications, (17) protection of national and archaeological treasures, (18) environmental protection, (19) theft of nuclear materials, (20) unlawful use of the mails, (21) interference with submarine cables, (22) counterfeiting, (23) corrupt practices in international commercial transactions and (24) mercenarism⁷³.

El conocido principio de *aut dedere aut judicare*⁷⁴, por el que los Estados parte de

Mientras que, también si en la Convención sobre la prevención y persecución de actos de genocidio de 1948 no se establezca directamente la obligación de los Estados en base al principio *aut dedere aut judicare*, se obliga a un Estado parte de la misma, a enjuiciar los actos de genocidio; y en el artículo VII de la Convención, se afirma que el genocidio y otros actos comprendidos en el Convenio no se considerará delitos políticos a los efectos de la extradición; de esta forma podemos decir que de forma indirecta se da aplicación al principio antes mencionado.

⁷³ Traducción: (1) la prohibición de la agresión, (2) los crímenes de guerra, (3) el uso ilegal de armas, (4) los crímenes de lesa humanidad, (5) la prohibición del genocidio, (6) la discriminación racial y el apartheid, (7) la esclavitud y delitos conexos, (8) la prohibición de la tortura, (9) la experimentación humana ilegal, (10) la piratería, (11) el secuestro de aviones y delitos conexos, (12) los delitos contra la seguridad de la navegación marítima internacional, (13) el uso de la fuerza contra personas internacionalmente protegidas, (14) la toma de rehenes civiles, (15) delitos de drogas, (16) el tráfico internacional de publicaciones obscenas, (17) la protección de los tesoros nacionales y arqueológicos, (18) la protección del medio ambiente, (19) el robo de las armas nucleares materiales, (20) el uso ilegal de los *mails*, (21) la interferencia con los cables submarinos, (22) la falsificación, (23) las prácticas de corrupción en las transacciones comerciales internacionales y (24) mercenarismo.

⁷⁴ En doctrina se distingue entre el principio *aut judicare aut dedere* y el conocido *aut dedere aut judicare*. En el primer caso estaríamos frente a una norma que en *primis* establece la obligación del Estado de perseguir los hechos; esto estaría por ejemplo establecido de forma directa en la Convención para la prevención y la persecución del crimen de genocidio, en la que se prevé que la persona considerada como involucrada en actos de genocidio debe ser procesada por los tribunales del Estado en cuyo territorio se verificaron los hechos. Mientras que la fórmula *aut dedere aut judicare* establecería en principio una facultad de los Estado de decidir si proceder en contra de los responsables o conceder la extradición. De

dichos tratados tienen una obligación clara y unívoca: perseguir o extraditar los responsables a otro país que quiera proceder a activar su sistema de justicia para perseguir los hechos. Esta regla implica que los Estados, parte de los tratados internacionales sobre la persecución de determinados crímenes internacionales, no concedan refugio a los sospechosos de dichos actos y se aseguren que los responsables sean llevados ante la justicia para un efectivo enjuiciamiento y castigo.

Under the related *aut dedere aut judicare* (extradite or prosecute) rule, a state may not provide a safe haven for a person suspected of certain categories of crimes. Instead, it is required either to exercise jurisdiction (which would necessarily include universal jurisdiction in certain cases) over a person suspected of certain categories of crimes or to extradite the person to a state able and willing to do so or to surrender the person to an international criminal court with jurisdiction over the suspect and the crime⁷⁵ (Amnesty Internacional, 2009: 8).

Respecto al principio de jurisdicción universal, esta obligación resulta ser diferente aunque constituya al estado actual una importante herramienta para la persecución de los

esta forma, Hesenov (2012: 276): «*Aut dedere aut judicare*” means that States where the suspect is have the choice between extraditing or judging him. The application of this treaty was, for example, at the center of the dispute between the United States and Libya in the Lockerbie case, where the United States demanded the extradition of the suspect on the basis of the Tokyo Convention on Offences and Certain Other Acts Committed on Board Aircraft (1963), where Libya said that it did not extradite its own nationals but would rather judge them. [...] the European Convention on the suppression of terrorism 1977 and the European Convention on the Protection of the Environment 1998 provide for formula [...] “*primo dedere secundo prosequi*”, which means that states should first extradite the suspect and, only if they cannot, should judge him». Traducción: «"Aut dedere aut judicare" significa que los Estados donde el sospechoso se encuentra tienen la posibilidad de elegir entre extraditarlo o juzgarlo. La aplicación de este tratado estuvo, por ejemplo, al centro de un conflicto entre los Estados Unidos y Libia en el Lockerbie case, donde los Estados Unidos pedían la extradición del sospechoso sobre la base del Convenio de Tokyo sobre los crímenes cometidos sobre las aeronaves (1963), en el que Libia dijo que no procedía a la extradición de sus nacionales pero preferiría juzgarlos. [...] la Convención Europea sobre la supresión del terrorismo de 1977 y el Convenio Europeo sobre la protección del medioambiente de 1998 establecen la fórmula [...] "*primo dedere secundo prosequi*", que significa que los Estados deben en primer lugar extraditar el sospechoso y, solo si no pueden, deben juzgarlo».

⁷⁵ Traducción: Bajo la norma *aut dedere aut judicare* relacionadas (extraditar o juzgar), un Estado no puede proporcionar un refugio seguro para una persona sospechosa de ciertas categorías de crímenes. En lugar de ello, se requiere ejercer su jurisdicción (lo que incluiría necesariamente la jurisdicción universal en algunos casos) a través de una persona sospechosa de ciertas categorías de delitos o de extraditar a la persona a un estado capaz y está dispuesto a hacerlo o de entregar la persona a un tribunal penal internacional con jurisdicción sobre el sospechoso y el delito. El texto del documento se puede consultar en la siguiente página web: <http://www.amnesty.org/en/library/asset/IOR40/001/2009/en/a4761626-f20a-11dd-855f-392123cb5f06/ior400012009en.pdf>

crímenes internacionales. Como afirma Pérez González (2009: 136):

Un análisis de la doctrina y de la práctica de los Estados nos permite afirmar a existencia de cierta confusión en este sentido. Al menos terminológica. Es frecuente, así, identificar la mencionada regla con el principio de jurisdicción universal. Eso sí, no en su versión absoluta, sino relativa o condicionada. [...] Estoy de acuerdo, por tanto, con Antonio Remiro⁷⁶, para el que la regla *aut dedere aut iudicare* posee una naturaleza diferente y debe distinguirse, en consecuencia del principio de jurisdicción universal. Incluso en su versión relativa. En su opinión, dicha regla «parte de la premisa del interés de un Estado conectado con el crimen, por ser el lugar de comisión de los hechos, o de la nacionalidad o residencia de los sujetos implicados, o por un interés específico de protección y defensa, de perseguir a individuos que localiza en el territorio de otro Estado, al que solicita la extradición». Pero se trata, en todo caso, «de garantizar la universalidad en la represión dentro de un marco de jurisdicción no universal».

Podemos decir que el principio de procesar o extraditar se inscribe en el marco de la cooperación entre los Estados, creados para prestar asistencia mutua para la investigación, persecución y sanción de determinados hechos delictivos; una obligación para hacer posible los acuerdos de cooperación procesal y, como explica Mercedes García Arán (2000a: 63 y sucesivas), supone un grado de reconocimiento de intereses supranacional en la represión de determinadas conductas. Mientras que el principio de jurisdicción universal va más allá de la mera cooperación para la persecución de crímenes internacionales, en cuanto supone la convicción de la necesidad del reconocimiento de determinados bienes jurídicos, meritorios de una tutela más eficaz, que son propios de la Comunidad Internacional (Pigrau Solé, 1997: 147 y sucesivas).

Como se desprende del Informe antes mencionado del Consejo de la Unión Europea sobre el principio de Jurisdicción Universal⁷⁷, párrafo 11:

⁷⁶ Para profundizar el tema véase Remiro Brotons (2007), Derecho Internacional, Tirant lo Blanch, Valencia.

⁷⁷ Véase el Informe *AU-EU Expert Report on the principle of universal jurisdiction*, Doc. 8672/1/09/REVI, del 16 de abril de 2009. El informe se puede consultar en: <http://es.scribd.com/doc/14984540/The-AU->

This obligation, known as the obligation *aut dedere aut judicare*, is conceptually distinct from universal jurisdiction. The establishment of jurisdiction, universal or otherwise, is a logically prior step: a state must first vest its courts with competence to try given criminal conduct. It is only once such competence has been established that the question whether to prosecute the relevant conduct, or to extradite persons suspected of it, arises. Moreover, the obligation to submit a case to the prosecuting authorities or to extradite applies as much in respect of an underlying jurisdiction based on territoriality, nationality, passive personality, etc as it does to universal jurisdiction. The obligation *aut dedere aut judicare* is nonetheless relevant to the question of universal jurisdiction, since such a provision compels a state party to exercise the underlying universal jurisdiction that it is also obliged to provide for by the treaty. In short, a state party to one of the treaties in question is not only bound to empower its criminal justice system to exercise universal jurisdiction but is further bound actually to exercise that jurisdiction by means of either considering prosecution or extraditing⁷⁸.

1.8 La jurisdicción universal y la jurisdicción internacional

Por lo que se refiere a la jurisdicción internacional, podemos decir que la diferencia entre esta tipología de jurisdicción y la jurisdicción universal, radica en los órganos que la ejercen. De hecho, la primera ha sido y viene ejercida por órganos creados sobre una base consensual a nivel internacional, pensamos al tratado internacional que creó la Corte Penal Internacional o por decisión del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, en el caso

EU-Expert-Report-on-the-Principle-of-Universal-Jurisdiction.

⁷⁸ Traducción: Esta obligación, conocida como la obligación *aut dedere aut judicare*, es conceptualmente distinta de la jurisdicción universal. El establecimiento de la jurisdicción universal o de otra manera, es un paso lógico antes: un Estado debe primero conferir a sus tribunales con competencia para juzgar la conducta criminal determinada. Es sólo una vez que dicha competencia ha sido establecida que la cuestión de si a juicio a la conducta en cuestión o para extraditar a las personas sospechosas de ello, surge. Por otra parte, la obligación de someter un caso a la fiscalía o de extraditar se aplica tanto en relación con una competencia basada sobre el territorio subyacente, la nacionalidad, la personalidad pasiva, etc. como lo hace a la jurisdicción universal. La obligación *aut dedere aut judicare* no obstante, es pertinente a la cuestión de la jurisdicción universal, ya que dicha disposición obliga a un Estado Parte a ejercer la jurisdicción universal subyacente que también está obligado a proporcionar por el tratado. En pocas palabras, un Estado parte en uno de los tratados en cuestión no sólo está obligado a potenciar su sistema de justicia penal para ejercer jurisdicción universal, pero está obligado a ejercer aún más realidad que la jurisdicción a través de ya sea considerando el enjuiciamiento o la extradición.

de los tribunales *ad hoc*, cuyo consenso⁷⁹, no carente de críticas⁸⁰, ha sido dado por los Estados en el momento de aceptación de la Carta de las Naciones Unidas. De hecho, la doctrina mayoritaria afirma que, a diferencia de la jurisdicción internacional, la jurisdicción universal es ejercida por los tribunales nacionales de los Estados, en deroga de los criterios normales de conexión del crimen al territorio.

No obstante no podemos olvidar el hecho de que exista una corriente contemporánea que sostiene que también la Corte Penal Internacional podría ejercer esta tipología de jurisdicción, cuando la iniciativa de empezar un procedimiento sea tomada por el consejo de seguridad de las Naciones Unidas. En cualquier caso, el mismo fiscal jefe de la Corte Penal Internacional, Moreno Ocampo, en el asunto de los crímenes cometidos en el territorio de Palestina, ha expresamente dicho lo contrario; que la Corte Penal Internacional, al estado actual, no puede ejercitar una jurisdicción universal.

Luis Moreno Ocampo en una nota oficial de 2012 comunicaba que la corte decidía no ejerce su jurisdicción por los crímenes cometidos en el territorio de Palestina desde 2002, en cuanto la corte tiene una jurisdicción sobre los «Estados» y Palestina, al estado actual no ha sido reconocida como tal. En la misma nota oficial el fiscal admite que: «The jurisdiction of the Court is not based on the principle of universal jurisdiction⁸¹».

De esta forma, en este trabajo he decidido seguir la tesis de la doctrina mayoritaria que prevé que la jurisdicción penal universal pueda ser ejercitada solo por parte de los tribunales internos a los Estados. En los próximos capítulos serán profundizadas estas formas de jurisdicción como mecanismos útiles y necesarios a la hora de perseguir y

⁷⁹ Sobre este aspecto véase entre otros, Fuentes Torrijo (2004: 130): «La Corte Penal Internacional no ejerce jurisdicción universal. El título de la universalidad es uno de los criterios para el establecimiento de la jurisdicción extraterritorial de los Estados, pero no se aplica a tribunales internacionales o supranacionales, cuya jurisdicción deriva del consentimiento de los Estados que los crean» La autora sigue afirmando que (2004: 134): «En este contexto, la jurisdicción universal, que se establece en leyes internas de los Estados y es aplicada por tribunales nacionales, es una forma legítima de expresión de la voluntad de los pueblos para sancionar delitos extremadamente graves que atraen el repudio de las diversas comunidades nacionales».

⁸⁰ Este tema será profundizado en el segundo capítulo de esta tesis, apartado 2.3.

⁸¹ Traducción: La Jurisdicción de la Corte no se basa sobre el principio de jurisdicción universal.

sancionar conductas que son consideradas como crímenes internacionales.

1.9 Conclusiones capítulo

Tras los crímenes cometidos durante la Segunda Guerra Mundial, que horrorizaron a toda la humanidad, se ha venido creando la esperanza de un mundo en que los derechos fundamentales del individuo sean respetados tanto en tiempo de paz como de guerra, una esperanza de hacer responsable a los sujetos involucrados en los hechos, reparar a las víctimas y prevenir futuros crímenes. Como afirma Prada Solaesa (2014: 21):

En la última década podemos decir que se ha producido además un cambio de paradigma, con la irrupción en el escenario internacional de las víctimas de las graves violaciones de derechos humanos, a las que, como exigencia derivada de la restitución de la dignidad humana que les ha sido arrebatada, se les reconoce el derecho a ser reparada. Este derecho a la reparación se configura como un auténtico derecho humano, concebido no en la forma tradicional, sino como un proceso de obtención, de justicia, de verdad, y de reparación en sentido estricto, a través de los tribunales o otros medios.

De hecho, en muchos conflictos internos o internacionales se ha observado una falta de respeto de las normas primarias en tema de dignidad humana por parte de los gobiernos y de las partes implicadas en el mismo conflicto. Conflictos que cada vez más involucran a los civiles que han llegado a ser el objetivo de los ataques. Esto ha llevado a la exigencia por la Comunidad Internacional de encontrar normas, principios considerados como fundamentales y que podrían otra vez dar un valor a la dignidad de cada ser humano. Estos principios y valores han sido reconocidos tanto a nivel internacional como nacional, a través de normas, acuerdos y tratados. Se ha tomado conciencia del hecho de que el problema de la seguridad internacional no podía ser solucionado a través de los mecanismos tradicionales de justicia, sino que se debía encontrar una respuesta positiva,

jurídicamente aceptable y compatible con el concepto de soberanía de los Estados.

Como hemos visto a lo largo de este capítulo, la idea de fondo ha sido la de garantizar un reconocimiento universal a estos principios y valores; con esta intención podemos ver como la Comunidad Internacional ha decidido dar una tutela reforzada a un número determinado de valores compartidos y fundamentales a través de la creación de normas de *jus cogens*, normas que, dada su importancia en el ordenamiento internacional, no pueden ser en ninguna ocasión derogadas, cuyo reconocimiento y protección son aceptadas a nivel universal. Entre estas normas está presente el deniego a la tortura, la prohibición de cometer un genocidio o el uso de la fuerza. Esta etapa de derecho internacional, que ha visto nacer dichas normas de *jus cogens*, ha marcado un punto crucial que ha visto la participación de toda la Comunidad Internacional comprometida en la aceptación de una obligación difundida en la protección de los intereses considerados superiores.

Esta base legal ha permitido prohibir aquellas conductas que se pondrían en contra de dichos valores. Un ejemplo claro en esta dirección ha sido la creación de la noción de crimen internacional, una figura de un crimen que, violando estos valores, ha afectado al bienestar de la comunidad internacional enteramente considerada.

Como afirma García Arán (2000b: 3):

El carácter prioritario y universal de la protección de los derechos humanos determina que éstos puedan considerarse el núcleo duro de compromiso en la persecución de delitos. Los atentados a los derechos humanos como bienes jurídicos emanados del orden internacional son así identificados como los auténticos crímenes contra la comunidad internacional.

Alrededor de la noción antes mencionada han sido desarrolladas aquellas normativas internacionales y nacionales que, para reprimir conductas internacionalmente relevantes y garantizar el respeto de los valores violados, imponen abrir un procedimiento

en contra de los responsables de tales actos, por medio del cual sea posible determinar la responsabilidad penal individual y sancionar las conductas.

Podemos ver como la defensa de estos intereses ha sido posible también a través de la tipificación de las conductas criminales, de la creación de una responsabilidad penal individual, siempre en una óptica de lucha contra la impunidad de las graves violaciones a los Derechos Humanos, actuada por parte de los Estados en que se ha verificado el crimen. Lo dicho demuestra que la normas relativas a los elementos constitutivos de los crímenes internacionales y sobre sus persecuciones han representado la respuesta más evidente a los acontecimientos más crueles del último siglo.

El Derecho Internacional, y en particular el Derecho penal internacional han constituido la base que hoy en día permite la persecución, tanto a nivel nacional como internacional de crímenes como genocidio, contra de la humanidad, o de guerra. Tanto la jurisdicción penal internacional como la jurisdicción universal tienen que ser orientadas a la represión de estos crímenes; esto en cuanto: «l'impunité des auteurs de tels crimes peut constituer un obstacle à la paix⁸²» (Momtaz, 2006: 422). Esta afirmación es considerada como:

la meilleure justification apportée aux exceptions à la règle selon laquelle l'Etat sur le territoire duquel la crime a été commis doit en assurer en priorité la répression, sa défaillance étant suppléée par l'exercice de la compétence universelle par les tribunaux des autres Etats et la mise en place de juridictions pénales internationales, telle en particulier la Cour pénale internationale dont la compétence est subsidiaire de celle des tribunaux pénaux internes⁸³.

En este capítulo se ha querido dar una panorámica de las circunstancias que han

⁸² Traducción: la impunidad de los autores de dichos crímenes puede constituir un obstáculo a la paz.

⁸³ Traducción: la mejor justificación a la excepción de la regla de que el Estado en cuyo territorio se cometió el delito debe garantizar la represión de forma prioritaria, su fracaso se supera con el ejercicio de la jurisdicción universal por los tribunales de otros Estados y el establecimiento de tribunales penales internacionales, tales como, en particular, la Corte Penal Internacional, cuya jurisdicción es subsidiaria de la de los tribunales penales nacionales.

determinado la creación de estas últimas formas de jurisdicción. Hemos centrado nuestra análisis sobre algunas de las conductas que concretan algunos de los crímenes internacionales. En particular hemos analizado los crímenes de piratería, de genocidio, en contra de la humanidad, de guerra y de de agresión.

Con la ayuda de estas consideraciones preliminares, en el segundo capítulo se abordará el tema de la persecución de los crímenes internacionales en el sistema penal internacional. En un primer momento se pondrá el énfasis sobre la jurisdicción penal internacional. Partiendo de la jurisprudencia del Tribunal penal militar de Nuremberg, que ha consolidado las normas penales internacionales sobre los crímenes internacionales, se analizará el trabajo de los tribunales verdaderamente considerados como internacionales: el tribunal para los crímenes cometidos en el territorio de Rwanda y el tribunal constituido para la represión de los crímenes en el territorio de la Ex-Yugoslavia, los tribunales mixtos y finalmente de la Corte Penal Internacional. El discurso se centrará en evaluar los avances que dichos órganos han aportado al sistema de justicia internacional y a la lucha contra la impunidad. Al mismo tiempo se analizarán los límites u obstáculos que encuentran a la hora de perseguir conductas delictivas internacionales.

Partiendo de este estudio, se evaluará el trabajo llevado a cabo por los otros mecanismos que constituyen este sistema internacional de persecución de crímenes internacionales; de esta forma, se explicará el porqué, al estado actual, la jurisdicción universal es un complemento útil y eficaz en la lucha contra la impunidad.

Dentro de estos mecanismos, hemos decidido dejar un espacio bastante importante analizará a una tipología de jurisdicción sobre ilícitos civiles especiales, aunque consciente que el único Estado que, hasta el momento en que se escribe, tiene una legislación que la prevé es Estados Unidos.

Segundo Capítulo

El sistema de la justicia penal internacional

No existe crimen más grande que aquél que
se perpetra a conciencia de su impunidad
Hobbes (Leviathan)

En el primer capítulo del presente trabajo hemos analizado los crímenes de interés internacional como están tipificados en el Estatuto de la Corte Penal Internacional: los crímenes de guerra, genocidio, crímenes de lesa humanidad y agresión. Los anteriores tienen un interés internacional ya que por su propia naturaleza, afectan a la Comunidad Internacional en su conjunto y por lo tanto el sistema tradicional y estatal de persecución de estos actos resulta, por sí solo, insuficiente. Como explica Christian Tomuschat (2009: 12), si tomamos en consideración el sistema tradicional podemos ver como cada Estado persigue los crímenes cometidos dentro de su territorio, asegurando de esta forma el orden público interno. Efectivamente, en la mayoría de los casos este sistema resulta efectivo en términos de justicia en cuanto responde a las exigencias de persecución de los actos, determinación de las responsabilidades y castigo de los sujetos involucrados.

Pero hay que considerar el hecho de que en otras situaciones, como puede ser el caso de la comisión de un crimen internacional, la jurisdicción nacional no resulta ser satisfactoria, tanto en términos de la determinación de las responsabilidades penales como

de la reparación de los daños para las víctimas. Además a esto tenemos que añadir el hecho de que la gran mayoría de crímenes internacionales cometidos en el último siglo se han quedado en el olvido por parte de los Estados y en la más amplia impunidad para los sujetos que los cometieron, negando a las víctimas la posibilidad de acceder a la justicia y con esto a la reparación para lo sufrido.

La violación de los Derechos Humanos (DD.HH.) ha sido una desgraciada realidad a lo largo de la historia de la humanidad; sus autores, en la inmensa mayoría de las ocasiones, han quedado impunes, y a las víctimas y a sus familiares, en otras tantas, se les ha privado de la necesaria tutela judicial en los tribunales internos y se ha ignorado el Derecho internacional (DI) (Ollé Sesé, 2008: 41).

De esta forma, y debido a las frustraciones⁸⁴ de los órganos judiciales domésticos en perseguir estas conductas, determinar las responsabilidades penales y resarcir a las víctimas, la Comunidad Internacional decidió actuar creando un sistema, seguramente no perfecto⁸⁵, pero que podríamos definir como penal internacional.

Han sido muchos y, ciertamente, muy fructíferos los esfuerzos realizados en los tres últimos lustros con el fin de articular el entramado jurídico que permite a día de hoy, aun con sus deficiencias, exigir responsabilidades a los individuos autores de crímenes especialmente graves como los crímenes de guerra, los crímenes contra la humanidad o el crimen de genocidio. La creación de los tribunales penales internacionales para la antigua Yugoslavia y para Ruanda, de la Corte Penal Internacional, o la puesta en práctica de un principio como el de

⁸⁴ Como explica el Profesor Ollé Sesé (2008: 49) las causas que conllevaron a la creación de este sistema son muchas y entre otras hay la persistente frustración de los tribunales nacionales en la materialización de la justicia. Esta situación evolucionó: «en ámbito represivo, hasta la creación de los Tribunales Penales Internacionales *ad hoc*, de los Tribunales mixtos o internacionalizados, la Corte Penal Internacional y a la aplicación del Derecho penal internacional (DPI) en las jurisdicciones internas al amparo del principio de justicia universal»

⁸⁵ En este sentido se expresa el profesor Tomuschat (2009) cuando afirma que el recorrido hacia un sistema “perfecto” y realmente global es muy extenso, hay mucho que hacer. Seguramente deberíamos preguntarnos si un futuro sistema realmente global podría o no ser tan eficiente como los sistemas penales nacionales. El autor analiza las posibles opciones para la persecución de crímenes internacionales, valorando al mismo tiempo ventajas y límites de cada sistema, el sistema de la jurisdicción universal, lo de los tribunales internacionales y finalmente lo relativo a la Corte Penal Internacional, y poniendo el énfasis sobre el hecho que el sistema penal internacional actual no es perfecto y lejos de serlo en un futuro próximo, debido a las dificultades y obstáculos que estas tipologías de jurisdicción encuentran a la hora de perseguir dichas conductas.

justicia universal, quizás hoy en declive, constituyen pruebas irrefutables de lo que acabamos de poner de manifiesto. El consenso internacional, tejido en un contexto político muy concreto, en torno a la idea de poner fin a la impunidad imperante hasta entonces, precisamente en los supuestos en los que se habían producido violaciones de los derechos humanos especialmente graves, permitió crear un sistema que hasta hace tan solo quince años era una mera ensoñación (Bollo Arocena, 2009: 59-60).

En este sentido, a lo largo de los próximos párrafos analizaré este sistema penal internacional partiendo de la relación e interdependencia existente entre las diferentes tipologías de jurisdicción sobre crímenes internacionales, los avances y los límites que tienen. Después de este breve recorrido, sustentaré la idea de ver la jurisdicción universal como un mecanismo seguramente excepcional⁸⁶, pero al mismo tiempo complementario al sistema de persecución penal internacional de los tribunales internacionales. Premisa necesaria es que al estado actual, la justicia penal internacional impartida por estos tribunales, no está en condición de hacer frente a todas las amenazas a la paz y seguridad mundial, debido a los límites y obstáculos que estos órganos encuentran a la hora de enfrentarse a un crimen internacional.

En otras palabras, podemos ver la jurisdicción universal como un mecanismo útil y necesario para no dejar impunes conductas que de otra forma lo serían y dar a las víctimas un foro, en este sentido se podría hablar de un *foro necessitatis*⁸⁷, frente la impotencia o no voluntad de perseguir los hechos por parte de los órganos judiciales del Estado donde estos últimos hayan ocurrido o la falta de jurisdicción de los tribunales internacionales. La doctrina del *foro necessitatis*, o foro de necesidad, no consolidada como norma de Derecho

⁸⁶ La jurisdicción universal resulta ser un mecanismo de carácter excepcional debido a que la jurisdicción territorial tiene siempre una importancia peculiar, siempre y cuando se demuestre que sea realmente efectiva y eficaz.

⁸⁷ Por lo que se refiere a la legislación de Canadá, podemos mencionar el caso *Anvil Mining*, en el que el demandante usa la doctrina del *foro necessitatis* para sustentar su demanda. Por lo que se refiere a la Unión Europea podemos ver como en 2009, como parte del proceso de la primera revisión del Reglamento Bruselas I, la Comisión Europea propuso la inclusión de una regla *foro necessitatis*, lo que hubiera permitido la institución de procesos cuando ningún otro foro sea disponible y por lo tanto se dejaría sin justicia a las víctimas. Sin embargo, se quedó solamente como propuesta.

Internacional, está siendo avanzada por algunos Estados entre ellos Canadá, Holanda o Suiza, como una herramienta que permitiría a un tribunal hacer valer su jurisdicción sobre un caso en el que no hay ningún otro foro disponible, en particular en tema de la responsabilidad de las empresas derivada de ilícitos internacionales.

Con el fin de delinear y diferenciar las diferentes tipologías de jurisdicción, sus ventajas y defectos, en primer término se analizarán, de forma sintética las normas internacionales que han permitido la creación de los tribunales penales internacionales. Por lo tanto, el punto de partida será la creación de los tribunales militares de Nuremberg⁸⁸ y de Tokyo⁸⁹ que han sentado las bases para las normas de Derecho penal internacional. Pasando sucesivamente a los tribunales penales internacionales, propiamente dichos⁹⁰, es decir los Tribunales ad hoc de la ex-Yugoslavia⁹¹, Rwanda⁹² y la Corte Penal Internacional⁹³.

Este breve recorrido nos proporcionará las bases para evaluar el diálogo existente entre dichos tribunales y los tribunales nacionales sobre todo en tema de influencia y de codificación de las normas de Derecho internacional penal en el interior de los ordenamientos nacionales.

A raíz de este diálogo y relación, nos surgió la necesidad de evaluar también el papel que en los últimos años ha tenido el *Alien Tort Claims Act*, norma estadounidense que establece los criterios para la utilización de una jurisdicción sobre ilícitos especiales; donde la especialidad está en el hecho que dichos actos están directamente disciplinados

⁸⁸ El tribunal de Nuremberg se instituía mediante el Acuerdo de Londres de 8 de agosto de 1945.

⁸⁹ El Tribunal de Tokio se instituía mediante la Declaración del Comandante Supremo de las Fuerzas Aliadas, el General Mac Arthur, de 19 de 1946.

⁹⁰ Estos órganos no pueden ser clasificados entre los tribunales penales con carácter internacional, a no respetar los requisitos para su constitución, o sobre las normas relativas a los procesos llevados a cabo delante de ellos. Este tema será tratado en el párrafo 2.2.1 de esta tesis.

⁹¹ Creado por el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas mediante la resolución número 827 del 25 de mayo de 1993.

⁹² Creado por el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas mediante la resolución número 955 del 8 de noviembre 1994.

⁹³ Creada mediante el Estatuto adoptado a Roma, el 17 de julio de 1998 y que entró en vigor el 11 de abril de 2002.

por el Derecho Internacional. En esta parte veremos las dos normas que constituyen las bases jurídicas de la llamada jurisdicción civil universal: el *Alien Tort Statute* de 1789, y el *Torture Victim Protection Act* de 1991. Esto con el fin de evaluar si también en este contexto encontramos elementos de análisis útiles, similitudes al sistema penal, para revisar la posibilidad de una futura creación de una jurisdicción universal en materia civil.

Finalmente, podemos definir este diálogo y relación en forma de interdependencia de estos mecanismos, debido a que, al estado actual, ninguno de estos modelos está exento de críticas y que encuentran muchas dificultades para ser llevados a cabo.

2.1 La fragmentación del sistema penal internacional

En un interesante artículo de Víctor y Ernesto Corzo Aceves (2006:2) se habla de la fragmentación de las instituciones de Derecho Internacional que han venido influenciando y enriqueciendo este modelo de justicia; un ejemplo de lo dicho es la norma internacional *de aut dedere aut judicare*⁹⁴ o el principio de jurisdicción universal⁹⁵. Un sistema que, como sabemos, resulta ser complementario, a través de las relaciones de coordinación y cooperación, al los sistemas nacionales y cuya finalidad: «no es la gestación de un cosmos supranacional que supla o desplace las instituciones nacionales de procuración y administración de justicia, sino todo lo contrario, lo que busca es coadyuvar con los Estados para evitar que los crímenes queden impunes».

⁹⁴ Como hemos analizado en el apartado 1.7 del primer capítulo de esta tesis, utilizada en Derecho Internacional, la doctrina de extraditar o juzgar establece una obligación de los Estados de extraditar o, en su defecto, ejercitar su jurisdicción, es decir juzgar, determinadas conductas que, debido a su naturaleza y a la gravedad de sus consecuencias, la Comunidad Internacional considera especialmente graves. Como explican Bassiouni y Wise (1995), este principio: «figura en una serie de tratados multilaterales orientados a lograr la cooperación internacional en la represión de determinados comportamientos delictivos». Este principio en la actualidad compone el sistema penal internacional como mecanismo complementario a la figura de la extradición.

⁹⁵ En este contexto se hará referencia al principio de jurisdicción universal, tratado en los capítulos tercero, cuarto y quinto de la tesis, como complementario y en una posición de diálogo constante con la jurisprudencia de los tribunales internacionales.

Objeto de este capítulo es el análisis de este sistema centrando nuestros estudios sobre las aportaciones de las diferentes formas de jurisdicción: la jurisdicción penal internacional de los tribunales penales internacionales, la Corte Penal Internacional o de los tribunales mixtos, la jurisdicción penal universal activada por los tribunales nacionales y finalmente una tipología de jurisdicción que en los últimos años ha venido enriqueciendo el debate internacional sobre todo en tema de responsabilidades civiles por ilícitos especiales. Todas ellas han seguramente contribuido a formar el conjunto de normas para la persecución de crímenes internacionales y están ligadas de forma estrecha en cuanto persiguen el mismo objetivo: acabar con la impunidad de conductas tan graves que ofenden a la humanidad en su conjunto.

Al mismo tiempo resulta necesario un análisis de sus límites y obstáculos ya que debido a ellos este sistema resulta imperfecto. Estas diferentes jurisdicciones tienen que ser analizadas y profundizadas en el sentido de entenderlas en diálogo constante. A través de la intrínseca relación que tienen, se crean, se modifican o se extinguen normas internacionales relacionadas a la persecución de los crímenes internacionales. En efecto, lo dicho es palpable y muy importante en cuanto a la supervivencia, la modificación o la decadencia de una norma internacional consuetudinaria, como es por ejemplo el principio de jurisdicción universal. Tenemos que acordarnos en en ámbito de Derecho internacional penal, a lado de las normas convencionales existentes, un papel fundamental lo tiene el Derecho consuetudinario.

Partiendo de este presupuesto, si tomamos en consideración las decisiones de los tribunales nacionales, podemos ver como constituyen y crean lo que en Derecho Internacional llamamos *praxis* sobre una determinada materia y al mismo tiempo ponen en evidencia la *opinio juris* de los Estados⁹⁶. Ambos elementos, *praxis* y *opinio juris*, resultan

⁹⁶ En tema de *praxis* y *opinio juris*: tradizionalmente si ritenga che le regole consuetudinarie si formino sulla base di diffusi comportamenti degli Stati ripetuti nel tempo con una certa regolarità (*diuturnitas*) e

ser importantes a la hora de evaluar la persistencia, creación o decadencia de una norma de Derecho Internacional consuetudinario⁹⁷.

Analizando dicha *praxis*, desde una perspectiva internacionalista pero al mismo tiempo de derecho comparado, hemos podido ver como los Estados han venido cooperando con los tribunales penales internacionales, adquiriendo en el interior de sus legislaciones los principios derivados de la jurisprudencia internacional y las normas internacionales sobre todo en tema de persecución y represión de crímenes internacionales. Al mismo tiempo, codificando en el interior de sus legislaciones dichas normas y principios, han usado e interpretado el Derecho Internacional que se ha formado en esta materia, contribuyendo de tal forma a enriquecer el debate sobre la supervivencia y bajo qué condiciones de las reglas antes mencionadas. Este proceso, que el profesor Ollé Sesé (2008) define como interactivo, entre la norma nacional y la internacional, se basa, por tanto, en un necesario consenso y equilibrio entre las dos.

Ante la ausencia de un órgano legislativo a nivel internacional, para la creación de las normas jurídicas internacionales, la costumbre internacional vive en un continuo «proceso que se autofunda y que, simultáneamente, funda la validez y eficacia de la norma o normas que regulan o sirven de fundamento a los otros procedimientos de creación de

del convincimento da parte degli Stati stessi che tali comportamenti siano giuridicamente dovuti o che, in fase di formazione della regola, sia necessario che lo divengano (*opinio jurissive necessitatis*) [...] **prassi giurisprudenziale** internazionale [...] è generalmente tenuta in massima considerazione e utilizzata dagli Stati anche in contesti stragiudiziali. [...] [la prassi giurisprudenziale è spesso un mezzo di] manifestazione di *opinio juris* che corrobora la formazione o il consolidamento di una consuetudine (Tanzi, 2013: 87 y sucesivas). Traducción: tradicionalmente se piensa que las reglas consuetudinarias se crean sobre la base de comportamientos extendidos por los Estados repetidos en el tiempo con una cierta regularidad (*diuturnitas*) y del convencimiento por parte de los Estados mismos que estos comportamientos son jurídicamente debidos o que, en fase de formación de la regla, sea necesario que lleguen a serlo (*opinio jurissive necessitatis*)[...] la praxis jurisprudencial internacional [...] es generalmente tomada en máxima consideración y utilizada por los Estados también en contextos extrajudiciales. [...] [la praxis jurisprudencial es una forma de] manifestación de *opinio juris* que comprueba la formación o el consolidación de una costumbre.

⁹⁷ Definición de Costumbre Internacional a norma del artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia: prueba de una práctica generalmente aceptada como derecho. Como afirmado por la Corte Internacional de Justicia en el caso *North Sea Continental Shelf* de 1969 (I.C.J. 3, párrafos 73-81, Ger.v. Den.; Ger. v. Neth), el Artículo 38(1)(b) establece que la costumbre es una fuente del Derecho Internacional cuando cumpla dos requisitos: se haya 1) *evidence of a general practice*, (the el componente objetivo) (2) *accepted as law* (the *opinio juris*; el componente subjetivo).

normas internacionales» (Mariño Menéndez, 1993: 199).

En resumidas cuentas, podemos afirmar que, si de un lado el Derecho Internacional y la jurisprudencia internacional influyen en las políticas legislativas de los Estados y en las labores de los tribunales nacionales, siendo usados por los órganos estatales resultan al mismo tiempo sujetos a diferentes interpretaciones que con el tiempo pueden conllevar a modificaciones importantes del mismo derecho. Del otro lado, la falta de utilización o la limitación de algunas normas internacionales por parte de los Estados disminuye la *opinio juris* sobre la necesidad de la supervivencia en el ámbito internacional de una determinada norma.

Como explica Anthea Roberts (2012:63):

Where a judicial decision reflects, does not contradict, or influences State practice, it is more likely to be accepted as declaring international law. Where it has little basis in State practice and is rejected by States, it is less likely to be viewed as determinative. Nonetheless, national court decisions are often given greater weight than the practice of a single State would suggest because they are treated as a subsidiary means of identifying international law rather than as State practice *per se*⁹⁸.

Como hemos visto en el primer capítulo de esta tesis en el apartado relativo a las normas de Derecho internacional penal, el desarrollo de dichas normas es una de las señas de identidad más importantes de la evolución del ordenamiento jurídico internacional (Salinas Alcega, 2009:185). En este proceso de desarrollo y creación de normas, el principio de responsabilidad penal internacional del individuo tiene un papel fundamental y se refleja en la jurisprudencia de los primeros tribunales, Nuremberg y Tokyo, pero al mismo tiempo afirma la necesidad de los Estados, en términos de *opinio juris*, de

⁹⁸ Traducción: Cuando una decisión judicial refleja, no contradice, o influye la práctica del Estado, es más probable que sea aceptada como derecho internacional. Cuando tiene poca base en la práctica de los Estados y es rechazada por los Estados, es menos probable que sea visto como determinante. Sin embargo, las decisiones de los tribunales nacionales reciben a menudo un peso mayor que la práctica de un solo Estado sugeriría, porque son tratadas como un medio subsidiario para identificar el derecho internacional y no como práctica estatal *per se*.

salvaguardar las normas internacionales creadas en tema de protección de los Derechos Humanos y persecución de un crimen internacional, castigando a los culpables de su infracción.

Esta *opinio juris* se ha visto reforzada por la codificación, en el interior de las legislaciones estatales de principios básicos para la persecución de crímenes internacionales derivados directamente del ordenamiento internacional. Se han consolidado los mecanismos para extender extraterritorialmente la eficacia de dichos principios y poder juzgar a los responsables de actos que se hayan verificado en el exterior del foro, siempre con el fin de acabar con la impunidad.

En este contexto es fácil entender que para poder estudiar el sistema penal internacional hay que analizar los diferentes instrumentos de justicia en su conjunto y como complementarios; solo de esta forma se podrá valorar la eficacia de este mismo sistema.

¿Cuáles son las ventajas y las aportaciones de los tribunales penales internacionales? ¿Y de la Corte Penal Internacional? ¿Dónde se sitúan los tribunales mixtos en este complicado e imperfecto modelo de justicia? ¿Puede la jurisdicción universal superar los obstáculos que los mecanismos anteriores encuentran cuando hay que perseguir un crimen internacional? A todas estas preguntas intentaremos contestar, siempre teniendo en cuenta el objeto de esta tesis, es decir la jurisdicción penal universal, y sin entrar en detalles más específicos relativos a otras tipologías de jurisdicción, meritorios de estudios más detallados hechos por una doctrina especializada.

2.2 Los avances de los tribunales penales internacionales en la lucha a la impunidad

A partir de los crímenes cometidos en la Segunda Guerra Mundial, una respuesta dada por la Comunidad Internacional para la represión de los crímenes internacionales fue la creación de los tribunales penales internacionales. Esta respuesta no ha sido, sobre todo al principio, aceptada por parte de los Estados. De hecho, una de las preocupaciones más grandes para los países, desde la creación de dichos órganos, es la erosión de su soberanía, en particular, respecto al poder de castigar. De acuerdo con lo manifestado por el profesor Carrillo Salcedo (2001), el desarrollo del Derecho Internacional hacia la creación de los tribunales internacionales no ha eliminado el conjunto de principios que inspiraron el orden internacional de Westfalia. La sociedad internacional no ha perdido su estructura descentralizada y ni siquiera el Derecho Internacional se ha convertido en un sistema jurídico plenamente institucionalizado. Y, a pesar de las afirmaciones referentes a la dignidad intrínseca de la persona y del derecho de los pueblos a la libre determinación como nuevos principios constitucionales proclamados por la Carta de las Naciones Unidas, la soberanía, independencia e integridad territorial siguen siendo los principios básicos del derecho internacional y conservan su importante función legitimadora.

Al mismo tiempo la preocupación a la que se enfrentan los Estados es simple; con el establecimiento de esos tribunales se les priva de lo que hasta aquel momento había sido su monopolio exclusivo: la represión penal. «However, due to the loss of legal sovereignty that can be an effect of international criminal justice, states have historically been hesitant to allow international institutions to function in their place, except under special circumstances⁹⁹» (Bernaz y Rémy, 2010: 270).

Como explica Cassese (2004:20), «estamos en presencia de un proceso de debilitamiento de la autoridad del Estado». Sin embargo, nadie duda que la creación de las

⁹⁹ Traducción: Sin embargo, debido a la pérdida de la soberanía legal que puede ser un efecto de la justicia penal internacional, los estados han sido históricamente reacios a permitir que las instituciones internacionales funcionen en su lugar, excepto en circunstancias especiales

diferentes cortes internacionales ha contribuido, de manera importante, a poner punto final a algunas situaciones de impunidad. Así que la pérdida de soberanía en tema de represión penal, está contrabalanceada con una mayor justicia internacional.

De hecho podemos destacar algunos aspectos que seguramente han sido positivos en la creación de dichos órganos¹⁰⁰:

- En general, han cumplido con la función puramente represiva que el derecho penal internacional prevé para los crímenes internacionales;
- Han identificado y castigado a parte de los culpables de dichos actos;
- Han puesto las bases para crear un sistema de prevención de las futuras violaciones a los Derechos Humanos;
- La doctrina internacional ha revelado que han cumplido también con la función simbólica, reflejando un avance decisivo por parte de los Estados en la dirección del respeto del Derecho Internacional;
- Han contribuido a la determinación de las normas de derecho penal internacional sobre los crímenes internacionales. De este modo, podemos mencionar el hecho de que a través de la jurisprudencia de estos últimos, ha nacido la norma sobre la responsabilidad penal personal del individuo que ha cometido uno de los crímenes internacionales previstos en los estatutos de los tribunales internacionales, o por ejemplo la norma que prevé la no relevancia, en los juicios llevados a cabo por los tribunales internacionales, de las leyes nacionales que otorgan amnistías o indultos;
- Se han puesto en el proceso de lucha a las muchas formas de impunidad para una posible reconciliación social.

A través de las palabras de Fausto Pocar, juez y ex-presidente del Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia podemos observar que:

¹⁰⁰ Sobre este aspecto, entre otros véase Bernaz y Rémy (2010: 270 y sucesivas).

It is an undeniable fact that within the past decade, the international community has witnessed acceleration in the establishment of judicial bodies at the international level for combating impunity for war crimes, genocide and crimes against humanity¹⁰¹ (Beigbeder, 2005: IX).

2.2.1 Los Tribunales Penales Internacionales y la Corte Penal Internacional

Quien escribe está de acuerdo con la parte de la doctrina que sostiene que antes de 1993 no se puede hablar a nivel internacional de tribunales penales con carácter internacional. Sin embargo, las instituciones creadas después de la Segunda Guerra Mundial resultan muy importantes a la hora de identificar las características y las normativas que sustentan la creación de los estatutos de los tribunales penales internacionales modernos. Hablando de instituciones creadas a nivel internacional, que tienen como fin la represión y la prevención de los crímenes internacionales, podemos mencionar: los dos tribunales instituidos en 1945 y 1946, en los territorios de Nuremberg y Tokyo. Los cuales se propusieron conocer los crímenes cometidos bajo la Segunda Guerra Mundial y, por primera vez en la historia del Derecho penal internacional, castigar directamente a los responsables que habían cometido dichos actos. Este es uno de los principios fundamentales que se han obtenido por la jurisprudencia del Tribunal de Nuremberg, el principio de «responsabilidad penal individual internacional».

Moreno Ocampo (2007: 1) afirma que: «60 years ago with the Nuremberg Trials, for the first time, those who committed massive crimes were held accountable before the international community. For the first time, the victors of a conflict chose the law to define

¹⁰¹ Traducción: Es innegable que *de facto* en la última década, la comunidad internacional ha sido testigo de la aceleración en la creación de órganos judiciales a nivel internacional para combatir la impunidad de los crímenes de guerra, genocidio y crímenes en contra de la humanidad.

responsibilities¹⁰²». Por lo tanto en Nuremberg se centraron, por un lado los esfuerzos de la Comunidad Internacional en determinar las reglas claves para la persecución de los delitos internacionales, y por el otro lado las esperanzas de las muchas víctimas de uno de estos actos, de recibir justicia por lo sufrido.

Este mismo tribunal dio gran impulso en gran medida las reglas internacionales que ahora encontramos reconocidas y trascritas en los Estatutos de los tribunales penales internacionales¹⁰³. Podemos mencionar por lo tanto algunos de los principios que han surgido por el trámite de la jurisprudencia de Nuremberg y que han cambiado la cara del Derecho penal internacional constituyendo un punto muy importante en la lucha contra la impunidad.

En la resolución número 177 (II), párrafo (a) de la Asamblea de las Naciones Unidas se le solicitó a la Comisión de Derecho Internacional que formulase los principios del Derecho Internacional reconocidos en la Carta de los Juicios de Nuremberg y en las determinaciones del tribunal. Aprobado en su segunda sesión, el texto ofrece una clara exposición de los principios expresados por la jurisprudencia del mismo tribunal.

Por el Principio I° se prevé que:

Cualquier persona que cometa actos que constituyan un crimen bajo las leyes internacionales será responsable y por consiguiente sujeto a castigo.

En el Principio II°:

El hecho de que las leyes internas no impongan castigo por un acto que constituya un crimen bajo las leyes internacionales no exime a la persona que cometió el acto de su responsabilidad bajo las leyes internacionales.

¹⁰² Traducción: Hace 60 años con los juicios de Nuremberg, por primera vez, los que cometieron los crímenes masivos se hicieron responsables frente a la comunidad internacional. Por primera vez, los vencedores de un conflicto eligieron la ley para definir las responsabilidades.

¹⁰³ Como explican Bernaz and Rémy (2010: 274): «The IMT was a ground breaking step for international criminal justice and for the elaboration and enforcement of international criminal law at a time when states remained adverse to such a process». Traducción: «El TMI fue un paso fundamental para la justicia penal internacional y para la elaboración y aplicación del derecho penal internacional en un momento en que los estados se mantuvieron adversos a un proceso de este tipo»

Además en el Principio III°:

El hecho de que una persona que ha cometido un acto que constituye un crimen bajo las leyes internacionales sea Jefe de Estado o un oficial responsable del Gobierno no le exime de la responsabilidad bajo las leyes internacionales.

Principio IV°:

El hecho de que una persona actúe bajo las órdenes de su Gobierno o de un superior no le exime de la responsabilidad bajo las leyes internacionales, siempre que se demuestre que tenía posibilidad de actuar de otra forma.

Principio V°:

Cualquier persona acusada de un crimen bajo las leyes internacionales tiene el derecho de un juicio justo ante la ley.

Principio VI°:

Los crímenes que se enumeran a partir de aquí son punibles como crímenes bajo las leyes internacionales:

(a) Guerra de agresión:

(i) La planificación, preparación, iniciación o comienzo de una guerra de agresión, o una guerra que viole los tratados internacionales, acuerdos o promesas;

(ii) La participación en un plan común o conspiración para el cumplimiento de cualquiera de los actos mencionados en (i).

(b) Crímenes de Guerra:

Las violaciones de las leyes o costumbres de la guerra que incluyen, pero no están limitadas a, asesinato, trato inhumano o deportación como esclavos o para cualquier otro propósito de la población civil de un territorio ocupado, asesinato o trato inhumano a prisioneros de guerra, a personas sobre el mar, asesinato de rehenes, pillaje de la propiedad

pública o privada, destrucción injustificada de ciudades, pueblos o villas, o la devastación no justificada por la necesidad militar.

(c)Crímenes contra la humanidad:

Asesinato, exterminio, esclavitud, deportación y cualquier otro acto inhumano contra la población civil, o persecución por motivos religiosos, raciales o políticos, cuando dichos actos o persecuciones se hacen en conexión con cualquier crimen contra la paz o en cualquier crimen de guerra.

Principio VII°:

La complicidad en la comisión de un crimen contra la paz, un crimen de guerra o un crimen contra la humanidad tal y como fueron expuestos en los Principios VI°, es un crimen bajo las leyes internacionales.

En resumidas cuentas, los aspectos positivos en la creación de los tribunales penales militares, en particular de Nuremberg, han sido:

On the positive side, [...] their creation, the trials and judgments made a significant contribution to international criminal law and justice. Nuremberg established the principle and set the precedent that individuals at the highest levels of government and armed forces could be prosecuted and tried by an international tribunal for grave violations of international humanitarian law. It thus affirmed, for the first time in history , individual criminal responsibility [...] *Nuremberg law* served as a basis and an inspiration for the Genocide and Apartheid Conventions [...] *and* complemented the Hague and Geneva laws. It served as an essential legal and judiciary basis for the later creation of the Tribunals for the Former Yugoslavia and for Rwanda, and for the creation of the International Criminal Court¹⁰⁴ (Beigbeder, 2005:4).

¹⁰⁴ (Las cursivas son mías).

Traducción: del lado positivo, [...] su creación, los juicios y las sentencias hicieron una contribución significativa al derecho penal internacional y justicia. Nuremberg estableció el principio y sentó el precedente de que los individuos en los más altos niveles del gobierno y las fuerzas armadas podrían ser perseguidos y juzgados por un tribunal internacional por las graves violaciones del derecho internacional humanitario. Por lo tanto, afirmó, por primera vez en la historia, la responsabilidad penal de las personas [...] el derecho de Nuremberg sirvió de base e inspiración para el Genocidio y los Convenios de apartheid [...] y complementa las leyes de La Haya y de Ginebra. Sirvió como una base jurídica y judicial esencial para la posterior creación de los Tribunales para la ex Yugoslavia y para Rwanda y para la creación de la Corte Penal Internacional.

A pesar de los avances mencionados anteriormente, este tribunal ha sido objeto de muchas críticas, entre las cuales, la principal puede ser sintetizada a través las palabras de José Manuel Peláez Marón:

El Tribunal de Nuremberg incurrió en numerosos defectos tanto desde el punto de vista político como desde el jurídico. [...] La principal crítica de que fue objeto es la de su carácter unilateral [...] fue ciertamente el Tribunal *ad hoc* de las potencias vencedoras. [...] Su perfil jurídico deja también que desear; piénsese lo que supone, desde la perspectiva procesal, la inexistencia de una instrucción previa separada o el hecho extraordinario de un proceso penal desarrollado en una única etapa y que la instrucción y el juicio fueron llevados a cabo por un mismo órgano judicial (Peláez Marón, 2000: 109).

Después de estas instancias, que han sido fundamentales para los avances del Derecho penal internacional, pero que al mismo tiempo han tenido numerosas críticas por parte de la Comunidad Internacional, han sido instituidos los Tribunales *ad hoc* para la ex-Yugoslavia y para Rwanda. Dichos órganos pueden ser definidos como internacionales, por cómo han sido creados, por sus propias características y por los principios y normas que han disciplinado los relativos juicios. Instituidos por el trámite de una resolución del consejo de la ONU, en 1993 y 1994, estos tribunales tienen una composición más internacional, se inspiran en los avances de la cultura en temas de Derechos Humanos de esos años, y prevén todas las garantías propias de los juicios internos, en lo referente a la protección de los derechos del reo, de las víctimas y de los testigos, sin olvidar que proscriben la pena capital. Al igual que las anteriores, estas instancias han sido objeto de numerosas críticas¹⁰⁵, siendo una de las principales el hecho de que, creando estos tribunales, el Consejo de seguridad de las Naciones Unidas ha actuado como si fuera un

¹⁰⁵ También estos tribunales han tenido problemas debido a la incertidumbre de la base jurídica sobre la que han sido construidos en cuanto ambos órganos han debido enfrentarse a excepciones de constitucionalidad sobre su creación. No obstante este hecho, los Estados han terminado aceptando esta nueva competencia del Consejo, asumiendo de esta manera la legalidad de la constitución de dichos tribunales, pero con reservas hacia la futura utilización por parte del Consejo de esta competencia.

órgano legislativo, pero por su naturaleza es un órgano ejecutivo, que puede, bajo algunas condiciones, crear normativas jurídicamente vinculantes, pero no puede imponerlas a los Estados. Según Palchetti (1996), al crear estos tribunales, el Consejo ha ejercitado una función fuera de sus poderes, yendo mas allá de las competencias otorgadas por la Carta de las Naciones Unidas; esto en cuanto no se ha limitado a impedir la perpetuación de amenazas a la paz.

Como explica Prada Solaesa (2012: 17), hablando de la constitución del Tribunal para el territorio de la ex-Yugoslavia:

Su base jurídica no fue, pues, un tratado internacional, ni siquiera un acto de la Asamblea General Naciones Unidas, sino una resolución del órgano ejecutivo de Naciones Unidas. Analizando desde una perspectiva política clásica de separación de poderes, resulta difícil reconocer a este órgano de la ONU capacidad para legislar normas penales de carácter internacional, y establecer un tribunal de justicia con jueces independientes y imparciales con facultades de juzgar crímenes internacionales.

Sin embargo, preguntarse en qué consiste la legitimidad de la jurisdicción ejercitada por estos órganos no es sólo un ejercicio de mera teoría. Esta cuestión apareció desde los primeros casos llevados a cabo por los tribunales internacionales.

En la sentencia de la Cámara de Apelación del 2 de octubre de 1995, relativa al caso *Tadic* (IT-94-1-AR72), los jueces han tenido que evaluar la legitimidad de la resolución de la ONU (Ris. 827/93), que ha instituido el Tribunal para la ex-Yugoslavia. Los jueces, ejerciendo la actividad jurisdiccional concebida por la misma resolución han, en la práctica, juzgado su propia existencia.

La Cámara de Apelación ha debido tratar dos diferentes aspectos: el primero relativo a la validez de la creación del tribunal, y el segundo relativo a la cuestión de si al Consejo de Seguridad pertenece la competencia de instituir estos órganos. El fundamento de esta competencia, el Tribunal lo ha encontrado en el capítulo VIII de la Carta de las

Naciones Unidas, artículo 41, no obstante en este artículo no se encuentra específicamente mencionada. En base a esta norma, el Consejo puede adoptar todos los medios con el fin de establecer y mantener la paz, con el único límite de la prohibición del uso de la fuerza. Además el artículo 51 de la carta ONU, concede una amplia discreción al Consejo al fin de individuar las modalidades necesarias para el mantenimiento de la paz siempre en el respeto de los principios de las Naciones Unidas.

Parte de la doctrina italiana ha intentado establecer un ligamento con el artículo 42 de la Carta, optando por la idea que la institución de un tribunal es una competencia típica en caso de conflictos armados, Lattanzi (1993: 134) y Conforti (1994: 103). Las argumentaciones que la Cámara de apelación sustenta para negar las contestaciones de ilegitimidad propuestas por la defensa del imputado, se basan en particular sobre las previsiones normativas, internas a los Estados o internacionales, que prevé que los tribunales deben ser «establecidos por ley». La Cámara ha interpretado este concepto en el sentido de que, lo «establecido por ley» significa también: creado por un órgano que si bien no tiene poderes legislativos, tiene un poder de asumir decisiones vinculantes, como es el caso del Consejo de Seguridad. Este poder debe ser ejercitado en el respeto de las normas internacionales relativas a los principios reconocidos por todos los Estados parte de la Comunidad Internacional.

La sentencia deja muchas dudas, sobre todo cuando se lee el punto referente a la interpretación que el Tribunal hace de «establecido por ley», pero lo que importa es que al final los Estados han terminado por otorgar esta nueva competencia al Consejo, no sin reserva de su futuro ejercicio¹⁰⁶.

¹⁰⁶ No hay que olvidar que razones de rapidez y eficiencia han afectado de manera sensible la adopción de un tratado para legitimar el funcionamiento de dichos organismos; de hecho el lapso de tiempo necesario para negociar el texto de un tratado y su posterior entrada en vigor, mal se adaptaba con la necesidad de actuar lo más rápidamente posible a la situación de grave emergencia humanitaria en el territorio de la ex-Yugoslavia. Por otra parte, el propio tratado legitimador de la operatividad del Tribunal, no habría sido ratificado por aquellos Estados en cuyo territorio los delitos habían verificados.

Cuando hablamos de la contribución que dichos órganos¹⁰⁷ han aportado al sistema de justicia internacional, nos referimos al hecho que a través de ellos se han codificado todos los principios/reglas/ derivados de la jurisprudencia de los tribunales penales militares que con anterioridad se habían ocupado de la persecución de los crímenes internacionales y no solo esto, sino bien:

The contribution of the *ad hoc* Tribunals is yet to be fully recognized and measured. They developed the law, prosecuted the worst perpetrators, Generals, members of a Governments. They contributed to restore lasting peace in conflict-torn regions. The *ad hoc* tribunals for Yugoslavia and Rwanda paved the way for the decision to establish a permanent criminal court¹⁰⁸ (Moreno Ocampo, 2007: 2).

Este último aspecto, es decir el hecho de haber abierto la puerta hacia la creación de una Corte Penal permanente, representa un paso muy importante, en el ámbito del Derecho penal internacional. La decisión de establecer una corte permanente ocurrió cuando en 1998 fue redactado por una conferencia diplomática el Estatuto de la Corte Penal Internacional. Lo anterior significó un hecho sin precedentes, ya que hablamos de una jurisdicción internacional, competente a conocer, desde el momento de su formación, todos los crímenes, que están previstos en el artículo 5 de su estatuto, cometidos en uno de los Estados que han firmado dicho documento. Este texto representa todo el trabajo hecho

¹⁰⁷ En particular, en lo que se refiere al Tribunal para la ex Yugoslavia, (Bernaz and Rémy, 2010: 286): «Since it became fully functioning, the contribution of the ICTY to the enforcement of international criminal law and humanitarian law has been undeniable. [...] In establishing the Court, the UN took into account the advantages and shortcomings realized by the Tribunals at Nuremberg and Tokyo [...]. As a result, strides were made to respect the principle of legality, especially the standard of *nullum crimen sine lege*, which was one of the main problems faced by Nuremberg and Tokyo Tribunals». Traducción: «Desde que entró en pleno funcionamiento, la contribución del TPIY en la aplicación del derecho penal internacional y del derecho humanitario ha sido innegable. [...] En el establecimiento de la Corte, la ONU tomó en cuenta las ventajas y las deficiencias realizadas por los Tribunales de Nuremberg y Tokio [...]. Como resultado, se hicieron progresos para respetar el principio de legalidad, especialmente el estándar de *nullum crimen sine lege*, que fue uno de los principales problemas enfrentados por los Tribunales de Nuremberg y Tokio».

¹⁰⁸ Traducción: la contribución de los tribunales ad hoc aún no ha sido reconocida y medida plenamente. El desarrollo de la ley, la persecución de los peores perpetradores, Generales, miembros de un Gobierno. La contribución en el restaurar la paz en las regiones afectadas por un conflicto. Los tribunales *ad hoc* para Yugoslavia y Rwanda abrieron el camino para la decisión de establecer un tribunal penal permanente.

en tema de represión de los crímenes internacionales, tanto por parte de la doctrina internacional, como por parte de la jurisprudencia de los tribunales precedentes. En 1998: «International Justice was not a moment in time any longer, neither an ad hoc post conflict solution: it became an institution¹⁰⁹». En Roma en 1998, los Estados: «created a comprehensive and global criminal justice system¹¹⁰» (Moreno Ocampo, 2007: 3).

El profesor Sánchez Legido, de acuerdo con lo manifestado por Carrillo Salcedo (2000 y 1999), enfatiza la importancia del Estatuto de Roma como creación de una jurisdicción penal internacional¹¹¹. Sistema que a principios de los noventa fue complementado por la importante labor de los tribunales nacionales en la actuación del principio de jurisdicción universal, como mecanismo para la lucha a la impunidad y garantía de intereses esenciales de la Comunidad Internacional en su conjunto, como es la persecución de crímenes que ofenden a la Humanidad.

El 17 de julio de 1988, con la adopción del Estatuto de la Corte Penal Internacional, se culminaban más de tres décadas de intentos e intermitentes esfuerzos orientados a la creación de una jurisdicción penal internacional y se comenzaba a hacer realidad una utopía con más de un siglo de existencia. Un logro con el que, llegó a afirmarse, la Humanidad comenzaba a dejar de ser un mito del Derecho Internacional, poco más que un simple recurso retórico, para entrar en la Historia de la realidad normativa y fáctica (Sánchez Legido, 2009: 270).

A diferencia de los tribunales precedentes, la Corte tiene una jurisdicción basada en el consentimiento estatal, debido al proceso de ratificación de su Estatuto, y complementaria respecto a las jurisdicciones nacionales; esta complementariedad resulta

¹⁰⁹ Traducción: La justicia internacional dejó de ser algo efímero en el tiempo, o una solución *ad hoc* posterior a un conflicto: se convirtió en una institución.

¹¹⁰ Traducción: los Estados crearon un sistema de justicia penal integral y global

¹¹¹ Conforme con lo afirmado por William Schabas (2006) podemos decir que, no obstante las imperfecciones y faltas del Estatuto de Roma, su adopción ha representado el mayor paso en el establecimiento y validez de las normas de Derecho penal internacional. Un paso que, como declara Bassiouni (2000), no solo resulta ser el más importante hacia el camino para la creación de una Corte Penal Internacional permanente, sino también un paso necesario en la lucha contra la impunidad.

ser un compromiso real en las relaciones entre la Corte y los Estados parte del Estatuto cuyo Preámbulo, al párrafo n.10 establece: «Destacando que la Corte Penal Internacional establecida en virtud del presente Estatuto será complementaria de las jurisdicciones penales nacionales».

Este principio ha sido creado partiendo del presupuesto que la jurisdicción de la Corte de ninguna manera sustituye a las administraciones de justicia de los Estados parte; siendo complementaria, actúa cuando los Estados son incapaces o les falta disponibilidad para hacerlo por sí mismos. En otras palabras, la responsabilidad primaria de investigar y enjuiciar los delitos, que son también de competencia de la Corte, se queda en manos de los Estados; solo en el caso en que estos últimos no tengan la disposición o la capacidad material para proceder o se demuestre su inactividad, o finalmente, en el caso en que prefieran que la Corte persiga los crímenes, será posible que la Corte Penal Internacional pueda determinar admisible un asunto.

En tema de los avances en el desarrollo de las normas internacionales penales, podemos ver como en el Estatuto han sido codificadas las normas relativas al «justo proceso», a los derechos de las víctimas y testigos como en el victimario, en todas las fases de juicio. Al mismo tiempo se ha establecido la creación de un fondo para la reparación o compensación de las víctimas.

A lado de estas instancias internacionales, han sido creados los tribunales penales «mixtos», que pueden tener jueces del Estado en que un crimen ha sido cometido, y además jueces internacionales nombrados por las Naciones Unidas. Seguramente la utilización de estos instrumentos ha dado resultados muy buenos, si pensamos en particular a la creación de las normas internacionales, o si pensamos al fuerte significado ideológico detrás de la constitución de uno de estos órganos judiciales. El fuerte significado ideológico consiste en el haber instituido los tribunales en el mismo lugar donde se han

cometido los crímenes; mismo hecho que comparten con el tribunal de Núremberg, ciudad utilizada por los nazis para la propaganda de las más atroces leyes raciales. Hacer justicia donde la ley ha sido violada.

Pero también poner algunas instancias lejos del lugar donde se cometieron los actos, por ejemplo los tribunales *ad hoc* de la ex-Yugoslavia o de Rwanda o la Corte Penal Internacional, ha servido para dar una mayor independencia e imparcialidad a los juicios, pudiendo además asegurar un mayor alejamiento del ambiente y de la opinión pública en que estos actos se verificaron.

2.2.2 Sigue: las aportaciones de los tribunales mixtos

En este sistema internacional para la persecución de crímenes internacionales, como hemos dicho no perfecto y fragmentado, han sido creados modelos diferentes de tribunales con el fin de adecuarlos a las distintas situaciones en las que estos últimos habrían tenido que operar, siendo constatada la imposibilidad de acción de la justicia nacional o de la acción de un tribunal internacional.

Mixed national-international criminal tribunals have been created as an alternative, as the 'second best' to genuine international criminal tribunals, or, more positively, as an expected improvement over unwilling or incapable national tribunals. The reluctance of the Western permanent members of the Security Council to still create more costly, fully international criminal tribunals played a role in the creation of these new tribunals¹¹² (Beigbeder, 2005: 141).

Cuando hablamos de tribunales mixtos¹¹³, nos referimos a tribunales que tienen, por

¹¹² Traducción: Los Tribunales penales nacionales-internacionales mixtos se han creado como una alternativa, como la "segunda mejor" a los auténticos tribunales penales internacionales, o, de manera más positiva, como una mejora esperada en los tribunales nacionales que no quieren o son incapaces. La reticencia de los miembros permanentes occidentales del Consejo de Seguridad a que todavía se creen más costosos tribunales penales internacionales desempeñó un papel importante en la creación de estos nuevos tribunales.

¹¹³ Como explica Salina Alcega (2009: 195), no hay una categoría única de tribunales mixtos, podemos decir

lo menos, un elemento en común: son órganos jurisdiccionales que desempeñan funciones judiciales. Como explica el profesor Condorelli (1999), son tribunales *ad hoc-ismo* en cuanto han sido creados en situaciones específicas.

Podemos mencionar entre los tribunales mixtos: Los Paneles Especiales para el Timor-Leste¹¹⁴, las Salas 64 de Kosovo¹¹⁵, las Salas Extraordinarias para Camboya¹¹⁶, el Tribunal Especial para Sierra Leona¹¹⁷ o el Tribunal Especial para Líbano¹¹⁸. Estos órganos se diferencian entre ellos en cuanto a su naturaleza jurídica, por eso se habla de tribunales internacionales nacionalizados y de tribunales internos internacionalizados, y también en lo que se refiere al método usado para su creación o la composición: «por decirlo de otra manera, el equilibrio existente entre los componentes interno y internacional, e incluso los objetivos que guían la creación de estos tribunales» (Salinas Alcega, 2009:198).

Cuando hablamos de las aportaciones de los tribunales mixtos a este sistema internacional cuya finalidad es la lucha a la impunidad, seguramente tenemos que partir de la naturaleza híbrida de dichos órganos. Esta naturaleza mixta ha permitido adaptar todo el desarrollo del Derecho penal internacional a casos concretos, a situaciones conflictivas que se presentaban bastante diferentes entre ellas. Estos tribunales han tenido una ventaja

que lo que acomuna dichos órganos, además de las funciones que desempeñan, es su carácter mixto, presentando una combinación de elementos internos y internacionales.

¹¹⁴ Creado en el año 2000 a través del Reglamento número 2000/15 de la Administración de Transición de las Naciones Unidas (UNTAET), de 6 de junio de 2000, sobre el establecimiento de cámaras especiales con jurisdicción exclusiva sobre determinados graves delitos (UNTAET/REG/2000/15); véase la página web: <http://www.un.org/peace/etimor/untaetR/Reg0015E>.

¹¹⁵ Instituidos mediante Reglamento 2000/64 (UNMIK/REG/2000/64) de 15 de diciembre de 2000, con el que la misión de Administración Interina de las Naciones Unidas en Kosovo decidió incorporar jueces y fiscales internacionales al sistema judicial kosovar. Véase la página web: <http://www.unmikonline.org/regulations/2000/reg64-00.htm>.

¹¹⁶ Establecidas con la Resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas número 57/228B (A/RES/57/228 B), que aprueba el acuerdo entre el Gobierno Real de Camboya y las Naciones Unidas, en lo relativo a la creación de salas especiales para el procesamiento de los crímenes cometidos durante el periodo de la Kampuchea Democrática. Consultable a la página web: <http://www.worldlii.org/int/other/UNGARsn/2003/11.pdf>.

¹¹⁷ Creada trámite acuerdo bilateral entre las Naciones Unidas y el Gobierno de Sierra Leona sobre el establecimiento de una Corte Especial, firmado en Freetown el 16 de enero de 2002. Se puede consultar el acuerdo en la página web: <http://www.sc-sl.org/scsl-agreement.html>.

¹¹⁸ Instituido a través de la resolución del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas número 1757 de 30 de mayo de 2007 (S/RES/1757), consultable en la página web: <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N07/363/57/PDF/N0736357.pdf?OpenElement>.

respecto a los tribunales penales internacionales: la cercanía y cooperación con el Estado en el que se verificaron los hechos; al mismo tiempo este carácter híbrido ha permitido superar los problemas que la justicia nacional encontraba sobre todo en tema de independencia e imparcialidad en los procesos. A lo último se tiene que añadir el hecho de que estos órganos hayan sido aceptados con más facilidad por los destinatarios de esta justicia¹¹⁹, debido a la cercanía con el lugar donde han ocurrido los delitos.

En definitiva, podemos decir que pueden constituir un complemento útil a los otros instrumentos de la justicia penal internacional, sobre todo en el caso en que hay la imposibilidad de la justicia interna de hacer frente a la situación conflictiva y procesar a los responsables de crímenes internacionales y tampoco los tribunales internacionales pueden intervenir; de hecho, la Corte Penal Internacional no tiene una competencia universal teniendo la capacidad de activar su jurisdicción para aquellos Estados parte de su Estatuto.

Es en ese caso cuando se abre la puerta a la utilización de la figura de los tribunales mixtos, que permite colmar el vacío que dejan tanto la incapacidad de los tribunales internos como la falta comprensión y el correspondiente rechazo de los tribunales internacionales por los destinatarios de la justicia que se debe impartir. (Salinas Alcega, 2009:207).

Estos mecanismos han contribuido también a fortalecer la codificación de las normas internacionales en tema de persecución de crímenes internacionales así como fueron codificadas en los Estatutos de los primeros tribunales internacionales y finalmente reconocidas por la Corte Penal Internacional. De esta forma se han puesto en el centro del debate internacional por sus ventajas, incorporando de forma rápida el desarrollo del Derecho Internacional en la materia y cercanía al lugar donde se verificaron los hechos.

Hybrid courts are thus assumed to combine the best of two worlds, the purely

¹¹⁹ Como explica Carmen Quesada (2009: 48), la credibilidad de un tribunal frente a los destinatarios de la justicia, en particular las comunidades de víctimas, es otro de los elementos útiles para evaluar la eficacia, el funcionamiento y el éxito de un tribunal tanto interno como internacional; por lo tanto tenemos que tomar en consideración dicho elemento junto con la credibilidad que este órgano tiene ante la Comunidad Internacional.

domestic and the purely international prosecution of international crimes, and to transcend the shortcomings of each world taken separately. According to Dickinson, one of the most fervent proponents of this model, hybrid courts do this in the areas of legitimacy, capacity and norm penetration¹²⁰» (Nouwen, 2006: 190).

Cuando hablamos de las aportaciones de dichos órganos a la lucha a la impunidad nos referimos al efecto que estos tribunales tienen en el interior del ordenamiento jurídico y de la sociedad del país en cuyo territorio se verificaron los hechos. Esto en cuanto la constitución de un tribunal de estas características conlleva a reforzar la capacidad interna de los órganos judiciales hasta el punto que los tribunales internos puedan asumir por sí mismos el enjuiciamiento de los presuntos responsables. Como explica Dickinson (2003) además de este efecto, se puede constatar como en la mayoría de los casos en que han sido utilizados tribunales mixtos, el trabajo llevado a cabo por dichos órganos ha influenciado a los jueces nacionales y ha favorecido la utilización de normas y principios propios del Derecho internacional penal. De hecho ha fortalecido la *opinio juris* sobre la necesidad de respetar aquellos principios y estándares creados para la persecución de los crímenes internacionales.

No obstante, la eficacia de estos órganos tiene que ser evaluada teniendo en cuenta los límites u obstáculos que estos últimos encuentran a la hora de perseguir los crímenes. Un ejemplo de ello es la limitada capacidad de asuntos que pueden ser llevados delante de uno de estos tribunales, la escasez de su recursos, humanos y materiales, o el hecho que la acción de estos órganos puede ser influenciada por el Gobierno del Estado en el que se han verificado los hechos y se procede al enjuiciamiento. Dicho esto, podemos señalar que a través de las palabras de Salinas Alcega (2009:239), la creación de tribunales mixtos

¹²⁰ Traducción: Los tribunales mixtos de este modo se supone que combinan lo mejor de los dos mundos, la persecución puramente nacional y la puramente internacional de los crímenes internacionales, y para superar las deficiencias de cada mundo tomados por separado. Según Dickinson, uno de los defensores más fervientes de este modelo, los tribunales mixtos hacen esto en las áreas de la legitimidad, capacidad y penetración de la norma.

representa un paso más en el camino hacia una verdadera justicia penal internacional, pero sería utópico considerarlos como realmente eficaces en todos los casos en que se cometan delitos internacionales.

2.3 Límites y obstáculos de los tribunales internacionales en la persecución de los crímenes internacionales

El sistema antes descrito tiene importantes limitaciones, de hecho, ninguna de las jurisdicciones antes mencionadas resulta del todo satisfactoria. Si partimos de los primeros ejemplos de tribunales que han intentado enfrentarse a crímenes internacionales, como Nuremberg y Tokyo, además de problemas de irretroactividad de las normas penales aplicables en los procesos, la principal crítica ha sido su constitución por las potencias vencedoras del conflicto mundial¹²¹. Esto en deterioro de otros principios como el de imparcialidad e independencia de los órganos judiciales.

La crítica a la constitución de dichos órganos acompañará también la creación de los tribunales penales internacionales para el territorio de la ex-Yugoslavia y Rwanda, constituidos por el trámite de una resolución del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas. Tampoco este hecho ha sido aceptado por los Estados, que no reconocían la capacidad del Consejo de crear órganos judiciales. Finalmente sabemos que se admitió la legalidad de su constitución pero dejando bien clara una postura contraria en el caso de un futuro ejercicio por parte del Consejo de dicha capacidad.

¹²¹ En este sentido, entre otros, Salina Alcega (2009: 187) afirma que: «los Tribunales de Nuremberg y Tokio[...] que representan algunos elementos de crítica, no tanto en lo que se refiere a la responsabilidad de los acusados sino respecto a la identificación de los juzgadores como la comunidad internacional, tratándose más bien de tribunales creados por los vencedores en ese conflicto para enjuiciar a los vencidos». Esta también es la postura del Juez Radhabinod Pal en la *dissenting opinion* (DISSENTIENT JUDGEMENT of the Tokyo Tribunal Mr. Justice Pal 1946 en <http://www.cwporter.com/pal11.htm>) : «It has been said that a victor can dispense to the vanquished everything from mercy to vindictiveness; but the one thing the victor cannot give to the vanquished is justice». Traducción: «Se ha dicho que un vencedor puede dispensar al todo vencidos de la misericordia a la venganza; pero la única cosa que el vencedor no puede dar a los vencidos es la justicia»

Además de esto, un elemento común a todos los tribunales que a nivel internacional se han ocupado de crímenes internacionales, es que algunos delitos se quedan fuera de su control, como el terrorismo y el crimen de agresión; puede ser solo por motivos políticos ligados a los Estados que han otorgado competencias a estas instituciones, o puede ser por la falta de una reglamentación a nivel internacional sobre su enjuiciamiento, al no existir una base común entre los Estados parte de la Comunidad Internacional.

Pero estos no son los únicos límites que se encuentran a la hora de evaluar la operatividad y la efectividad de estas jurisdicciones. Uno de los principales defectos que estas últimas instancias tienen es que los juicios son demasiado lentos. Una posible explicación a lo anterior, reside en el hecho que los procuradores a la hora de formular los cargos de imputación, formulan muchos y alternativos entre ellos, con el único fin de no permitir la absolución del imputado. Además estos procesos son hechos en diferentes idiomas, lo que seguramente no facilita la rapidez de los debates y de las discusiones de las pruebas. Además en algunos casos la lejanía del lugar donde se cometieron los crímenes genera un rechazo por parte de la sociedad afectada por los mismos delitos en cuanto consideran la jurisdicción internacional como algo impuesto y que no respeta su cultura jurídica.

Sin embargo, más significativos resultan en nuestra opinión los obstáculos de naturaleza político-social. En efecto, elementos como la lejanía de esos tribunales internacionales respecto de los Estados en los que se llevaron a cabo los crímenes, el hecho de que estén conformados por jueces y fiscales extranjeros, e incluso la utilización de idiomas distintos de los de la población de esos Estados, generan en las sociedades en principio beneficiarias de su acción incomprensión e incluso rechazo al ser vistos como una justicia impuesta desde fuera (Salinas Alcega, 2009:207).

Desde una perspectiva más práctica, el problema más importante de estos tribunales es que no pueden ser activados sin la cooperación de los Estados. No debemos olvidar que

estos órganos no tienen un propio aparato de policía que permita la búsqueda de las pruebas, la escucha a los testigos o la detención de los imputados.

Con las palabras de Cassese (2004: 24) podemos ver como estos tribunales «están desprovistos del poder de apremio, que sigue en manos de los Estados soberanos». Por esa razón, sin la cooperación del Estado en que estos actos se han verificado o sin la ayuda de otros Estados que pueden tener en su propio territorio al reo, los tribunales internacionales tienen las manos atadas.

Para superar las limitaciones anteriormente resumidas, en este contexto internacional se materializan los tribunales mixtos que como explica Salinas Algeca (2009: 207), han logrado generar un sentimiento de pertenencia por parte de las sociedades involucradas en los crímenes internacionales; además que el hecho de apoyarse a la comunidad internacional, garantiza una mayor independencia y imparcialidad de los procesos llevados a cabo por dichos órganos. Sin embargo, también teniendo en cuentas las ventajas que estos últimos órganos tienen y las aportaciones que han dado a la lucha contra de la impunidad, existen también en estos casos numerosos obstáculos de carácter práctico o jurídico.

Un obstáculo muy importante es claramente el riesgo que la constitución de un tribunal mixto tiene de que su acción pueda ser instrumentalizada por el Gobierno del Estado en el que se verificaron los hechos y donde el tribunal deberá trabajar. De hecho, uno de los principales problemas a la hora de constituir un órgano que por su naturaleza resulta ser híbrido, es el alcance de un acuerdo sobre el equilibrio entre la dimensión interna e internacional. Y como los otros tribunales internacionales, también en este caso, sin la colaboración de las autoridades locales de los Estados en cuyo territorio se cometieron los crímenes, este modelo de tribunal no logra poder trabajar de forma eficaz.

En resumen podemos decir que tampoco estos órganos son la solución perfecta para

acabar con la impunidad. «En efecto, los tribunales mixtos no son una solución definitiva sino, en todo caso, un nuevo parche, como de alguna manera ya lo fueron los Tribunales penales internacionales para la ex Yugoslavia y Ruanda» (Salinas Alcega, 2009:238).

Finalmente por lo que se refiere a la Corte Penal Internacional, que como hemos dicho representa seguramente el paso más importante hacia la creación de una jurisdicción verdaderamente penal internacional, además de los límites u obstáculos que encuentra en la activación de su jurisdicción, similares a los anteriormente mencionados de los tribunales internacionales, tiene un reto importante: esta Corte, que sobre la carta es la única que no está creada para una situación específica de emergencia humanitaria o crimen, sino que tiene competencia por el futuro, tiene limitaciones importantes.

Podemos resumir las barreras que la Corte encuentra en cuatro puntos:

1. El primero es el margen de competencia que dicho órgano tiene: a norma del artículo 5 de su Estatuto se prevén los crímenes de competencia de la Corte. «La Corte ejercerá competencia respecto del crimen de agresión una vez que se apruebe una disposición de conformidad con los artículos 121 y 123 en que se defina el crimen y se enuncien las condiciones en las cuales lo hará». De esta forma quedan fuera del alcance de la Corte conductas como el tráfico de drogas, de armas y de personas; la pornografía y la prostitución infantil; el terrorismo o los crímenes al medio ambiente.
2. Otro límite es la irretroactividad con relación a los crímenes cometidos antes de la fecha de entrada en vigor del Estatuto.
3. La injerencia del Consejo de Seguridad en las cuestiones llevadas a la Corte seguramente es otro punto débil de este sistema. A norma del artículo 16 del Estatuto de Roma se prevé que el Consejo pueda pedir aplazamiento de las investigaciones o de los procesos; a norma del artículo 13 inciso b, el Consejo participa activamente en el inicio de la acción penal, pudiendo también calificar las figuras delictivas internacionales.

4. Finalmente la jurisdicción limitada a los Estados parte del Estatuto; siendo la ratificación una condición esencial para la operatividad de su competencia, muchos crímenes no son susceptibles de juicio¹²².

Además de esto, tiene que enfrentarse a los problemas derivados de la aplicación práctica del principio de complementariedad. Como sabemos este principio representa un compromiso fundamental en las relaciones entre los Estados y la Corte, que se manifiesta en preferencia a favor de las jurisdicciones nacionales (Condorelli, 1999:20), pudiendo la Corte en última instancia controlar si el Estado ejerce de forma eficaz a los intereses de justicia lo *jus puniendi*. De todas formas, este mecanismo podría acarrear situaciones de obstruccionismo de aquellos Estados que a través de acciones simuladas de investigación o proceso, decidan proteger o garantizar la impunidad de los sospechosos de un crimen internacional.

Como señala Sánchez Legido (2009), a la hora de evaluar la eficacia del principio en cuestión, hay que tener en cuenta la complejidad y lentitud del procedimiento instaurado para garantizar el respeto del principio de complementariedad por la Corte. De acuerdo con lo tipificado en el Estatuto de Roma, se establecen algunas cautelas para combatir los abusos de los Estados en la aplicación de este principio, así como estándares para que la Corte pueda controlar y cuestionar la decisión de rechazar o asumir el enjuiciamiento de algunos hechos delictivos.

¹²² La CPI, no ejerce su competencia a menos que el Estado de nacionalidad del acusado, o el Estado en cuyo territorio ocurrió el presunto crimen sean partes del Estatuto. Si ninguno de los Estados ha ratificado el Estatuto, la Corte no tendrá jurisdicción, excepto en dos situaciones. Primero, el Estatuto dispone que la Corte pueda ejercer su competencia si el Estado, en cuyo territorio ocurrió el crimen o el Estado de nacionalidad del acusado, aunque no sean partes, conciernen en la competencia de la Corte sobre una causa dada. En segundo lugar, el Consejo de Seguridad actuando de conformidad con el capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas puede remitir una situación que implique a un Estado que no es parte de la Corte, en cuyo caso la Corte Penal Internacional actuaría como un tribunal *ad hoc* como aquellos establecidos para la antigua Yugoslavia y Rwanda.

2.4 La Jurisdicción Universal como sistema complementario para la lucha contra la impunidad

¿En este contexto internacional de justicia tan fragmentado e imperfecto, como se inserta y qué papel tiene el principio de jurisdicción universal?

Debido a los desequilibrios y a las imperfecciones que rodean la creación y activación de los tribunales penales internacionales, mixtos y de la Corte Penal Internacional, el mecanismo de jurisdicción universal, que seguramente tiene sus fundamentos en el Derecho Internacional público¹²³, puede y tiene que ser considerado como complemento útil y eficaz en la lucha contra la impunidad.

La compétence universelle est un titre additionnel de compétence reconnu aux tribunaux pénaux d'un Etat d'engager des poursuites contre un suspect et de le punir s'il est reconnu coupable, indépendamment du lieu de la commission de l'infraction et sans égard à la nationalité de son auteur ou de la victime¹²⁴ (Momtaz, 2006 : 405).

Es un complemento en cuanto se activará, por un lado, en el caso en que haya incapacidad o falta de voluntad de la jurisdicción territorial, del Estado donde se verificaron los hechos, que por lo tanto tiene primacía a la persecución de los delitos; por el otro por la imposibilidad práctica de un tribunal internacional de hacer uso de su jurisdicción¹²⁵.

En el primer caso se habla del principio de subsidiariedad con la jurisdicción territorial de los Estados en los que se verificaron los hechos:

¹²³ Me refiero a la utilización del principio cuando se haya cometido un crimen de piratería. En el próximo capítulo en los apartados 3.3 y sucesivos enfrentaremos las bases, los requisitos y los límites de este principio partiendo de su utilización en esta tipología de crimen y veremos como la cuestión ha sido enfrentada también desde una perspectiva jurisprudencia en el caso *Lotus*.

¹²⁴ Traducción: La jurisdicción universal es un título adicional que reconoce a los tribunales penales de un Estado la competencia de procesar a un sospechoso y de castigarlo si se reconoce culpable, independientemente del lugar de comisión de la infracción y sin tener en cuenta la nacionalidad del autor o de la víctima.

¹²⁵ Si por ejemplo tomamos en consideración las barreras que encuentra la Corte Penal Internacional, podemos ver como este órgano sólo puede conocer de crímenes cometidos desde la entrada en vigor del Estatuto y su jurisdicción ha de ser aceptada por los Estados. Muy significativamente ni China, ni Israel, ni Estados Unidos, ni Rusia se han sometido a dicha jurisdicción.

De acuerdo con la posición que defiende, la jurisdicción universal será *relativamente concurrente* ya que requeriría la inexistencia de cosa juzgada y, en todo caso, la constatación de una inactividad judicial por imposibilidad legal o por falta de voluntad o capacidad para la persecución de los crímenes internacionales de primer grado por parte del Estado en el que hayan sido cometidos los hechos [...]. (Ollé Sesé, 2008: 2010)

En el segundo caso, cuando se habla de la concurrente jurisdicción de la Corte Penal Internacional¹²⁶ sobre determinados crímenes, no podemos olvidarnos que este órgano no tiene una competencia universal, por cuanto sea la jurisdicción que se demuestre más imparcial, independiente etc.

Sin embargo, su papel no es ilimitado. Todo lo contrario. La jurisdicción de la Corte está sometida a varias limitaciones de distinta naturaleza que condicionan de manera importante su ejercicio, lo que no hace sino confirmar la necesidad de reforzar la vigencia del principio de justicia universal en las legislaciones nacionales. [...]Por lo tanto, la aplaudida creación de la Corte Penal Internacional no puede cuestionar en modo alguno la vigencia del principio de justicia universal. Las importantes limitaciones a su competencia establecidas en el Estatuto de Roma son una muestra de ello. De otro modo, quedarían importantes lagunas de impunidad en materia de persecución y castigo de los crímenes más graves (Rodríguez Yagüe, 2007: 3-7).

Como explica Kai Ambos (2007: 2): «The International Criminal Court continues to be an institution in progress and cannot resolve overnight centuries long problems of impunity for serious human rights violations¹²⁷».

Por lo tanto, los obstáculos que los tribunales internacionales pueden encontrar en la lucha a la impunidad, en algunas ocasiones, pueden ser resueltos o por lo menos tratados

¹²⁶ Como sabemos la jurisdicción de la Corte no tiene primacía sobre las jurisdicciones nacionales sino respeta el principio de complementariedad; no teniendo el carácter de jurisdicción universal, resulta, al estado actual, concurrente a otras jurisdicciones territoriales que ejercen esta tipología de jurisdicción.: «la renuncia a la jurisdicción universal de la Corte ha sido, junto con el principio de complementariedad, el precio que se debió pagar para hacer posible la adopción del Estatuto (Sánchez Legido, 2004: 136).

¹²⁷ Traducción: La Corte Penal Internacional continua a ser una institución en progreso pero no puede resolver todos los problemas de impunidad derivados de las graves violaciones a los derechos humanos.

por los sistemas internos de justicia ejercitando una jurisdicción universal; es por eso que en este sistema de justicia internacional un papel muy importante lo tienen los tribunales nacionales, tanto en la determinación de las responsabilidades penales y castigo de los responsables como en el ámbito de la reparación de los daños a las víctimas. Por esa razón, el desarrollo del Derecho internacional penal ha conllevado a nivel global a la formulación del principio jurídico de justicia universal¹²⁸ para establecer los criterios y los límites para su aplicación.

Entendemos por justicia universal aquel principio de Derecho Internacional que permite a los tribunales nacionales perseguir crímenes aunque se cometan fuera de sus territorios, y también en el caso en que las víctimas como el victimario resulten ser de nacionalidad diferente respecto al Estado que procede al enjuiciamiento de los hechos; el Estado del foro.

En el debate internacional se ha enfatizado la importancia de la creación de dicha norma en cuanto resultaría útil en el momento de desarrollar mecanismos/estrategias para impedir que Estados, acogiendo a los presuntos responsables, permitan la impunidad de los hechos. Además de esto, la doctrina ha enfatizado que, hasta el momento en que se escribe, este mecanismo haya sido una fuerte herramienta de presión para que las autoridades de los países involucrados en un crimen internacional actúen a favor de la justicia y reparación para las víctimas.

Consciente de todas las diferentes posturas en tema de jurisdicción universal que serán largamente tratadas en este trabajo, en el capítulo tercero apartado 3.3 podemos ver como este principio se inserta de plano en los debates internacionales relativos a la relación que este último tiene con otros principios relacionados con la persecución de crímenes internacionales como la cláusula de *aut dedere aut judicare*. Con las palabras del juez Van

¹²⁸ Como explica Cristina Rodríguez Yagüe (2007: 1): «En su configuración originaria el principio de justicia universal se construye sobre la idea de solidaridad internacional, con el objeto de proteger los valores esenciales de la Comunidad internacional».

Den Wyngaert, en el asunto de la orden de arresto del 11 de abril del año 2000 (*República Democrática del Congo c. Bélgica*)¹²⁹:

«60. In order to assess the "permissibility" of universal jurisdiction for international crimes, it is important to distinguish between jurisdiction clauses and prosecution (*aut dedere aut judicare*) clauses in international criminal law conventions. 61. The jurisdiction clauses in these Conventions usually oblige States to provide extraterritorial jurisdiction, but do not exclude States from exercising jurisdiction under their national laws. Even where they do not provide universal jurisdiction, they do not exclude it either, nor do they require States to refrain from providing this form of jurisdiction under their domestic law. The standard formulation of this idea is that «[t]his Convention does not exclude any criminal jurisdiction exercised in accordance with national law...¹³⁰»

Evaluar el real impacto del principio en la lucha a la impunidad es una tarea difícil; seguramente también en este caso estamos frente a una jurisdicción imperfecta y que en los últimos años se está enfrentado a números problemas derivados por su aplicación práctica propios en aquellos países que por su trámite se habían hecho portavoces de la lucha a la impunidad.

Efectivamente su función, por lo menos esta era la idea que fundamentaba su creación, se basa en la superación de las barreras que de hecho dejan impunes los crímenes internacionales. Si pensamos en la impotencia o falta de voluntad de los Estados en cuyos territorios se verificaron los hechos o en los obstáculos prácticos y jurídicos que tienen los tribunales penales internacionales para activar su jurisdicción, este mecanismo permitiría a

¹²⁹ *I.C.J., Reports 2002*, Opinión disidente, párrs. 60-61

¹³⁰ Traducción: 60. Con el fin de evaluar la "permisividad" de la jurisdicción universal por crímenes internacionales, es importante distinguir entre las cláusulas de jurisdicción y el enjuiciamiento (*aut dedere aut judicare*) las cláusulas de los convenios de derecho penal internacional. 61. Las cláusulas de jurisdicción en dichos convenios generalmente obligan a los Estados a proveer la jurisdicción extraterritorial, pero no excluyen a los Estados ejercer jurisdicción con arreglo a su legislación nacional. Incluso en los casos que no prevén la jurisdicción universal, no la excluyen tampoco, ni tampoco obligan a los Estados a abstenerse de proporcionar este tipo de jurisdicción en su derecho interno. La formulación estándar de esta idea es que «[la] presente Convención no excluye ninguna jurisdicción penal ejercida de conformidad con la legislación nacional...»

las víctimas encontrar un foro donde hacer valer sus pretensiones pero sobre todo donde determinar las responsabilidades penales de los sujetos implicados.

Siempre en tema de acceso a la justicia para las víctimas de un crimen internacional, en los últimos años se ha hablado también de una jurisdicción civil universal como contraparte de la jurisdicción penal universal. Siguiendo el mismo razonamiento que ha llevado a los Estados a enjuiciar crímenes cometidos en el extranjero y a determinar las responsabilidades penales, ahora se habla de una jurisdicción civil sobre estos mismos hechos, que no tiene la función de determinar las responsabilidades penales sino de resarcir a las víctimas, que de otra forma no encontrarían un foro adecuado donde hacer valer sus pretensiones. También en este contexto estaríamos frente a una jurisdicción que se activa únicamente en base a la naturaleza del crimen.

En este difícil y al mismo tiempo fascinante mundo de instrumentos internacionales que se ponen del lado de las víctimas, se entiende que para hacer valer eficazmente las obligaciones internacionales de los Estados en términos de protección de los Derechos Humanos y de persecución y reparación en caso de una violación grave de los mismos, hay que crear los espacios adecuados para acceder a la justicia. Esto demuestra una vez más, la importancia fundamental que los jueces internos tienen y el papel importante que la jurisdicción universal ha tenido y tendrá para llenar los espacios vacíos que han permitido que exista la impunidad.

Ahora bien, para que se entienda la función de la jurisdicción universal como complemento de los otros mecanismos, podemos poner el ejemplo de los límites subjetivos que estos últimos tienen a la hora de perseguir una conducta delictiva. De hecho, sabemos que al estado actual no hay normas que afirmen la responsabilidad penal internacional también de entes como las empresas, y que por lo tanto, cuando estas últimas cometen una grave violación a los Derechos Humanos, no pueden ser llevadas delante de un tribunal

internacional con el fin de evaluar su participación en el delito y, si así fuera el caso, determinar su responsabilidad penal.

Esto es un importante vacío existente en un mundo donde las empresas parecen moverse en la total libertad sin preocuparse de las consecuencias de sus acciones. Para superar este obstáculo, algunos Estados, entre ellos los Estados Unidos, han puesto en marcha instrumentos, por lo menos civiles, para resarcir a las víctimas internacionales, cuando no hayan recibido justicia en el lugar donde el delito haya sido cometido y no exista otro instrumento internacional activable.

Quien escribe tiene el convencimiento que debido a la gravedad de los hechos cometidos por dichos entes, una simple responsabilidad civil no resulta ser totalmente satisfactoria en términos de justicia, pero al mismo tiempo es consciente de que el desarrollo del Derecho internacional penal no ha llegado hasta la demostración de una responsabilidad penal internacional de dichos entes, y por lo tanto, el ejercicio de esta tipología de jurisdicción puede permitir por lo menos el respeto de una de las obligaciones de los Estados: dar acceso a la justicia a las víctimas y resarcir los daños.

En los últimos veinte años, en Estados Unidos una particular tipología de jurisdicción civil sobre ilícitos especiales, regulada por ley la llamada *Alien Tort Claims Act*, ha sido utilizada para determinar las responsabilidades civiles de las empresas en caso de ilícitos internacionales basados en la ley de las naciones. Debido a su importancia en materia de reparación o compensación de las víctimas, hemos decidido dejar un espacio bastante importante en este capítulo para fortalecer la idea de que para combatir la impunidad es necesario un sistema internacional que trabaje desde diferentes áreas, una de ellas puede ser la civil, para construir mecanismos nuevos y crear soluciones en los vacíos dejados por la jurisdicción territorial y por los tribunales internacionales.

2.5 La jurisdicción sobre ilícitos civiles especiales: su contribución en la protección de los Derechos Humanos y reparación para las víctimas

El papel de las empresas, como actores internacionales que contribuyen o se involucran en la comisión de un crimen internacional ha interesado e interesa a los mecanismos de justicia penal internacional antes mencionados. «It is not difficult to see why international criminal law is an appealing tool for addressing negative aspects of the relationship between business and human rights/humanitarian law, especially in conflict situations¹³¹» (Kyriakakis, 2012: 982).

El papel de las empresas en la comisión de un crimen internacional y la determinación de las relativas responsabilidades penales ha sido objeto de atentas discusiones por parte del profesor John Ruggie, Representante Especial de las Naciones Unidas (ONU), Secretario general sobre la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas comerciales (SRSG); en particular los debates se han centrado en tratar el Derecho Internacional como uno de los medios clave para hacer frente a las peores violaciones contra los derechos humanos.

Sin embargo, la idea de crear una norma para las empresas, diferente a la de los individuos involucrados en la comisión de un crimen internacional, no es reciente; de hecho, en un principio también el tribunal penal militar de Nuremberg se cuestionaba la posibilidad de que los actores empresariales pudieran ser considerados como responsables de un crimen internacional. Podemos decir que cuando fueron creados los tribunales internacionales primordiales, era opinión ampliamente aceptada el considerar las acciones por parte del sector privado y empresarial como acciones que pudieran ser investigadas y castigadas si fuera el caso. Aunque esta era la intención inicial, podemos ver que nunca se reflejó en las acusaciones formales emitidas por los tribunales internacionales como el

¹³¹ Traducción: No es difícil ver por qué el derecho penal internacional es una herramienta atractiva para hacer frente a los aspectos negativos de la relación entre las empresas y los derechos humanos/derecho humanitario, especialmente en situaciones de conflicto.

tribunal para la ex Yugoslavia, Rwanda o la Corte Penal Internacional.

Debido a esta brecha en el sistema internacional, que de hecho no permite al estado actual el llevar una empresa frente un tribunal internacional para establecer su responsabilidad y sucesivamente reparar a las víctimas, resultan interesantes algunas prácticas estatales recientes, como la estadounidense relacionada con la reparación de los daños derivados de la comisión de un crimen internacional.

La doctrina del *foro necessitatis* avanzada por algunos Estados podría insertarse en este contexto. Frente la imposibilidad de encontrar un foro para la reparación y compensación de los daños hechos por empresas, y frente a la ola de impunidad en que estas última parece moverse, Estados como Canadá, Holanda y Suiza están promoviendo la utilización de una doctrina para que, como mecanismo residual, dé la posibilidad a las víctimas de acceder a la justicia delante sus tribunales.

The forum of necessity doctrine allows a court to hear a claim, even when the standard tests for jurisdiction are not fully satisfied, if there is no other forum where the plaintiff could reasonably seek relief. It is thus the mirror image of *forum non conveniens*, which allows defendants to establish that a court should not hear a claim, despite the tests for jurisdiction being met, based on a range of discretionary factors. While the doctrines operate on similar principles, *forum non conveniens* gives defendants an extra chance to kill a case, whereas *forum of necessity* gives plaintiffs an extra chance to save it¹³² (Goldhaber, 2013: 137).

Actualmente, existe una tipología de jurisdicción civil que tiene una peculiaridad, el carácter especial de los ilícitos, que encuentran sus disciplinas directamente en el Derecho Internacional; efectivamente, en los últimos años el debate internacional se ha centrado

¹³² Traducción: la doctrina del foro necessitatis permite que un tribunal pueda conocer cualquier reclamación, aun cuando las pruebas estándar para la jurisdicción no están plenamente satisfechas, si no hay otro foro en el que el demandante podría razonablemente buscar alivio. Por tanto, es la imagen especular de *forum non conveniens*, que permite a los acusados establecer que un tribunal no debería escuchar un reclamo, a pesar de las pruebas de competencia se hayan cumplido en base a una serie de factores discrecionales. Mientras las doctrinas operan en principios similares, *forum non conveniens* da a los acusados la oportunidad de terminar con el caso, mientras que el foro de la necesidad da demandantes la oportunidad de salvarlo.

sobre el papel del *Alien Tort Claims Act* como medio de reparación de violaciones graves a los Derechos Humanos. Este mecanismo ha sido utilizado como una de las alternativas posibles, a modo de respuesta útil para la represión, prevención y reparación de crímenes internacionales. En otras palabras, a través de esta Acta se ha dado la posibilidad otorgar una respuesta reparadora a las víctimas que han sufrido uno de estos crímenes, en un Estado que no está ligado de forma directa al delito mismo, o que no tiene ningún interés específico en la represión y reparación del delito, sino que responde a un interés de la Comunidad Internacional en su conjunto: la protección de los Derechos Humanos.

De aquí surge la idea de que también en el ámbito civil se podría en el futuro hablar de una jurisdicción universal¹³³, como contraparte de la jurisdicción penal universal, basada únicamente en la naturaleza del crimen cometido. El fundamento de esta tipología de jurisdicción se encerraría en el hecho de que cuando se trata de crímenes tan graves que ofenden el concepto mismo de Humanidad y que se quedarían en el olvido por parte del Estado en que se verificaron dichos actos, resulta necesario poner en marcha instrumentos útiles para la indemnización de los daños sufridos por las víctimas, aunque estemos en una situación en que se procede incluso por crímenes cometidos en el extranjero contra extranjeros.

Desde ahora resulta importante decir que el ejercicio del principio de jurisdicción universal en materia civil se encuentra aún en formación en el ámbito internacional y que su futuro es incierto, esto por las dificultades que se encuentran para llevarlo a cabo. No existen normas de derecho internacional que obliguen a los Estados a ejercitar esta tipología de jurisdicción en los casos de violaciones de las normas sobre los Derechos Humanos. Como explica Pigrau Solé (2012: 215): «el derecho internacional no prevé expresamente ninguna forma de jurisdicción civil universal, ni para autorizarla ni para

¹³³ Al respecto, véase los estudios llevados a cabo por Donovan, Donald Francis y Roberts Anthea (2006).

prohibirla». De hecho, si tomamos en consideración el artículo 14 de la Convención sobre la prohibición de actos de Tortura de las Naciones Unidas, este último prevé una adecuada compensación para los sujetos que han sufrido estos actos, sin embargo no hace referencia al hecho de que esta compensación pueda hacerse valer a través suya.

El ejemplo más significativo, prácticamente el único de una jurisdicción sobre ilícitos especiales - *torts*- está representado por la legislación de los Estados Unidos de América. La legislación estadounidense ha jugado un papel muy destacado; aunque también ha sido objeto de críticas, tanto internas como externas, las cuales han llevado a una interpretación de dicha legislación de forma variable y, en los últimos tiempos, cada vez más restrictiva¹³⁴.

Como sostiene Mauricio Iván Del Toro Huerta:

La experiencia estadounidense es ilustrativa respecto del papel de los tribunales nacionales frente a la protección de los Derechos Humanos y sobre la falta de mecanismos efectivos de reparación de las violaciones graves a tales derechos, aspectos fundamentales en la construcción de una comunidad nacional e internacional más humana y más justa (Del Toro Huerta, 2007: 3).

Pasando al análisis de la ley estadounidense sobre la indemnización civil por daños extra contractuales a extranjeros, denominada *Alien Tort Claims Act*, de 1789, podemos ver cómo dicha ley otorga competencia a los tribunales federales de distrito para conocer casos en que un extranjero reclame las violaciones al derecho internacional o a los tratados internacionales en que los Estados Unidos de América sea parte. Un sector de la doctrina internacional habla en este contexto de una jurisdicción «casi» universal (Pigrau Solé, 2012: 215), esto en cuanto se admiten las demandas por parte de extranjeros y se requieren ciertos vínculos para su activación.

Antes de adentrarnos en el análisis de esta norma hay una consideración importante

¹³⁴ Sobre este aspecto podemos mencionar las recientes decisiones del Tribunal Supremo de Estados Unidos en los casos *Kiobel vs Royal Dutch Petroleum Co* del 17 de abril de 2013 y *Daimler Chrysler AG v. Bauman* del 14 de enero de 2014. Ambas decisiones serán objeto de análisis a lo largo de este capítulo.

que hacer: en el marco del tema de la protección de los Derechos Humanos la jurisdicción territorial tendrá una importancia peculiar, siempre y cuando se demuestre que sea realmente efectiva y eficaz. En este sentido podemos decir que la creación de una la jurisdicción universal debe ser considerada como un mecanismo de carácter excepcional y que por lo tanto, a nivel nacional como internacional debe ser regulado y ejercido con claridad con el fin de proteger los valores fundamentales de la Comunidad Internacional previniendo las violaciones a sus valores e intereses compartidos.

Debido a la amplitud del tema, en los próximos párrafos se presenta un mero acercamiento al tema de la experiencia estadounidense relacionada con la jurisdicción sobre ilícitos civiles especiales, ofreciendo una panorámica de las características y límites de esta tipología de jurisdicción destacando algunos de los aspectos más actuales y críticos que rodean esta temática

2.5.1 La experiencia estadounidenses: el *Alien Tort Claims Act*

Como se ha dicho, el único ejemplo de jurisdicción sobre ilícitos civiles especiales a través de una ley, está representado por la legislación estadounidense sobre la indemnización civil por daños extra contractuales a extranjeros, denominada *Alien Tort Statute or Alien Tort Claims Act* de 1789; de hecho, como explica Liesbeth Enneking (2012: 397):

This tendency is not confined to the US; similar claims have been brought before courts in other Western societies such as the UK, Australia, Canada and the Netherlands. In the absence of an ATS equivalent anywhere outside the US, these claims have typically been based on general principles of tort law and the tort of negligence in particular¹³⁵.

¹³⁵ Traducción: Esta tendencia no se limita a los EE.UU.; demandas similares han sido llevadas ante los tribunales en otras sociedades occidentales como el Reino Unido, Australia, Canadá y los Países Bajos. En ausencia de un equivalente ATS en cualquier lugar fuera de los EE.UU., estas demandas se han basado en los principios generales del Derecho penal y en el delito por negligencia, en particular.

Este Acta, que «ostenta un relieve especial en cuanto trae origen del periodo fundacional de la República» (Zamora Cabot, 2005a: 1383), otorga competencia a los tribunales federales de distrito para conocer casos en que un extranjero reclame violaciones del Derecho de Gentes y de los tratados internacionales en los que los Estados Unidos de América sea parte, permitiendo la institución de procesos civiles por los daños sufridos por las víctimas y por la compensación a los Estados Unidos por los gastos económicos soportados.

El ATCA fue codificado en el *United States Code* en su volumen 28 sección 1350 que prevé: «The district courts shall have jurisdiction of any civil action by an alien for a tort only, committed in violation of the law of nations or a treaty of the United States¹³⁶». Como explica el profesor Beigbeder (2005:57), esta ley otorga una competencia a los tribunales federales limitadas a conocer la sola responsabilidad civil para la violación de los Derechos Humanos y a la indemnización de las víctimas:

The US Courts' jurisdiction under this Act is limited to adjudicating civil liability for human rights violations (especially torture). The Courts have civil, not criminal, competence: they do not sanction the perpetrators except by deciding on restoration to the victims, limited to financial compensation¹³⁷.

Como quedó establecido por el Tribunal Supremo de Estados Unidos en el caso *Sosa v. Alvarez-Machain*¹³⁸, el ATCA: es un «*jurisdictional*» statute. Como explican Peter Henner (2009) y Zamora Cabot (2013), esta ACTA no crea ningún derecho sustantivo siendo puramente jurisdiccional autorizando demandas sobre ciertos ilícitos especiales ante los tribunales estadounidenses.

¹³⁶ Traducción: Los tribunales de distrito tendrán jurisdicción sobre cualquier acción civil activada por un extranjero solamente por un acto ilícito cometido en violación de la ley de las naciones o un tratado de los Estados Unidos.

¹³⁷ Traducción: Competencia de los tribunales de EE.UU. En virtud de esta Ley se limita a determinar la responsabilidad civil por violaciones de derechos humanos (especialmente por tortura). Los tribunales tienen una competencia civil, no penal: no establecen ninguna sanción a los responsables, excepto por la determinación de la restauración de las víctimas, limitada a la compensación financiera.

¹³⁸ 542 U.S. 692 (2004)

De hecho:

All that, without ignoring that, in the case of ATCA, it is a question of special torts, to the extent, for example, to which the norm reserving federal courts' jurisdiction to adjudicate is supported by the Law of Nations and a reduced set of conducts contrary to *Jus Cogens*, just as the *Sosa* precedent established. Or that when it is time to determine the choice of law, these same courts, following the cited precedent, can always choose federal common law, which has been integrating the mandates of public international law. I say "choose," because they are allowed to apply, according to the conflict of laws or the choice of law to which they should be subject, a foreign law, e.g., the law where the action took place. Being a special tort does not, in the end, mean exclusion, but the opportunity to make public and private international law work together. Which always ennobles both of them¹³⁹. (Zamora Cabot, 2013:11)

Para su activación resultan necesarios tres elementos establecidos por el Juzgado del décimo primer circuito en la sentencia del 2009 sobre el caso relativo a *Sinaltrainal v. Coca-Cola Co*¹⁴⁰: «Federal subject matter jurisdiction exists for an ATS claim when the following three elements are satisfied: (1) an alien (2) sues for a tort (3) committed in violation of the law of nations¹⁴¹». Más adelante veremos en qué consisten los torts cometidos en violación de la law of nations, y la evolución jurisprudencial sobre estos aspectos.

Como confirmación a la importancia de una legislación que pudiese indemnizar a las víctimas de crímenes internacionales, el Congreso codificó otro importante acto en

¹³⁹ Traducción: Todo eso, sin olvidar que, en el caso de ATCA, es una cuestión de ilícitos especiales, en la medida, por ejemplo, a los que la norma reservando jurisdicción a los tribunales federales para juzgar es apoyada por el derecho de gentes y un conjunto reducido de conductas contrarias al *jus cogens*, justo como el precedente *Sosa* estableció. O que cuando llega el momento de determinar la elección de la ley, estos mismos tribunales, siguiendo el precedente citado, siempre pueden elegir la ley federal común, que ha sido formada por la integración de los mandatos del derecho internacional público. Digo "elegir", ya que pueden aplicar, de acuerdo con el conflicto de leyes o la elección de la ley a la que deben someterse, una ley extranjera, por ejemplo, la ley en que la acción se llevó a cabo. Al ser un agravio especial no significa al final, la exclusión, pero la oportunidad de hacer de que derecho internacional público y privado trabajen juntos. Lo que siempre ennoblece a ambos.

¹⁴⁰ 578 F.3d 1252 (11th Cir. 2009)

¹⁴¹ Traducción: La jurisdicción federal existe bajo el ATS cuando una demanda satisfaga los tres siguientes elementos: (1) un extranjero (2) demanda por responsabilidad extracontractual (3) cometido en violación del derecho de gentes.

1992: *The Torture Victim Protection Act*. Esta Acta autoriza a cualquier individuo, nacional o extranjero, a reclamar civilmente por la comisión de actos de tortura o ejecuciones extrajudiciales, siempre y cuando no hayan tenido un acuerdo de solución en el lugar de comisión de tales acciones. Este documento ha sido codificado en el volumen 28 sección 1350 del *United States Code*. La idea de fondo que sustenta esta norma es clara, con su creación: «It highlights the role of U.S. Courts in providing a legal forum for outrageous violations of human rights regardless of where they are committed¹⁴²» (Koebele, 2009 : 5).

Pasando al análisis de los acontecimientos que llevaron a la creación de esta ley, podemos ver como a finales de 1700, después de algunos ilícitos sufridos por diplomáticos extranjeros en el territorio estadounidense, el Congreso decidió adoptar una ley que establecía una jurisdicción en materia civil que podría ser actuada frente a los tribunales federales estadounidenses respecto de las violaciones de la law of nations o de los treaty of the United States.

La ley llamada *Alien Tort Claims Act*, sobre los daños extra-contractuales causados a extranjeros, fue promulgada en 1789, pero durante casi dos siglos no fue empleada de forma significativa y no existieron sentencias relevantes por parte de los tribunales estadounidenses. Antes de 1980, solo un número menor de casos merecieron la aplicación de esta ley. La situación cambió con el caso *Filartiga vs Peña-Irala*¹⁴³ (1980), en el que un ciudadano paraguayo demandó a un antiguo alto oficial de policía de la dictadura militar de Strossner en el Paraguay por actos de tortura cometidos en dicho Estado, actos que llevaron a la muerte del hijo menor de edad del demandante. En este caso, el Tribunal de Apelación del Segundo Circuito, al efecto de establecer la competencia del tribunal en base al derecho internacional general, equiparó en sus efectos el crimen de piratería con el de tortura al señalar que:

¹⁴² Traducción: Esto destaca el papel de los tribunales de los EE. UU. En ofrecer un foro legal para violaciones escandalosas de los derechos humanos, independientemente del lugar en que se cometieron.

¹⁴³ 630 F.2d 876 (2d Cir. 1980).

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 mankind¹⁴⁴.

En consecuencia, y considerando la opinión favorable de la Administración del entonces Presidente Carter, dicho tribunal se consideró competente y estimó que «deliberate torture perpetrated under color of official authority violates universally accepted norms of the international law of human rights¹⁴⁵». Como explica Steinhardt (1999:30):

The Filártiga decision grounded the constitutionality of the Alien Tort Claims Act on these principles, asserting that "the constitutional basis for the Alien Tort Statute is the law of nations, which has always been part of the federal common law¹⁴⁶".

Esta sentencia representa un punto muy importante en la historia del ATCA pero sobre todo un momento crucial para la protección de los Derechos Humanos.

In terms of the international protection of human rights, this decision must count as one of the most significant judicial judgements ever rendered, placing the ATS at the center of human rights adjudication. This focus necessarily raised questions about the scope and limits of claims under this statute¹⁴⁷ (Caron y Buxbaum, 2010: 2).

Desde este caso, se han presentado numerosas demandas por actos cometidos fuera del territorio Estadounidense, en perjuicio de extranjeros, inaugurándose una nueva era

¹⁴⁴ Traducción: Entre los derechos universalmente proclamados por todas las naciones, como hemos señalado, existe el derecho a ser libre de tortura física. De hecho, para efectos de la responsabilidad civil, el torturador, es ahora un pirata y comerciante de esclavos, *hostis humani generis*, un enemigo de la humanidad en su conjunto.

¹⁴⁵ Traducción: Tortura deliberada perpetrada bajo la apariencia de autoridad oficial viola normas universalmente aceptadas del derecho internacional de los derechos humanos.

¹⁴⁶ Traducción: La decisión Filártiga fundamenta la constitucionalidad del *Alien Tort Claims* en estos principios, afirmando que "la base constitucional para el Estatuto Alien Tort es el derecho de gentes, que siempre ha sido parte de la ley federal común.

¹⁴⁷ Traducción: En cuanto a la protección internacional de los derechos humanos, esta decisión debe contar como una de las sentencias judiciales más importantes jamás emitidas, colocando el ATS en el centro de la adjudicación de derechos humanos. Este enfoque necesariamente plantea preguntas sobre el alcance y los límites de las reclamaciones en virtud de esta norma.

jurisprudencial de dicha Acta. Después de este caso, la historia de la aplicación de esta norma ha conocido demandas por diferentes violaciones de normas internacionales que se concretizan en diversos crímenes internacionales, entre ellos podemos mencionar: tortura, genocidio, violencia sexual, crímenes de guerra, esclavitud y trabajos forzosos, *apartheid*, ejecuciones extrajudiciales, tratos inhumanos y degradantes, daños graves al ambiente y desapariciones forzadas.

A nivel histórico podemos identificar cuatro diferentes periodos en la Historia del ATCA: el primero es el periodo pre-*Filartiga*, es decir el periodo que va de 1789 al 1980, donde la ley no ha sido utilizada sino en casos marginales; el segundo periodo parte del caso *Filartiga* y llega hasta el 2004 con el Caso *Sosa*, cuando se abre una nueva etapa y el ATCA empieza a ser utilizado en casos de crímenes de tortura, de Genocidio o en contra de la Humanidad. Una tercera fase posterior al caso *Sosa*, en la cual el Tribunal Supremo confirma la importancia del ATCA y abre el debate relativo a los criterios de aplicabilidad de dicha norma, es la referente a la responsabilidad de las empresas en la comisión de crímenes internacionales y sobre la compatibilidad de la norma que prevé la indemnización para los daños extra contractuales y las normas que otorgan inmunidad a los Estados extranjeros respecto de la jurisdicción civil y penal. Finalmente una cuarta fase, todavía no concluida, caracterizada por dos sentencias del Tribunal Supremo relativas a los asuntos *Kiobel* y *Daimler*, en las que se aprecia una postura restrictiva del Alto Tribunal relativa a la posibilidad de aplicar este ATCA a conductas que se desarrollan en el extranjero.

A lo largo de estas fases, los criterios, las características y los efectos de esta tipología de jurisdicción han sido diferentes y han llevado a numerosas sentencias contrastantes. Los casos *Filartiga* y *Sosa* por diferentes causas, representan momentos de cambio significativos y determinan las líneas jurisprudenciales seguidas por los tribunales federales en un determinado momento. El caso *Filartiga* pone en evidencia lo arduo de

adaptar una norma creada en 1789, por problemas y amenazas a la seguridad internacional y a la paz, muy diferentes de las que en 1980 los tribunales tenían que sancionar. El tribunal tenía el difícil papel de determinar si los actos de torturas estaban o no cubiertos por el dictado del ATCA original. Como hemos mencionado antes, el Congreso decidió otorgar competencia universal solamente en casos en los que se había cometido una violación de la ley de las naciones. La expresión ley de las naciones, como bien explica el Profesor Tanzi (2013: 114), es propia del derecho internacional consuetudinario y por lo tanto el juez en este caso pudo declarar su competencia a conocer la causa solo determinando la naturaleza consuetudinaria de la norma internacional que prohíbe los actos de tortura.

Tenendo conto che l'espressione the law of nations, il c.d. diritto delle genti, corrisponde al diritto internazionale consuetudinario e poiché gli attori avevano basato l'azione in giudizio sulla consuetudine, per determinare la propria giurisdizione il giudice americano ha dovuto accertare la natura consuetudinaria del divieto della tortura¹⁴⁸.

La decisión del Tribunal Supremo en el caso *Sosa* ciertamente representa un punto de ruptura con el pasado y con la líneas seguidas por los tribunales en el caso *Filartiga* y un punto de partida para entender la actual utilización del ATCA. De hecho ese Tribunal, de forma contraria a la jurisprudencia precedente, estableció que el ATCA no establece un derecho o causa de acción propiamente dicha, sino que reconoce la jurisdicción de los tribunales federales sobre un cierto número limitado de violaciones del derecho internacional. Podemos ver que en este caso, contrariamente a la sentencia *Filártiga*, se optó por un criterio restringido en el determinar cuáles pueden ser las violaciones del Derecho Internacional accionables con el ATCA, es decir: las violaciones que teniendo un

¹⁴⁸ Traducción: Teniendo en cuenta que la expresión *the law of nations*, el llamado derecho de gente, corresponde al derecho internacional consuetudinario y debido a que los actores habían fundamentado la acción en juicio sobre la costumbre, para determinar su propia jurisdicción el juez ha tenido que poner en relieve la naturaleza consuetudinaria de la prohibición de la tortura.

elevado grado de especificidad, universalidad y obligatoriedad podrían ser incluidas en el listado de violaciones recogidas en dicha norma, siguiendo las interpretaciones hechas originalmente por el Congreso en el momento de su creación. Este cambio ha sido posible en cuanto la interpretación del ATCA está en las manos de los tribunales federales que determinan, a través de sus sentencias, también los criterios aplicables para establecer, por ejemplo, qué violaciones entran o no entran en el dictado normativo.

En general, la sentencia en el caso *Sosa* representó un parteaguas en la dinámica que hasta el momento había tenido la aplicación del ATCA. En un intento por equilibrar los diferentes intereses en juego, en su fallo salomónico, el tribunal, por un lado, reconoció que en principio la ley no establece propiamente un título para accionar sino sólo una competencia jurisdiccional, y reconoció también la posibilidad de que un número muy limitado de violaciones al derecho internacional puedan ser alegadas en el marco del ATCA (Del Toro Huerta, 2007).

La repercusión de esta sentencia ha tenido un alcance elevado y ha enriquecido los debates y las críticas sobre un sistema de jurisdicción civil que tuvo, tiene y tendrá numerosos defectos debido a causas estructurales y ligadas a la creación de una norma que durante siglos no fue modificada y adaptada a las nuevas exigencias y a las nuevas violaciones del derecho internacional a nivel legislativo, sino más bien dejada a la exclusiva competencia jurisprudencial. De hecho, en los últimos años, los tribunales federales han tenido que enfrentarse a numerosas cuestiones relativas a la naturaleza de dicha ley y a su compatibilidad con otras normas internas e internacionales que otorgan inmunidades, amnistías e indultos y a muchas otras cuestiones ligadas al ámbito de aplicabilidad de esta jurisdicción. El primer reto, como hemos visto en el caso *Sosa*, que los tribunales federales han tenido que superar ha sido el relativo a los estándares o parámetros a la hora de determinar cuáles son los crímenes que pueden ser perseguidos en

base a este Acta.

Partiendo de este último tema, tanto en la jurisprudencia, como en la doctrina, podemos ver cómo han existido diferentes teorías¹⁴⁹. Desde 1980 han sido utilizados cinco estándares para determinar qué crímenes pueden ser perseguidos a través del ATCA:

1. *Customary International Law-Standard*. En base a este criterio el ATCA puede ser activado en el caso de que un extranjero alegue haber sufrido un daño, siempre que este último se concrete en una violación del derecho internacional o de los tratados en que los Estados Unidos son parte. Bajo este parámetro, cada violación del derecho internacional consuetudinario podría ser considerada suficiente para activar la tutela prevista por el ATCA.

2. El criterio del *Universal and Obligatory Standard*. Este criterio, mayormente utilizado por los tribunales, reduce el ámbito de aplicación de la norma a las serias y graves violaciones de derecho internacional. Debemos reconocer que este criterio tiene la ventaja de adaptarse a la evolución del derecho internacional en cuanto permite que las nuevas violaciones, consideradas serias y graves del derecho internacional, que crean obligaciones universales para los Estados, entren en consideración de forma automática como violaciones perseguibles a través de la jurisdicción civil.

3. El criterio del *Jus Cogens Standard*. Este criterio permite, con algunas excepciones, incluir en el listado de los crímenes que puedan ser juzgados con el ATCA solo las normas que a nivel internacional llegan a ser normas de *Jus Cogens*, es decir, la parte del derecho internacional inderogable o modificable, de carácter superior. Obviamente, restringiendo demasiado el ámbito de aplicación del ATCA, no puede en principio ser considerado un criterio adecuado, teniendo en cuenta la lentitud con la que una norma de derecho internacional llega a ser considerada como norma de *Jus Cogens*. Esto no permitiría

¹⁴⁹ Siendo esto un tema que aborda aspectos muy técnicos, me limitaré a citar los estándares utilizados sin adentrarme en estudios que necesitarían un tratamiento minucioso por parte de una doctrina especializada.

adaptarse con las graves y diferentes amenazas a la paz y la seguridad hoy en día existentes. Un ejemplo de lo anterior es el caso *Sosa*¹⁵⁰:

understood that the district courts would recognize private causes of action for certain torts in violation of the law of nations, [...] courts should require any claim based on the present-day law of nations to rest on a norm of international character accepted by the civilized world and defined with a specificity comparable to the features of the 18th-century paradigms we have recognized¹⁵¹.

En este caso, el Tribunal Supremo ha limitado el alcance de ATCA, en particular en el momento de determinar el título de acción que, como hemos mencionado con anterioridad, no es abierto sino que queda restringido a un número reducido de violaciones que, como la piratería o las violaciones en contra de los embajadores, han logrado tener un estatus de protección muy elevado, de *Jus Cogens*.

4. Teoría aún más restrictiva es aquella propuesta por el Profesor Modeste Sweeney el cual afirmó que el ATCA debería activarse solo en caso de violaciones de la ley de las naciones entendida como los mismos parámetros utilizados cuando fue creada la ley. Siguiendo esta teoría, los tribunales federales podrían dirimir un juicio civil por los crímenes que en el momento de la creación del ATCA se configuraban como violaciones de un tratado o de la ley de las naciones o el derecho internacional conocido en el momento de la redacción del ATCA.

5. Un último criterio es: *The International Law Standard*, que contrariamente a los dos anteriores, ampliaría demasiado el ámbito de aplicación de la norma sobre la jurisdicción civil. De hecho prevé que el ATCA se podría aplicar en todos los casos de violaciones de derechos individuales, reconocidos por el Derecho Internacional como tales a nivel

¹⁵⁰ 542 U.S. 692 (2004) (No. 03-339) Id. At 725, 731-32

¹⁵¹ Traducción: Entendido que los tribunales de distrito reconocerían causas de acción privadas para ciertos actos ilícitos, en violación de la ley de las naciones, [...] los tribunales deberían aceptar cualquier demanda privada basada en la ley actual de las naciones que sea una norma de carácter internacional aceptada por el mundo civilizado y definida con una especificidad comparable a las características de los paradigmas reconocidos en el siglo XVIII.

nacional por los Estados.

A pesar de las críticas que han rodeado este Acta desde su creación y de las diferentes interpretaciones de los criterios para su aplicabilidad, la historia del ATCA ha pasado por diferentes momentos, algunos favorables, como el criterio seguido en *Filártiga*, otros más restrictivos, como el sostenido en *Tel-Oren vs Libyan Arab Republic*¹⁵² donde se negó admitir la demanda presentada en contra de la Organización para la Liberación de Palestina por sobrevivientes y representantes de las víctimas de un ataque armado en contra de un autobús civil en Israel en 1978.

2.5.1.1 Aplicabilidad del ATCA a los crímenes internacionales

Pasando al análisis sobre la aplicabilidad del ATCA me limitaré a mencionar algunos casos sin adentrarme en un análisis minuciosos de los mismos, con el solo fin de dar una visión en conjunto del trabajo llevado a cabo por los tribunales federales estadounidenses.

En relación a los crímenes, *tort committed in violation of the law of nations*, los tribunales federales han determinado la base jurídica sobre la activación del Acta en los diferentes supuestos. Partiendo del crimen de Genocidio en el caso *Kadic vs Karadzic*¹⁵³ de 1996, el Tribunal federal de New York ha reconocido que: «The aftermath of the atrocities committed during the Second World War, the condemnation of genocide as contrary to international law quickly achieved broad acceptance by the community of the nations¹⁵⁴» y por lo tanto ha admitido que el crimen de genocidio es un delito sujeto a juicio bajo el ATCA, siempre que sea un delito cometido de forma sistemática y que haya afectado a un

¹⁵² 517 F.Supp. 542 (D.D.C.1981).

¹⁵³ 70 F.3d 232, 251 (2d Cir. 1995).

¹⁵⁴ Traducción: Las consecuencias de las atrocidades cometidas durante la Segunda Guerra Mundial, la condena del genocidio como contraria al derecho internacional alcanzó rápidamente una amplia aceptación por la comunidad de las naciones.

gran número de víctimas.

De hecho, debido a las características y a los requisitos pedidos a nivel internacional al delinear los actos que constituyen dicho crimen, para que se pueda determinar la responsabilidad civil es necesario que los tribunales determinen en qué casos quien actúa ha tenido la intención, dolo intencional, de destruir en todo o en parte el grupo protegido y en diferentes casos los tribunales tuvieron que desestimar causas al no encontrar que se hubiera producido un genocidio.

By definition, an allegation of genocide is a very strong and serious accusation. Several courts have declined to exercise subject matter jurisdiction over allegations of genocide that fail to allege a necessary element of the claim. For example, allegations of harm caused by defoliants manufactured by U.S. corporations and used in Vietnam did not state claim for genocide, because the defoliants were not used with the intention of destroying a population¹⁵⁵.(Henner, 2009:136-137).

Pasando a los crímenes en contra de la humanidad, en la misma sentencia de *Kadic vs Karadzic*, el tribunal se ha expresado sobre estos delitos determinando que así como en el caso del genocidio, estos crímenes forman parte de derecho penal internacional formalmente reconocidos por parte de los tribunales penales internacionales de la ex-Yugoslavia, de Rwanda y por la Corte Penal Internacional y por lo tanto están incluidos entre las violaciones previstas por el ATCA. Estos crímenes han sido objeto de muchos juicios delante de los tribunales federales estadounidenses, entre otros se pueden mencionar los casos *John Doe vs Unocal*¹⁵⁶ y *Tel- Oren vs Libyan Arab Republic*¹⁵⁷, este último basado sobre el delito de *Apartheid*, un delito incluido en el listado de los crímenes en

¹⁵⁵ Traducción: Por definición, una acusación de genocidio es muy fuerte y seria. Varios tribunales han negado ejercer su jurisdicción sobre la materia por acusaciones de genocidio que no pueden alegar un elemento necesario de la reclamación. Por ejemplo, las denuncias de daños causados por defoliantes fabricados por las empresas estadounidenses y usados en Vietnam no integraron el delito de genocidio, porque los defoliantes no se utilizaron con la intención de destruir a una población.

¹⁵⁶ 395 F.3d 932 (9th Cir. 2002).

¹⁵⁷ 726 F.2d 774 (1984).

contra de la humanidad.

Así como por el crimen de genocidio, el tribunal ha establecido que para la activación de esta norma en los casos de crimen en contra de la humanidad, estos delitos deben ser cometidos a gran escala, siguiendo un plan dirigido al asesinato o exterminio en contra de una población o un grupo de personas. En el listado de los actos que constituyen el crimen antes mencionado entrar entre otros: los homicidios, el exterminio, esclavitud, la deportación forzada de la población, tortura, encarcelamientos o privación de la libertad en violación de las normas de Derecho internacional, violación sexual u otras prácticas tendentes a someter a la población civil. Dicho esto, para que se pueda determinar la responsabilidad civil por uno de estos actos, el demandante deberá probar: además de que se haya producido uno de estos actos, que sea parte del ataque sistemático en contra de la población civil y la existencia de un nexo entre el acto y el ataque.

En lo relativo a los crímenes de guerra, hay una diferencia fundamental con los primeros casos analizados al inicio de este párrafo. La peculiaridad respecto a los otros delitos radica en el hecho de que estos últimos necesitan un elemento para que se puedan configurar, es decir, un conflicto armado o una guerra. Además se necesita una violación del derecho internacional humanitario, la ley de guerra, que establece las conductas prohibidas durante un conflicto interno o internacional, lo que se identifica través del llamado *jus in bello*.

En el caso *Kadic vs Karadzic*¹⁵⁸, pasando al análisis de los crímenes que se identifican como de guerra, el tribunal federal ha declarado que: «atrocities of the types alleged here have long been recognized in international law as violations of the law of war¹⁵⁹». Por lo tanto, una vez establecido el hecho de que las convenciones de Ginebra habían sido reconocidas y ratificadas por 180 Estados, entre ellos Estados Unidos, el

¹⁵⁸ 74 F.3rd 377 (2nd Cir. 1996).

¹⁵⁹ Traducción: Las tipologías de atrocidades alegadas han sido reconocidas en el derecho internacional como violaciones de la ley de la guerra.

Tribunal, en consecuencia afirmó que los crímenes cometidos en violación de dichas normas pueden ser juzgados bajo el ATCA.

El crimen de tortura ha sido objeto de numerosos juicios por parte de los tribunales federales partiendo del caso *Filartiga*, donde se determinó que un acto de tortura cometido por parte de un agente de un Estado en el momento de llevar a cabo una detención, viola las normas establecidas por el derecho internacional de los Derechos Humanos y por lo tanto causa una violación de la Ley de las Naciones y activa la tutela prevista del ATCA. Después del caso *Filartiga*, la protección contra los actos de tortura fue reforzada, por parte del Congreso a través de la creación de una norma llamada *Torture Victim Protection Act* de 1991 que confirma la aplicabilidad del ATCA en los casos de tortura.

Este Acta ha clarificado no solamente los elementos constitutivos del crimen de tortura, con algunas diferencias respecto a las convenciones internacionales que prohíben la tortura, sino también las circunstancias a través de las cuales se pueden activar los juicios federales. En particular, ha determinado que también un solo caso aislado de tortura, puede ser objeto de juicio delante de los tribunales federales. Como explica Koebele: «According with Cassese, opposed to genocide or crimes against humanity the prohibition against torture is not limited to atrocities on large scale; instead every single instance of torture amounts to a violation of international law¹⁶⁰» (Koebele; 2009: 101).

Finalmente, algunos de los crímenes que pueden ser enjuiciados ante de tribunal federal sobre la base jurídica del ATCA se refieren a las violaciones cometidas en contra de los estándares internacionales establecidos por la protección de los trabajadores. La organización ILO, *Internacional Labor Organization* ha, de hecho establecido algunos estándares, determinados por el derecho internacional en tema de los derechos laborales. Estos principios y reglas han sido aceptadas por parte de la comunidad internacional,

¹⁶⁰Traducción: De acuerdo con Cassese, contrariamente al genocidio o a los crímenes en contra de la humanidad, la prohibición de tortura no se limita a las atrocidades en gran escala; de hecho cada caso de tortura concretiza una violación del derecho internacional.

recogidas en convenciones internacionales y ratificadas por los Estados Unidos, como la Declaración de 1998: *Declaration on Fundamental Principles and Rights at Work*. En esta declaración se reconocen cuatro derechos fundamentales:

1. La eliminación del trabajo forzoso y obligatorio;
2. La eliminación de las discriminaciones;
3. La efectiva abolición del trabajo de niños;
4. La libertad de asociación y el reconocimiento de los derechos colectivos.

La violación de estos principios determina una violación del derecho internacional aceptado por los Estados y puede tener como consecuencia la instauración de juicios delante de los tribunales estadounidenses como en el caso Unocal donde la *District Court* ha reconocido que: *forced labor is a modern variant of slavery that, like traditional variants of slave trading, does not require state action to give rise to liability under ATCA*¹⁶¹.

Desde mi punto de vista, el aspecto más destacable del análisis de este Acta es que la utilización actual de la misma se encamina hacia la creación de una responsabilidad civil de las empresas transnacionales en la comisión o participación en un crimen internacional con el apoyo de un gobierno o de los aparatos militares. Como explica Pigrau Solé (2010: 114):

Es un principio común a todos los sistemas jurídicos que los operadores deben, en general, responder en una u otra medida de los daños que causen a terceros. Ello suele comportar una obligación de reparación civil y, en caso de determinadas infracciones, una responsabilidad de tipo administrativo, además, en muchos Estados se puede atribuir a las empresas responsabilidad penal. Pero en derecho internacional, hay casi completa imposibilidad de hacer a las empresas transnacionales (ETN) directamente responsables de las violaciones de sus normas, puesto que la mediación del Estado las ha hecho jurídicamente

¹⁶¹ Traducción: el trabajo forzoso es una variante moderna de esclavitud que, como variantes tradicionales de la trata de esclavos, no requiere de la acción del Estado para dar lugar a responsabilidad en virtud de la ATCA.

invisibles.

La cuestión relativa a la responsabilidad de las empresas ha sido tratada en diferentes ocasiones por los tribunales federales empezando por el caso *John Doe vs Unocal* que resulta también ser esencial para dar una visión del estado actual de la utilización del ATCA en tema de Derechos Humanos, y ha venido progresando en el periodo post-Sosa. Como destacan muchos autores, entre ellos Zamora Cabot (2005b-2011-2012) y Pigrau Solé (2009-2010-2012), esta cuestión empieza a ser central en el debate internacional de los últimos años sobre todo debido a la creciente sensación de impunidad en la que parece moverse las empresas, en particular las corporaciones multinacionales, ante la ley nacional e internacional. Partiendo del presupuesto de que este último tema no pueda ser resuelto solamente con el auxilio del derecho internacional, los tribunales federales se están moviendo en la dirección de evaluar la posibilidad de que pueda existir una responsabilidad para las empresas, partiendo del derecho nacional.

A pesar de lo dicho, dos recientes sentencias sobre el caso *Kiobel v. Royal Dutch Petroleum Co* del 17 de abril 2013 y *DaimlerChrysler AG v. Bauman* del 14 de enero de 2014, ponen en peligro este sistema que hasta el día de hoy ha dado una esperanza a muchas víctimas de un ilícito internacional cometido en el extranjero; estos dos asuntos, como sustentan muchos autores, entre otros Zamora Cabot (2013 y 2014) son casos particulares donde el Tribunal Supremo seguramente ejerce competencias, *sua sponte*, que no están exentas de críticas, así respecto de la cuestión de extraterritorialidad en *Kiobel*.

It is also worth noting that the Supreme Court, *sua sponte*, raised this question, even though it was only addressed marginally in legal commentaries and the parties had not made special mention of it. This is not to suggest that the High Court exceeded the scope of its authority, since it enjoys practically limitless powers, but the manner in which the Court is exercising its authority in this case

is certainly surprising¹⁶²(Zamora Cabot, 2013: 2).

Al mismo tiempo son casos particulares en cuanto sus conexiones con el territorio estadounidense son mínimas «F- Cubed cases»¹⁶³, y que, no obstante sus peculiaridades, han llegando hasta el Tribunal Supremo y por lo tanto tendrán repercusiones importantes sobre el futuro ejercicio de esta jurisdicción. En mi opinión resulta difícil creer que se pueda revolucionar un sistema que el ATCA ha creado, basándonos únicamente sobre litigios de esas características. La pregunta que el profesor Zamora Cabot hace en su último artículo sobre la decisión del Tribunal Supremo en el caso *Daimler* nos muestra la gravedad de esta situación: «¿es lógico aprovechar un caso como *Daimler* que *prima facie* aparece como paradigma de *forum shopping*, para sentar una nueva doctrina?» (2014:11).

En el primer caso, *Kiobel*, el Tribunal Supremo estadounidense se expresa sobre la presunción en contra de la extraterritorialidad. En base a este pronunciamiento, como explica Curtis Bradley (2013) se podría reducir de manera significativa el contencioso internacional sobre la violación de los Derechos Humanos ante los tribunales federales. Como explica el Profesor Bradley, no cabe duda que por lo menos por las demandas relativas al TVPA sobre los casos de tortura y de ejecuciones extrajudiciales esta sentencia no tendrá repercusiones directas, aunque no se pueda decir lo mismo de las demandas ligadas al ATCA que podrán tener fuertes limitaciones debido a una serie de obstáculos de derecho interno. Sin duda la preocupación más grande es la sentencia *Kiobel* podría conducir a una modificación, más restrictiva, del actual estatuto del ATCA por parte del Congreso, sobre todo en tema de contenciosos con empresas transnacionales.

¹⁶² Traducción: También vale la pena señalar que el Tribunal Supremo, de oficio, planteó esta cuestión, a pesar de que sólo fue abordada marginalmente en los comentarios jurídicos y las partes no había hecho mención especial de la misma. Esto no es para sugerir que el Tribunal Superior excedió el ámbito de su competencia, ya que goza de poderes prácticamente ilimitados, pero la manera en que el Tribunal está ejerciendo su autoridad en este caso es sin duda sorprendente.

¹⁶³ La doctrina del *F-Cubed Cases* o *Foreing cubed nature*, como explica Liesbeth Enneking (2012: 399), ha sido utilizada para referirse a los casos en los que los demandantes y los demandados son extranjeros y la conducta delictiva se realiza fuera de los Estados Unidos.

De hecho:

The Supreme Court has now decided that the claims that have been put forward by the petitioners do not 'touch and concern the territory of the United States [...] with sufficient force'. [...] the decision on *Kiobel* is arguably a moment of juridico-political *gravity*, with critical repercussions for the future possibilities of suing transnational corporations before US courts [...]¹⁶⁴ (Liste, 2013: 3-4).

Mientras que en *Daimler* la cuestión se basaba en determinar si un tribunal federal tiene o no la autoridad para conocer casos en contra de empresas extranjeras si el único elemento de conexión está representado por la existencia, en el Estado en el que se presentó la demanda, de una filial corporativa que presta servicios en nombre de la empresa demandada. En este caso el Tribunal, revocó la sentencia del Tribunal de Apelación a favor de los demandantes, afirmando que no hay conexiones suficientes entre la empresa y la concreta jurisdicción estadounidense, como para que aquella se encuentre «esencialmente en casa». Como explica Zamora Cabot (2014: 14):

Me pregunto cuál es el ánimo que rige al sector progresista del Tribunal Supremo en los últimos tiempos. *Kiobel* seguramente refleja una negociación previa en la que junto al sector conservador acuerda descartar una respuesta a lo que en principio se preguntaba, el sometimiento de las empresas multinacionales a los mandatos del Dº de Gentes [...] Pero en *Daimler*, sólo Sotomayor parece percatarse de lo que hay en juego, aunque quede en un *espléndido aislamiento*. Algo es innegable tras estas notorias decisiones, los medios empresariales y sus asesores se encuentran alborozados o, por usar la expresión del Alto Tribunal en *Daimler*, “*esencialmente en casa*”. Las víctimas, por su parte, son arrojadas a las tinieblas exteriores.

¹⁶⁴ Traducción: El Tribunal Supremo ha decidido que las reclamaciones hechas por los peticionarios no “tocan y se refieren al territorio de los Estados Unidos [...] con fuerza suficiente”. [...] la decisión sobre *Kiobel* es sin duda un momento de gravedad jurídico-política, con repercusiones importante para las posibilidades futuras de iniciar un proceso en contra de las empresas transnacionales ante los tribunales de los Estados Unidos.

2.5.1.2 Principales críticas que rodean esta jurisdicción:

Aunque los avances en este tema de jurisdicción sobre ilícitos especiales, como seguramente son los crímenes en contra de la humanidad, de genocidio o de tortura, han sido seguramente muy importantes, aún queda mucho camino que recorrer. No podemos olvidarnos de las críticas que rodean este sistema de jurisdicción. Críticas que pueden ser claramente resumidas partiendo de las que se refieren al sistema en su totalidad. Antonio Cassese en su artículo sobre la justicia penal internacional, habla de este sistema de jurisdicción como una respuesta para la represión de algunos crímenes internacionales y que por lo tanto se revela como una alternativa importante y útil, pero que al mismo tiempo tiene dos límites fundamentales que no se pueden dejar de lado: en primer lugar tiene el límite de ser actuada por parte de un solo Estado y en segundo lugar que «no tiene una competencia universal de carácter penal» (Cassese 2007: 4).

En este sentido, esta tipología de jurisdicción en materia civil no está relacionada propiamente con el deber de justicia penal relativo a la investigación y sanción de los crímenes internacionales ni con el ejercicio de la jurisdicción universal en materia penal, aunque sí se encuentra relacionada con el derecho de las víctimas a una adecuada reparación y con el derecho a la verdad (Del Toro Huerta, 2007: 326).

También en el novedoso campo de la responsabilidad civil de las empresas, algunos autores como Pigrau Solé (2009: 129), han expuesto en sus trabajos las preocupaciones y las críticas relativas a una jurisdicción puramente civil, de hecho: «la vía del ATCA se ha criticado por el hecho de que una eventual condena civil tal vez no reflejaría la gravedad de los hechos que suelen analizarse en estos casos de la misma forma que lo haría una condena penal».

A estos límites se puede agregar el hecho de que no siempre las decisiones o sentencias de condena para el reo, con el fin de dar una indemnización a las víctimas,

encuentran cumplimiento.

The US Courts judging under the Alien Tort Claim Act are civil courts only empowered to decide on monetary compensation to victims. Amounts in some cases are considerable, but may not be effectively implemented. Some victims have found such recourse, even if limited and symbolic, very gratifying. Under ATCA, victims are enabled to sue their tormentors, or families of victims can sue killers, but only the Prosecutor can initiate investigations and prosecutions in the international criminal tribunals¹⁶⁵.

Pasando a las críticas más cercanas a la norma que prevé esta jurisdicción, es decir el *Alien Tort Claims Act*, podemos ver que la mayoría de ellas se sustentan en la incertidumbre acerca de sus elementos y requisitos esenciales para la activación. Debido a esto, los tribunales han tenido que adaptar el texto original del ATCA incorporado en el *Judiciary Act* de 1789, y no utilizado por dos siglos, a las exigencias actuales en las que se perpetúan las nuevas formas de amenazas a la seguridad humana y con ésto a la paz, a través de sentencias a veces contradictorias. Estos límites se reflejan y crean un sistema de justicia civil frágil; un sistema basado en una norma que actualmente deja muchas cuestiones sin resolver. Como ejemplo podemos mencionar la delicada cuestión relativa a la determinación de la compatibilidad de este Acta con otras leyes internas o internacionales que otorgan inmunidades, amnistías o indultos a miembros de gobierno, jefes o ex jefes de estados, etc. El reciente caso del ex presidente mexicano Ernesto Zedillo es emblemático de esta situación y enfatiza la fragilidad de un sistema que carece de reglas claras y precisas y que sobre todo no logra alejarse de las cuestiones puramente políticas, otorgando, quizás, inmunidades también cuando hayan sido cometidos crímenes

¹⁶⁵ Traducción: Los tribunales de los EE. UU. que juzgan bajo el *Alien Tort Claims Act*, son tribunales civiles facultados solo para decidir sobre la indemnización monetaria a las víctimas. En algunos casos las cantidades son considerables, pero no pueden ser ejecutadas efectivamente. Algunas víctimas han encontrado este recurso, aunque sea de forma limitada y simbólica, muy gratificante. Bajo el ATCA, las víctimas puede denunciar a sus verdugos, o las familias de las víctimas pueden demandar a los asesinos, pero sólo el fiscal puede iniciar investigaciones y enjuiciamientos en los tribunales penales internacionales.

internacionales.

De todas formas, el recorrido y los progresos hechos por los tribunales federales en los últimos años, sobre todo en tema del reconocimiento de una responsabilidad de las empresas en la comisión o participación en un crimen internacional, otorgan esperanza a las víctimas de obtener justicia.

Las respuestas que faltan, los criterios incompletos y poco claros, ahora más que nunca se quedan en las manos de los tribunales estadounidenses, sobre los cuales descansa el mismo desafío de la comunidad internacional: determinar el equilibrio entre las fuerzas, los poderes y las normas internas e internacionales sobre todo cuando lo que está en juego es la protección de los Derechos Humanos y la lucha contra la impunidad.

Por todo ello, los tribunales de los Estados Unidos tienen un importante rol que cumplir en el momento de valorar y ponderar los diferentes principios fundamentales del derecho internacional y el juego de las inmunidades; el desarrollo que pueda darse en el ámbito nacional será determinante para la construcción de soluciones *de lege ferenda* que permitan el equilibrio entre el principio de inmunidad de jurisdicción estatal y el deber de reparación por violaciones graves a los derechos humanos, y, en ello, habrá que valorar la eficacia o no que ha tenido el principio de jurisdicción universal en materia civil (Del Toro Huerta; 2006).

Para dar una visión del estado actual de la utilización del ATCA en tema de Derechos Humanos y responsabilidad civil de las empresas, he decidido dedicar el próximo párrafo al estudio de algunos casos enfrentados por los tribunales federales estadounidenses, en particular el caso relativo a la empresa Unocal, reflexionando sobre el tema de la responsabilidad civil por daños cometidos en violaciones de normas internacionales como las relativas a los derechos del trabajo. Sucesivamente los casos *Kiobel vs Royal Dutch Petroleum* y *Daimler AG v. Bauman ET AL*, que han levantado

numerosas críticas y que nos hacen preguntar cuál puede ser la práctica futura del ATCA.

2.5.1.3 Casos de estudio

Para dar una visión del estado actual de la utilización del ATCA en tema de Derechos Humanos es esencial partir del famoso caso *John Doe vs Unocal*. Este caso se refiere a las graves violaciones cometidas por parte del gobierno militar en Birmania. En los años 90 se dejó en manos del Gobierno militar birmano la responsabilidad de un proyecto relativo a la construcción y defensa de un gasoducto. El Gobierno, en actuación de dicho proyecto y con el uso de la fuerza, obligó a la población a trabajar en la construcción de dicha instalación. Bajo su control, la situación degeneró y durante varios años se cometieron numerosos crímenes en contra de la humanidad y de tortura para las personas que no querían prestar su colaboración.

En 1996, algunas víctimas presentaron una acción en masa frente al Juzgado del Distrito de California llamando a la causa a la sociedad Unocal Corporation con domicilio en California, que había propuesto al gobierno militar ejecutar el proyecto y también se demandó a otras sociedades, como la nacional Myanmar Oil & Gas Enterprise y a la transnacional francesa Total S.A., que habían favorecido este plan en contra de la población civil.

En su decisión de primer grado, el Juzgado de Distrito establecía que para entrar en el ámbito de actuación del ATCA era necesario que la violación fuera realizada por parte de un Estado y que este requisito podía ser considerado cumplido cuando se aprobara la existencia de una *joint action* que pudiera involucrar partes privadas. En este sentido el juzgado toma en consideración la fórmula de *joint action* que sigue, afirmando que: “[u]nder the joint action approach, private actors can be state actors if they are ‘willful

participant[s] in joint action with the state or its agents¹⁶⁶. (*John Doe I vs Unocal Corp.*, 963 F. Supp. at 890, que ha sido citada en *Fonda v. Gray*, 707 F.2d 435, 437 9th Cir. 1983).

En este caso específico el juzgado no dedujo que se hubiera encontrado la existencia de tal participación, de las sociedades en las acciones perpetradas por parte del Gobierno militar. Con sentencia decidida el 18 de septiembre del 2002, el Tribunal de Apelación rechazó el modelo de *joint action* adoptado por el juzgado federal. El Tribunal de Apelación tomó en consideración la *active participation*, afirmando que en los crímenes de trabajo forzado, homicidio o violaciones, no era preciso que la conducta típica fuera llevada a cabo por un órgano de un Estado. Para llegar a este resultado, el Tribunal utiliza la praxis establecida por la jurisprudencia de los Tribunales Penales Internacionales para la ex-Yugoslavia, en el caso de *Anton Furundzija, International Criminal Tribunal for the ex Yugoslavia (ICTY)*, 10 de diciembre 1998, *Prosecutor v. Furundzija*¹⁶⁷, y del Tribunal para Rwanda, en el caso *Alfred Musema, International Criminal Tribunal for Rwanda (ICTR)*, *Prosecutor v. Musema*¹⁶⁸, 27 de enero 2000,. En base a esta jurisprudencia, el Tribunal afirmó que la sociedad UNOCAL, que había concebido la actuación del proyecto sobre la construcción del acueducto al gobierno militar, sabía que este último actuaría adoptando un programa de trabajo forzado y utilizando cada medio útil para la represión de la población disidente y debido a ello había participado directamente en los hechos criminales perpetrados por el Gobierno militar. El inminente pronunciamiento del Plenario del Tribunal, que proclamaba la responsabilidad de la sociedad UNOCAL ha sido en un primer momento anulado, por decisión del 13 de febrero de 2003, y después, por las negociaciones llevadas a cabo por las partes, se consiguió la firma de un acuerdo secreto y, sobre la base de este acuerdo el procedimiento se declaraba extinto.

¹⁶⁶ Traducción: bajo el enfoque de una *joint action*, los actores privados pueden ser actores estatales si son "participantes voluntarios de una acción conjunta con el Estado o con sus agentes".

¹⁶⁷ IT-95-17/1.

¹⁶⁸ ICTR-96-13-T.

Desde este caso, se presentaron muchas otras demandas en contra de empresas transnacionales como el caso *Presbyterian Church of Sudan v. Talisman Energy Inc*¹⁶⁹. Relativo al resarcimiento de los daños provocados por parte de una sociedad transnacional en violación de las obligaciones internacionales sobre los Derechos Humanos.

Ahora bien, la doctrina creada sobre la utilización del ATCA en asuntos que ven implicadas empresas extranjeras por ilícitos cometidos en el extranjero, está siendo ahora cuestionada por el Tribunal Supremo, me refiero a los famosos casos *Kiobel vs Royal Dutch Petroleum* y el caso *Daimler AG v. Bauman ET AL*. Partiendo del pronunciamiento sobre *Kiobel* a través de las palabras del Profesor Zamora Cabot (2012: 9), este asunto es:

símbolo de lo que pudiéramos llamar un fenómeno de retroceso en relación con el foro que han sido hasta ahora las sedes federales de los EE.UU., ante las que se han dirimido, o están dirimiéndose, más de 200 casos que implican a empresas multinacionales, en clave principalmente de la célebre *Alien Tort Claims Act*.

En este caso los demandantes eran ciudadanos de Nigeria, miembros del conocido grupo étnico Ogoni¹⁷⁰, que en el juicio instaurado ante de los tribunales americanos afirmaron que las empresas holandesas, británicas, y nigerianas, dedicadas a la exploración y producción de petróleo, fueron, con la complicidad del gobierno de Nigeria, responsables de muchas violaciones de derecho internacional consuetudinario durante la década de 1990. En particular, sostenían la responsabilidad de las compañías: Royal Dutch Petroleum y Shell Transport and Trading Company con la participación de una filial nigeriana. Como explica Álvarez Torné (2013), la acción en masa se basó en los presuntos abusos cometidos por dichas empresas y llevados a cabo para sofocar de forma violenta actividades en contra de la extracción petrolífera llevada a cabo en dicho territorio.

El 29 de septiembre de 2006, el Juzgado de Distrito desestimó las pretensiones de

¹⁶⁹ 582 F.3d 244, 259 (2d Cir. 2009)

¹⁷⁰ El pueblo Ogoni es uno de los muchos pueblos indígenas asentados en el Delta del Níger.

los demandantes relativas a los crímenes de: exilio forzado, asesinato extrajudicial y violación de los derechos a la vida, la libertad, la seguridad, y de asociación. En esta sentencia se argumentó que el derecho internacional consuetudinario en el momento en que se presentó la causa, no había definido dichas violaciones con suficiente detalle. Tras este rechazo, el asunto llegó al Tribunal de Apelación que se pronunció en 2010. En una decisión emitida el 17 de septiembre de 2010, el Tribunal de Apelaciones de EE.UU. para el Segundo Circuito sostuvo que las empresas no son responsables por violaciones de derecho internacional consuetudinario, planteando lo siguiente:

(1) under both U.S. Supreme Court and Second Circuit precedents over the previous 30 years that address ATS suits alleging violations of customary international law, the scope of liability is determined by customary international law itself; (2) under Supreme Court precedent, the ATS requires courts to apply norms of international law—and not domestic law—to the scope of defendants' liabilities. Such norms must be "specific, universal and obligatory"; and (3) under international law, "corporate liability is not a discernible—much less a universally recognized—norm of customary international law"¹⁷¹.

Por lo tanto las demandas de los actores debían ser desestimadas por falta de *jurisdiction to prescribe*.

Por primera vez un Tribunal de Apelaciones de Estados Unidos se posicionaba en este sentido. Se había llegado de forma mayoritaria a la conclusión de que el Derecho internacional no preveía la responsabilidad de las empresas en casos de abusos contra los derechos humanos, por lo que el ATS no posibilitaría ejercer competencia sobre este tipo de demandados (Álvarez Torné, 166:2013).

Posteriormente, podemos ver como varios Juzgados de Distrito, de otros circuitos

¹⁷¹ Traducción: "(1) Para los precedentes del Tribunal Supremo de EE.UU. Y del Segundo Circuito, de los últimos 30 años, que se adaptan a la legislación en tema de ATCA, basado en las violaciones de Derecho Internacional consuetudinario, la amplitud de la responsabilidad se determina por el Derecho Internacional consuetudinario en sí, (2) En los precedentes del Tribunal Supremo se prevé que el ATCA requiere a los tribunales apliquen el Derecho Internacional, - y no el Derecho interno - con el fin de determinar la responsabilidad del demandado. Estas normas deben ser "específicas, universales y obligatorias", y (3) En Derecho Internacional la responsabilidad de las sociedades no está prevista – mucho menos reconocida universalmente - por el Derecho Internacional consuetudinario.

federales, se expresaron en desacuerdo con lo dicho por el Tribunal de Apelación y por lo tanto las víctimas decidieron llevar la causa ante el Tribunal Supremo en agosto de 2011. Durante el alegato oral ante el Tribunal Supremo en febrero de 2012, se hizo evidente que varios de los *Justices* tenían preguntas sobre un tema que es potencialmente independiente de la cuestión de la responsabilidad corporativa: el grado en que el ATCA se debe aplicar a la conducta que se produce fuera de los Estados Unidos. Poco después de la discusión, el Tribunal emitió una resolución planteando la siguiente cuestión adicional: «Si, y en qué circunstancias, el *Alien Tort Statute*, 28 USC § 1350, permite a los tribunales reconocer una causa de acción para violaciones de la ley de las naciones que se producen en el territorio de un ente soberano».

El 17 de abril de 2013, el Tribunal Supremo, posicionándose a favor de una interpretación restrictiva del ATCA, confirmó el pronunciamiento del Tribunal de Apelación del Segundo Circuito. A pesar que los nueve *Justices* manifestaron acuerdo sobre este resultado, no estaban de acuerdo sobre el razonamiento. El Tribunal estableció que: «[w]hen a statute gives no clear indication of an extraterritorial application, it has none¹⁷²»; el principio de presunción de no extraterritorialidad que se fundamenta en el hecho de evitar al Estado americano los conflictos frente a otros Estados por la aplicación de leyes. Este principio, fuertemente criticado en la materia, conllevaría la consecuencia de que el ATCA no resultaría aplicable en los casos de ilícitos internacionales cometidos fuera de Estados Unidos, siempre que no se encuentre una vinculación directa entre dicho crimen y el territorio estadounidense.

Este pronunciamiento es sintomático de una fuerte tensión subyacente entre el ejercicio de un Estado de la jurisdicción sobre ilícitos civiles especiales y sus intereses nacionales. Como explica el Profesor Jonathan Hafetz (2013: 104):

¹⁷² Traducción: Cuando una ley no da ninguna indicación clara sobre su aplicación extraterritorial, no se aplica.

Kiobel's adoption of the presumption against extraterritoriality was driven by these perceived adverse foreign policy consequences. The presumption, the *Kiobel* majority explained, “serves to protect against unintended clashes between our laws and those of other nations which could result in international discord¹⁷³”.

De hecho en la sentencia el Tribunal adujo casos en lo que las causas basadas en el ATCA en diferentes ocasiones habían dado origen a conflictos diplomáticos. Por ejemplo, citó las objeciones de varios países, como Canadá, Alemania, Sudáfrica y el Reino Unido, además de fundamentar su razonamiento en la idea de que dar una aplicación amplia de jurisdicción sobre ilícitos civiles especiales podría conllevar consecuencias perjudiciales en la política exterior estadounidense. A pesar de ello, quien escribe comparte la idea de Hafetz (2013: 113):

ATS litigations seeks to advance human rights by providing victims with a federal forum for the enforcement of a subset of sufficiently well-defined and established violations. The presumption that the statute’s extraterritorial application will necessarily interfere with U.S. foreign policy is at odds with the growing linkage between human rights and security. It obscures the degree to which providing a federal forum—even in the absence of a U.S. nexus—can further U.S. strategic interests by promoting respect for human rights and advancing perceptions of its commitment to the enforcement of universally accepted norms¹⁷⁴.

A raíz de este pronunciamiento, algunos meses después de la polémica sentencia sobre el caso *Kiobel*, llega otra sentencia del Tribunal Supremo relativa al caso *Daimler*,

¹⁷³ Traducción: La sentencia *Kiobel* sobre la presunción en contra de la extraterritorialidad fue impulsada por las consecuencias negativas de políticas exterior percibidas. La presunción, explicada en *Kiobel*, “sirve para proteger contra choques no deseados entre nuestras leyes y las de otras naciones que podrían dar lugar a discordia internacional”.

¹⁷⁴ Traducción: Las causas basadas en el ATS buscan avanzar en los derechos humanos al proporcionar a las víctimas un foro federal para exigir la sanción para un subconjunto de violaciones suficientemente bien definidas y establecidas. La presunción de que la aplicación extraterritorial de la ley necesariamente interfiere con la política exterior de EE. UU. está en contradicción con la creciente vinculación entre los derechos humanos y la seguridad. Obscurece el grado en que proporciona un foro federal, - incluso en ausencia de un nexo con EE. UU.- puede favorecer los intereses estratégicos de Estados Unidos de promover el respeto de los derechos humanos y la promoción de la percepción de su compromiso con el cumplimiento de las normas universalmente aceptadas.

que seguramente se encontrará en el centro del debate interno y internacional en los próximos años. Esta decisión es bastante compleja y requiere estudios más profundos y técnicos sobre algunos aspectos y al mismo tiempo plantea nuevas perspectivas de análisis y por esta razón merece estudios detallados por parte de una doctrina especializada. Lo que es cierto es que sus repercusiones, negativas, tardarán en poderse apreciar.

El Tribunal Supremo en este caso interviene en la polémica cuestión relativa al ejercicio de la jurisdicción de los tribunales federales sobre una empresa extranjera cuando el único elemento de conexión con el territorio estadounidense es el hecho de que una subsidiaria indirecta, con sede en Estados Unidos, haya ejecutado servicios a cargo del demandado en el Estado del foro. Este órgano afirma que las operaciones de la empresa Daimler en California no son suficientes para permitir una demanda civil contra dicha empresa en este país. Lo que parece claro es que el Tribunal quiere poner en marcha una nueva doctrina, contraria a la anterior, respecto de las empresas matrices cerrando la puerta a la reparación para las graves violaciones de los Derechos Humanos.

¿De la misma forma en que en los últimos años asistimos a limitaciones del principio de jurisdicción universal en materia penal, también en este caso estamos frente a un retroceso en la defensa de los Derechos Humanos, cuando están en juego los intereses económicos estadounidenses y la responsabilidades de grandes empresas multinacionales? Y partiendo de aquí, uniéndonos a las preocupaciones de muchos autores como Zamora Cabot (2012: 8), cabe preguntarse ¿cuál puede ser el futuro del ATCA?

2.5.2 ¿ Tiene un destino similar a la jurisdicción universal en materia penal?

Hay muchos elementos que nos hacen pensar que la jurisdicción civil sobre ilícitos especiales y la jurisdicción universal en materia penal, también si formalmente no están relacionadas, han tenido, tienen y tendrán un destino similar. La situación es más que clara: en este momento estamos frente a una verdadera crisis de estas tipologías de jurisdicciones, debido a que suponen una interferencia en los asuntos internos de otros países que no quieren o no pueden reprimir dichos actos en el interior de su territorio y podrían por lo tanto crear problemas diplomáticos o económicos entre los Estados.

Debido a esto, en los últimos años asistimos a un lento pero continuo proceso de erosión de la defensa y protección de los Derechos Humanos y de la represión de los crímenes internacionales, sobre todo por parte de algunos Estados que en el pasado habían utilizado estas jurisdicciones como medio para reparar a las víctimas y condenar a los responsables de delitos internacionales a través de sus sistemas legales. De hecho, en los últimos años, estos Estados, pioneros en la lucha contra la impunidad, han modificado su legislación introduciendo límites y requisitos para obstaculizar los procedimientos en curso y los futuros, basados en la jurisdicción penal universal, por ejemplo.

Asimismo, podemos ver como la jurisdicción civil sobre ilícitos especiales, está siendo amenazada por la reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo americano en los asuntos *Kiobel* y *Daimler*, ya que cuestionan la posibilidad de introducir límites o condiciones para el ejercicio de esta tipología de jurisdicción por parte de los tribunales estadounidenses.

Las preocupaciones surgen en cuanto, como sabemos, las decisiones de los tribunales nacionales constituyen y crean lo que, al principio de este capítulo, hemos llamado *praxis* sobre una determinada materia y al mismo tiempo ponen en evidencia la *opinio juris* de los Estados. Y como hemos visto, ambos elementos, resultan ser

importantes a la hora de evaluar la persistencia, creación o decadencia de una norma de derecho internacional consuetudinario como es el principio de jurisdicción universal.

Los casos *Kiobel* y *Daimler* seguramente influirán en este contexto, sobre todo en cuanto a la posibilidad de seguir aplicando el ATCA a conductas que se desarrollan en el extranjero, siempre que no se demuestre una conexión específica con el territorio estadounidense (*Kiobel*) o que la empresa no se encuentre «esencialmente en casa» ante la concreta jurisdicción estadounidense (*Daimler*).

De todas formas, estas preocupaciones podrían ser mitigadas si analizamos y profundizamos la problemática de la presunción contra la extraterritorialidad que al menos emerge en el caso: es verdad que si a través de la sentencia *Kiobel* se impone un nuevo requisito de nexo territorial, al mismo tiempo no podemos ignorar el hecho de que se dejaría abierta la posibilidad de que, en algunos supuestos relevantes, la presunción contra la extraterritorialidad podría ser superada. De hecho el Tribunal concluye: «[...] And even where the claims touch and concern the territory of the United States, they must do so with sufficient force to displace the presumption against extraterritorial application»¹⁷⁵. Además como sostiene Anthony J. Colangelo (2013: 1343) también si:

Pure universal jurisdiction may be difficult to argue after *Kiobel*, but there are other bases of extraterritorial jurisdiction in international law, including jurisdiction over activity abroad that has effects within a state (objective territoriality), activity by a state's nationals abroad (active personality), activity against a state's nationals abroad (passive personality), and activity that threatens the state and its official functions (protective principle). Construing the statute in line with these principles would be to construe the ATS under the law of nations it invokes¹⁷⁶.

¹⁷⁵ Traducción: [...]. Y aun cuando las reivindicaciones tocan y se refieren al territorio de los Estados Unidos, deben hacerlo con la fuerza suficiente para desplazar la presunción contra la aplicación extraterritorial.

¹⁷⁶ Traducción: Será difícil argumentar la existencia de una jurisdicción universal pura después de *Kiobel*, pero hay otras bases de la jurisdicción extraterritorial en el Derecho Internacional, incluida la jurisdicción sobre la actividad en el exterior que tiene efectos dentro del Estado (territorialidad objetiva), la actividad de los nacionales de un Estado en el extranjero (personalidad activa), actividad frente a los nacionales de un Estado extranjero (personalidad pasiva), y la actividad que afecta al Estado y a sus funciones oficiales (principio de protección). Interpretando la ley en consonancia con estos principios sería interpretar el ATS

En definitiva, aunque el futuro ejercicio de esta jurisdicción sobre ilícitos civiles especiales es incierto, queda pendiente de lo que los jueces de los Estados Unidos decidan en los próximos años, sobre la supervivencia, y bajo qué condiciones, del ATCA. Pero, por ahora, y tras los últimos pronunciamientos del Alto Tribunal, el futuro al respecto no parece muy esperanzador. No obstante, la llama declinante del ATCA está prendiendo con fuerza en otros lugares. Sin salir de Norteamérica, el nuevo protagonismo de los tribunales canadienses frente a los desmanes de las empresas extractivas de su País, resulta un muy buen ejemplo¹⁷⁷.

2.6 Conclusiones capítulo

Como explica Sánchez Legido (2009: 301), la Corte Penal Internacional y los otros tribunales internacionales o mixtos, son la clara expresión de la voluntad de la Comunidad Internacional de luchar la impunidad por hechos delictivos que se ponen en contra de los intereses esenciales de la misma Comunidad, debido a que los Estados, donde estos últimos ocurrieron, no tienen la capacidad o la voluntad de perseguirlos.

Denunciar la impunidad antes las graves y sistemáticas violaciones de derechos humanos constituye un deber moral de todos – Estados, individuos, ONGs... –, un deber también para los profesores universitarios que nos dedicamos a una disciplina en ocasión tan ingrata como el Derecho Internacional Público. Y algo se ha conseguido: en los últimos años se ha construido un entramado jurídico con la pretensión de reducir a la mínima expresión los supuestos en que los individuos responsables de la comisión de conductas especialmente graves contra los derechos humanos y el Derecho internacional humanitario queden en libertad. Es un sistema joven aún, y desde luego no perfecto, pero un sistema, al final y al cabo, que hace tan solo quince años constituía una mera ensoñación

en el marco del derecho de gentes.

¹⁷⁷ Como explica el profesor Zamora Cabot (2014: 15) Se están abriendo los foros canadienses frente a violaciones cometidas en el extranjero por las temibles multinacionales extractivas del País; al respecto podemos mencionar los estudios de A. J. Gray y J. R. Lambert: “Further Cause for Alarm for Canadian Corporations with Foreign Operations”, *Lexology*, 27-I-2014

(Bollo Arocena, 2009: 86).

Sin embargo, «las respuestas de la Comunidad Internacional no son capaces de llegar a todas las situaciones de impunidad [...]. Es precisamente para tratar de colmar los vacíos de impunidad [...]» que se decide recuperar un mecanismo de represión como el de la jurisdicción universal, «Invocando en efecto, una facultad cuando no una obligación reconocida en el Derecho Internacional, un creciente grupo de Estados, [...] han procedido a la investigación y enjuiciamiento de graves crímenes cometidos fuera de sus fronteras, por extranjeros y contra extranjeros» (Sánchez Legido, 2009: 302).

No obstante, como fue afirmado con anterioridad, el sistema penal internacional así descrito, debido a las dificultades prácticas que encuentra, no puede resultar perfecto o por lo menos eficaz en comparación con los sistemas penales nacionales cuando se enfrentan a delitos comunes. Las diferentes tipologías de jurisdicciones que participan en ello encuentran obstáculos tanto legislativos como prácticos, a la hora de enfrentarse a la determinación de las responsabilidades de los sujetos involucrados en la comisión de crímenes internacionales. Como bien resume el profesor Tomuschat (2009: 16-17), cada ejemplo de jurisdicción tomada en consideración no es ideal. Efectivamente, podemos ver como tanto en el caso de los tribunales penales internacionales o mixtos, como cuando se habla de la Corte Penal Internacional, las críticas avanzadas por la doctrina internacional hacen evidente los numerosos defectos que al estado actual dichos órganos tienen.

No cabe duda que el enjuiciamiento de crímenes internacionales sería más satisfactorio si es llevado a cabo por un tribunal independiente e internacional como es la Corte Penal Internacional, pero «La CPI sigue siendo una institución en desarrollo y no puede resolver, de un día para otro, viejos problemas de siglos de impunidad por violaciones graves a los derechos humanos» (Kai Ambos, 2007: 15).

Mientras que, por lo que se refiere a la jurisdicción universal, Conscientes de que:

En la actualidad, a pensar de la existencia de los tribunales supranacionales, han sido los de determinados Estados, como los españoles, los que, en aplicación del principio de persecución universal, han demostrado que es posible combatir, desde la legalidad interna y internacional, la férrea cultura de impunidad (Ollé Sesé, 2008: 84).

En este ámbito todavía hay una cuestión de fondo que la Comunidad Internacional debe resolver: ¿cómo es posible mejorar este modelo de justicia para que sea realmente universal? Esto en cuanto, al estado actual «confiar en las virtudes de la jurisdicción universal resulta bastante ingenuo» (Tomuschat, 2009: 16).

Partiendo de estas consideraciones previas sobre la complementariedad de estas tipologías de jurisdicciones para hacer frente a la impunidad y superar sus limitaciones, el objeto de los próximos capítulos será el análisis del principio de jurisdicción universal; por lo tanto, en el capítulo tercero trataré los antecedentes históricos de este principio pasando al análisis comparativo de los Estados que han utilizado de forma significativa esta tipología de jurisdicción para perseguir los delitos internacionales.

Tercer Capítulo

Las tendencias internacionales en tema de Jurisdicción Penal Universal

Qué pena que por pensar que puedes hacer poco, no hagas nada (Federico Mayor Zaragoza 2014)

3.1 El fundamento de la justicia universal: la protección de los valores fundamentales de la Comunidad Internacional

Fundamentada inicialmente en su función de resolver problemas prácticos de aplicación de las normas penales en un espacio extraterritorial y con ello asegurar la represión de determinadas conductas cometidas en dicho espacio, la justicia universal encontraba su propia justificación en los ordenamientos internos de los Estados (Pigrau Solé, 2009: 22).

Para poner un punto final a la impunidad y promover una justicia real, en el último siglo la Comunidad Internacional ha venido afirmando la necesidad de agregar a dicha justificación otra que tiene como finalidad la de proteger a los intereses considerados superiores por todas las naciones. De hecho podemos afirmar que el fundamento actual de esta tipología de jurisdicción radica en la exigencia de determinar las responsabilidades de los individuos autores de los crímenes que afectan a toda la humanidad y reparar a las

víctimas¹⁷⁸. «Junto a ello se ha ido afirmando la existencia de una comunidad de intereses entre los Estados o, más recientemente, la existencia de un interés general de la humanidad como fundamento de este principio» (Pigrau Solé, 2009: 22-23).

En otras palabras, la internacionalización de los conflictos y las otras graves amenazas a la paz, ha fortalecido la idea de un deber de activarse para prevenir futuros actos y reprimirlos¹⁷⁹. Junto con los mecanismos del sistema penal internacional, como los tribunales internacionales, de forma subsidiaria y complementaria se ha extendido la competencia penal de los tribunales nacionales sobre conductas cometidas en un espacio no sometido a la jurisdicción del Estado del foro, una competencia universal.

En raison de l'internationalisation croissante de certaines formes de criminalité, il est de plus en plus fréquent que des infractions comportent des éléments d'extranéité et la question se pose de savoir dans quelle mesure le juge national peut en connaître. Outre la compétence naturelle du juge du lieu des faits (principe de territorialité), le législateur national peut octroyer à ses juridictions des chefs de compétence extra territoriale en raison de la nécessité de la sauvegarde des intérêts essentiels de l'État (principe de compétence personnelle active), en raison de la nationalité de la victime (principe de compétence personnelle passive) ou encore d'autre critères (principe de compétence

¹⁷⁸ Como afirma Comellas Aguirrezábal (2010: 71): «Estaríamos ante lo que Bassiouni considera una actuación equivalente al concepto romano de *actio popularis* (el Estado que ejerce la jurisdicción universal actúa en nombre de la Comunidad internacional porque, como miembro de ella, tiene un interés en la preservación del orden mundial). Bassiouni (2001b: 7) afirma que el propósito del ejercicio de la jurisdicción universal como *actio popularis*: «es exclusivamente la reforzar el orden global, garantizando que se responda por la perpetración de ciertos crímenes. Precisamente debido a que un Estado que ejerce la jurisdicción universal lo hace en representación de la comunidad internacional, éste debe colocar los intereses generales de la comunidad internacional por encima de los suyos propios. Mientras que Sánchez Legido define esta capacidad como un *desdoblamiento funcional cosmopolita*, que permitiría al Estado asumir la tutela de los intereses esenciales comunes y ejercer su *ius puniendi* para castigar a los que de alguna manera se han convertido en enemigos de la Humanidad. El principio de jurisdicción universal estaría así cumpliendo una *función constitutiva a través de la cual la Comunidad internacional estaría imaginando su identidad*, y su aplicación nos acercaría al ideal de la *civitas maxim*».

¹⁷⁹ Sobre este aspecto véase, entre otros, Hesenov (2012: 278): «This is due to the internationalization of the social event, like crime, as a result of internationalization of the social life. Therefore the internationalization of both criminal legislation and the activities of law-enforcement agencies are necessary. We must admit that unlike the legislative and law-enforcement authorities of the states, the transnational crime adapts to the new conditions more swiftly (Lukashuk 1998)». Traducción: «Esto es debido a la internacionalización del evento social, como el crimen, como consecuencia de la internacionalización de la vida social. Por lo tanto la internacionalización tanto de la legislación penal como de las actividades de la aplicación de la ley son necesarias. Tenemos que admitir que a diferencia de las autoridades legislativas y policiales de los estados, la delincuencia transnacional se adapta a las nuevas condiciones con mayor rapidez».

universelle)¹⁸⁰ (Bosly y Vandermeersch, 2010: 169).

De hecho, en el último siglo, este principio ha venido fortaleciéndose al punto de ser considerado un útil aliado/complemento para la protección de los Derechos Humanos y con ellos, para la lucha a las muchas formas de impunidad hoy en día existentes y ha venido desarrollándose y adaptándose a diferentes crímenes internacionales¹⁸¹.

Por tanto, el principio de justicia universal encuentra su fundamento en la posición de garante que ostenta cada Estado como parte de la comunidad internacional para la indispensable protección de intereses de carácter supranacional que afectan a toda la comunidad internacional. Es un instrumento que, desde la solidaridad internacional, posibilita la persecución y enjuiciamiento de los crímenes más graves e intolerables que ofenden a toda la comunidad internacional (Ollé Sesé, 2008: 259).

¹⁸⁰ Traducción: Debido a la creciente internacionalización de ciertos tipos de delito, es cada vez más común para los delitos que involucran elementos extranjeros abordar la cuestión de saber hasta qué punto el órgano jurisdiccional remitente puede conocer del delito. Además de la competencia natural de los tribunales del lugar de los hechos (principio de territorialidad), el legislador nacional puede otorgar a los tribunales de la jurisdicción extraterritorial por la necesidad de salvaguardar los intereses esenciales del Estado (principio de personalidad activa), debido a la nacionalidad de la víctima (principio de personalidad pasiva) u otros criterios (jurisdicción universal).

¹⁸¹ Como explica Blanco Cordero (2008: 102), ya en 1933, en una resolución del III Congreso Internacional de Derecho Penal, en Palermo en abril de 1933, se inició a hablar de los delitos que deberían entrar en una competencia universal: «La resolución declaró que “existen delitos que dañan intereses comunes de todos los estados” y apreció una tendencia hacia la represión universal de ciertos delitos graves, que ponen en peligro intereses comunes de los Estados en sus relaciones internacionales». Por lo que se refiere a los crímenes se lee en la resolución: «hay delitos que son lesivos de los intereses comunes de todos los Estados, como la piratería, el tráfico de esclavos, la trata de mujeres y niños, el tráfico de drogas, la circulación y tráfico de publicaciones obscenas, la rotura y deterioro de los cables submarinos y delitos graves contra las comunicaciones radioeléctricas, en especial la transmisión o circulación de señales o llamadas de socorro falsas o engañosas, delitos monetarios, falsedad de títulos de valor o de instrumentos de crédito, actos de barbarie o vandalismo capaces de generar un peligro común». Además, El XIII Congreso Internacional de Derecho Penal (El Cairo, 1-7 octubre 1984), invitó a los Estados a la aprobación del principio de universalidad en su Derecho interno para los delitos más graves con el fin de asegurar que tales delitos no queden impunes. No obstante, como veremos más adelante, es notorio que la cuestión relativa a los crímenes perseguibles a través de la justicia universal sigue siendo un tema muy discutido ya que en la actualidad hay diferentes posturas a respecto. El texto de las resoluciones se puede consultar en la siguiente página web: http://www.penal.org/spip/IMG/NEP%2023_%20Spain.pdf.

3.2 Las principales críticas a este sistema de justicia

No cabe duda que la jurisdicción universal conlleva a numerosos problemas y críticas¹⁸². Conforme a lo expresado por Ledesma Bartret (2014: 38): «la formulación del principio de justicia universal depende en buena medida de opciones y prioridades jurídicas y políticas, que a su vez están muy relacionadas con la política exterior y la situación internacional, así como con la autonomía real de cada Estado¹⁸³».

Como explica Pasculli (2011: 37), el tema de la jurisdicción universal es controvertido por dos diferentes aspectos de derecho internacional:

first, the question of the legality of the principle and its recognition by states, and second, the question of how universal jurisdiction is exercised. The principal reason for this controversy is the lack of sources and positive law defining the limits and conditions of universal jurisdiction¹⁸⁴.

Las numerosas críticas que rodean esta jurisdicción desde su creación pueden ser resumidas en la falta de un reconocimiento explícito por parte de los Estados y la ausencia a nivel internacional de los elementos que de manera clara definen los límites y las características para su aplicación, lo que ha generado numerosos obstáculos a la hora de ser aplicada por parte de los tribunales estatales¹⁸⁵. El primero de ellos es la interpretación de

¹⁸² Como afirma Bassiouni (2001b: 2): «La jurisdicción universal sin limitaciones puede causar fracturas en el orden global y la privación de los derechos humanos individuales cuando es usada de una manera motivada políticamente o para fines vejatorios. Aún con la mejor de las intenciones, la jurisdicción universal puede ser utilizada en forma imprudente, creando fricciones innecesarias entre Estados, potenciales abusos de acciones legales, y un apremio indebido de individuos procesados o perseguidos por procesamiento en conformidad con esta teoría. La jurisdicción universal debe en consecuencia ser utilizada en una forma cautelosa que minimice las posibles consecuencias negativas, permitiéndole, al mismo tiempo, alcanzar sus objetivos útiles».

¹⁸³ De esta forma se expresa también Hesenov (2012: 276): «The main problem of universal jurisdiction lies in the contradiction between the universality of its mission and the particularity of the political interests of the sovereign nation states which provide the statutory framework for the application of the doctrine». Traducción: «El principal problema de la jurisdicción universal radica en la contradicción entre la universalidad de su misión y la particularidad de los intereses políticos de los Estados nacionales soberanos, que proporcionan el marco legal para la aplicación de la doctrina».

¹⁸⁴ Traducción: la cuestión de la legalidad del principio y su reconocimiento por parte de los Estados, y en segundo lugar, la cuestión de cómo se ejerce la jurisdicción universal. La razón principal para esta controversia es la falta de fuentes y del derecho positivo que definen los límites y condiciones de la jurisdicción universal.

¹⁸⁵ Conectando este tema con lo analizado en el segundo capítulo de esta tesis en lo relativo al sistema penal

la propia naturaleza de la norma relativa a esta clase de jurisdicción¹⁸⁶. Sobre este aspecto Ollé Sesé (2008:239) afirma que:

[E]s el momento de retomar y responder al discutido interrogante sobre si puede considerarse el ejercicio de la jurisdicción universal como un principio de DI consuetudinario. Para una adecuada respuesta recupero los dos indicadores de verificación: el DI convencional y la práctica de los Estados tanto en el terreno legislativo como jurisdiccional, como posible reafirmación de una práctica consuetudinaria. En el ámbito del DI convencional se puede concluir, de acuerdo con la evolución del DI reflejada en los convenios estudiados en materia de *crímenes internacionales de primer grado* y de segundo grado, que sí incluye disposiciones sobre jurisdicción universal permitiendo, en todo caso su ejercicio. [...] En ámbito de derecho consuetudinario afloran las dificultades para determinar si existe una *opinio juris* favorable sobre la práctica efectiva de los Estados respecto de la jurisdicción universal. El examen, entonces, debe proyectarse tanto a la comprobación en las legislaciones internas de la existencia de normas específicas sobre este título jurisdiccional universal, y la actitud del legislador en cada Estado, así como la *praxis* judicial de su aplicación en los tribunales domésticos.

internacional para la represión de crímenes internacionales, podemos ver que, como explica Tomuschat (2009), tampoco este mecanismo de persecución de los crímenes internacionales resulta perfecto. Sin embargo ha logrado colmar las lagunas existentes en el sistema de justicia internacional, intentado superar los límites de los tribunales internacionales y los obstáculos creados por los Estados en cuyo territorio se verificaron los hechos.

¹⁸⁶ El Derecho Internacional Consuetudinario establece las diferentes bases sobre las que se puede activar la jurisdicción penal de un tribunal nacional. Como hemos tratado en el capítulo primero en los apartados 1.6, 1.7 y 1.8, chocando con otros intereses de la Comunidad Internacional, como del principio de soberanía de los Estados, el principio de persecución universal de determinadas conductas criminales es un tema complejo y no pacífico a nivel internacional. Conforme con lo afirmado por Coombes (2011: 425), aunque difiere de las demás bases en cuanto a los intereses internacionales y no puramente nacionales que protege, no se puede considerar esta tipología de jurisdicción como una excepción a la regla general de persecución de crímenes internacionales, sino debemos entenderla como una de las bases jurisdiccionales que atribuyen una capacidad extraterritorial a los Estados. «It stands alone among the five generally accepted bases for exercising jurisdiction in not requiring a link between any part of the offense and the state seeking to exercise jurisdiction. Universal jurisdiction is also unique in another respect: it ultimately depends on domestic courts for its application» (Slaughter, 2004: 168). Traducción: «Es la única entre las cinco bases generalmente aceptadas para el ejercicio de la jurisdicción en que no se requiere una conexión entre cualquier parte de la infracción y el Estado que solicita ejercer su jurisdicción. La jurisdicción universal es también única en otro sentido: depende en última instancia de los tribunales nacionales para su aplicación». De hecho, los Estados han aceptado esta base jurisdiccional prevista *in primis* en el Derecho Internacional Consuetudinario en los casos de crímenes de piratería, genocidio, tortura y contra de la humanidad. Además de esto han ratificado los tratados internacionales que las prevén sabiendo que tal acto implicaría modificar y adaptar las legislaciones internas para poder ejercerla. García Arán (2000b: 14): «la forma más habitual de asunción del principio de justicia universal por parte de los Estados es la suscripción de los Tratados en los que se establece el compromiso de persecución de determinados delitos. A partir de ahí, la mayor o menor eficacia del principio para los firmantes de los Tratados depende, a su vez, del grado de incorporación a los ordenamientos internos que se produzca en cada uno de ellos».

Lo dicho demuestra que la naturaleza del principio de justicia universal ha sido en muchas ocasiones cuestionada. De hecho, este tema ha sido objeto de discusiones importantes tanto doctrinales como jurisprudenciales; si analizamos por ejemplo el voto separado de los jueces Higgins, Kooijmans y Buergenthal, en el caso de la República Democrática del Congo contra Bélgica de 2002¹⁸⁷, se hace mención al llamado derecho emergente, que identificaría la naturaleza del principio en cuestión y que justifica su utilización aunque conlleve a prácticas estatales heterogéneas; de hecho los jueces nos hablan de derecho emergente que conlleva a las llamadas prácticas neutras¹⁸⁸. Este derecho, que no prohíbe ni permite el ejercicio de una jurisdicción universal sobre determinadas conductas internacionales, es un claro indicio de una evolución gradual del mismo principio para que un día pueda ser considerado como norma consuetudinaria.

Además de lo dicho, parte de la doctrina encuentra como uno de los obstáculos, de Derecho Internacional convencional a la aplicación del principio, el carácter no obligatorio de su previsión¹⁸⁹. No menos importantes son las críticas relativas a su aplicabilidad o a los

¹⁸⁷ JOINT SEPARATE OPINION OF JUDGES HIGGINS, KOOIJMANS AND BUERGENTHAL - Arrest Warrant of 11 April 2000 (Democratic Republic of the Congo v. Belgium), Judgment of 14 February 2002 El texto se puede consultar en la siguiente página web: <http://www.icj-cij.org/docket/files/121/8136.pdf>.

¹⁸⁸ Sobre este aspecto véase el voto separado de HIGGINS, KOOIJMANS AND BUERGENTHAL, - Arrest Warrant of 11 April 2000, párrafo 45: «In short, national legislation and case law - that is, State practice - is neutral as to exercise of universal jurisdiction». Traducción: «En breve, legislación y la jurisprudencia nacional - es decir, la práctica del Estado - es neutral en cuanto al ejercicio de la jurisdicción universal». El texto se puede consultar en la siguiente página web: <http://www.icj-cij.org/docket/files/121/8136.pdf>. Como afirma Fuentes Torrijo (2004: 128): «no es claro lo que quieren decir estos jueces al calificar la práctica estatal como neutra. Es la neutralidad de la práctica lo que al parecer los lleva a descartar la existencia de una regla de derecho internacional consuetudinario que otorgue el derecho a los Estados a ejercer jurisdicción universal. [...] De esta manera, entonces, la invocación de esta poco familiar categoría de "prácticas neutras" permite a los juicios crear un limbo en que la conducta de los Estados no está permitida ni prohibida por el derecho internacional».

¹⁸⁹ La base jurídica del principio de jurisdicción universal puede encontrarse en las normas de Derecho Internacional Consuetudinario y en los Tratados Internacionales que establecen la búsqueda, investigación y en su caso enjuiciamiento de los responsables de determinadas conductas internacionalmente relevantes. Como norma de carácter convencional, derivada de los Tratados Internacionales sobre la prevención y sanción de crímenes internacionales, no resulta claro y pacíficamente aceptado que ella derive una obligación sobre los Estados de activar esta tipología de jurisdicción, sino que se prevé una facultad de utilizarla para perseguir las conductas criminales codificadas en dichos Tratados. Como afirma Pigrau Solé (2009: 26): «[...] 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

obstáculos de derecho internacional¹⁹⁰ o nacional¹⁹¹ que esta misma norma encuentra en su

ninguna competencia penal ejercida conforme a las leyes nacionales». Sin embargo, quien escribe está convencido de que, el carácter facultativo no incide sobre la naturaleza de esta norma debido a que se considera la jurisdicción universal como uno de los instrumentos que los Estados tienen para proteger intereses propios de la Comunidad Internacional; y en ningún caso, este carácter facultativo puede ser entendido como medio para dejar impunes estas conductas. Conforme con lo expresado por la Comisión de Derecho Internacional en el informe A/68/10 de 2013, (65º período de sesiones (6 de mayo a 7 de junio y 8 de julio a 9 de agosto de 2013)) página 147: «Conformidad con el objeto y el fin. Las medidas que va a adoptar un Estado deben interpretarse a la luz del objeto y el fin del instrumento internacional pertinente u otras fuentes de la obligación internacional vinculante para ese Estado, lo que hace más eficaz la lucha contra la impunidad. Vale la pena recordar también que, en virtud del artículo 27 de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados, que refleja el derecho internacional consuetudinario, un Estado parte en un tratado no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado. Además, las medidas adoptadas deben ser conformes al estado de derecho». El informe se puede consultar en la siguiente página web:http://legal.un.org/ilc/reports/2013/all_languages/a_68_10_s.pdf.

¹⁹⁰ Sobre este aspecto, la doctrina especializada, habla de los choques que inevitablemente surgen en la aplicación de dicha jurisdicción con otras normas de Derecho Internacional como los relativos a la soberanía de los Estados y el principio de no injerencia en los asuntos internos a un país, o los relativos a las inmunidades de los Estados de la jurisdicción. En lo referente al régimen de las inmunidades, cabe recordar que el fundamento de las inmunidades de los Estados radica en el principio de igualdad y soberanía de los Estados: *par in parem non habet imperium*, es decir, el Estado extranjero estaría exento de la jurisdicción del Estado territorial. Como explica Ríos Rodríguez (2007), el régimen de las inmunidades pertenece a una costumbre internacional por la cual se reconoce, un cierto número de privilegios a los gobernantes que le permiten evitar la aplicación del derecho común. La inmunidad de jurisdicción puede definirse como el privilegio según el cual determinadas personas o instituciones no pueden ser juzgados por los tribunales de un Estado extranjero. Kai Ambos (2006a: 470) afirma que: «Inmunidad o exención de jurisdicción se refiere a un relevante *status* de las personas que, como representantes de su Estado, ejercen tareas oficiales. Estas personas deben ser excepcionadas de la jurisdicción nacional, por cuanto de alguna manera – así la más temprana *teoría de la extraterritorialidad*– son consideradas como *extraterritoriales* para que puedan ejercer sin interferencias las tareas que les corresponden como representantes del Estado de envío en el territorio del Estado extranjero». Ahora bien, cuando nos enfrentamos a crímenes internacionales, estas normas chocan con otros intereses propios de la Comunidad Internacional, como lo de prevenir, sancionar y reparar las víctimas de dichos actos. Si el desarrollo del Derecho penal internacional hace evidente como las inmunidades no pueden interferir con la búsqueda de justicia de los Tribunales Internacionales, lo mismo no se puede decir en el caso de ejercicio de la jurisdicción universal por parte de los Tribunales nacionales, por los que todavía el problema del balanceamiento de normas internacionales sigue existiendo. Dicho esto, el desarrollo sucesivo relativo a la jurisdicción universal debería ajustarse sobre este aspecto al Derecho penal internacional esto en cuanto, si partimos de la pregunta de Ángel Sánchez Legido (2001), la naturaleza perentoria de la norma de Derecho Internacional que proscribe la tortura y que faculta los estados a la utilización de la jurisdicción universal ¿no debería hacer inaplicable la inmunidad del Estado extranjero? De la misma postura es Hernán Homarzábal Malarée (2000: 184), podemos ver como: «Cuando los Estados reconocen estos derechos en declaraciones universales, pactos, convenios y tratados internacionales, están dando a la persona el carácter de sujeto de derecho internacional, convocándola en un plano de igualdad con el Estado. [...] La comunidad internacional no sólo está integrada por los Estados sino también por las personas que son titulares de derechos inviolables. Esta constatación tiene consecuencias importantes. Si un Estado viola sistemáticamente los derechos humanos, si coloca la razón de Estado por encima de los derechos fundamentales de las personas, está agrediendo a un sujeto de derecho internacional, está, en definitiva, creando un conflicto internacional. Ello necesariamente tiene que llevar a cuestionar la doctrina de la inmunidad [...]».

¹⁹¹ En este contexto entran en juego las temáticas relativas a las amnistías y indultos que se posicionan como obstáculos de derecho nacional a la persecución de actos delictivos. En caso de crímenes internacionales las reflexiones están orientadas en: «Probably the most well-known, and controversial, alternatives to prosecutions are amnesties. Amnesties are conferred under law that blocks criminal action against people in the State in which it is passed. They can also block civil claims. [...]The question of duties to prosecute does not quiet exhaust that of legality of amnesties, although the issue are closely related. The question is

camino a la hora de ser utilizada en un procedimiento, que también radican en el problema principal de la falta de una legislación clara y específica¹⁹² en tema de jurisdicción universal que podría resolver eventuales conflictos de leyes internas e internacionales.

Todo lo dicho genera que las adaptaciones de las normas relativas a la jurisdicción universal sean llevadas a cabo por los jueces en lugar de un legislador internacional; y como consecuencia de lo dicho, a prácticas diferentes en los Estados donde el principio ha sido la base de muchos juicios sobre crímenes internacionales. «Se dunque collochiamo il “giudice al posto del legislatore” il principio di giurisdizione universale diviene *diritto vivente*, anche in assenza di diritto¹⁹³» (Pasculli, 2011 :151).

Este capítulo abordará específicamente estos temas. Por lo tanto, siguiendo el ejemplo dado por muchos autores que han escrito sobre este asunto, entre ellos Cassese

whether there is an exception to any existing duty to prosecute when an amnesty is said to be necessary to re-establish peace» (Cryer y otros, 2010: 563-564). Traducción: «Probablemente las más bien conocidas y polémicas alternativas a los procesamientos son las amnistías. Las amnistías son conferidas en virtud del derecho en el que se bloquea la acción penal en contra de personas en el Estado en el que están previstas. También pueden bloquear las demandas civiles. [...] La cuestión de las obligaciones a perseguir no está resuelta con la legalidad de las amnistías, aunque el tema está estrechamente relacionado. La pregunta es si hay excepción a las obligaciones de perseguir cuando una amnistía es necesaria para el restablecimiento de la paz». Obviamente las amnistías y los indultos impiden la persecución de los delitos en el territorio donde han sido cometidos debido a la cuestionable legalidad y constitucionalidad de dichas leyes. De todas formas, si un Estado tercero decide empezar las investigaciones sobre hechos cubiertos de amnistías, las leyes relativas a dichos privilegios para determinados sujetos, carecen de validez en otro foro. De esta forma la Audiencia Nacional Española fundamentaba las sentencias sobre los casos Argentina y Chile. Para profundizar el tema, véase el quinto capítulo apartados 5.2 y 5.3.

¹⁹² Sobre este punto véase el documento del Sexto Comité de la Asamblea de las Naciones Unidas, PRINCIPLE OF ‘UNIVERSAL JURISDICTION’ AGAIN DIVIDES ASSEMBLY’S LEGAL COMMITTEE DELEGATES; FURTHER GUIDANCE SOUGHT FROM INTERNATIONAL LAW COMMISSION, en el que se pone de manifiesto la postura de muchos delegados estatales, entre otros lo de España, que se muestran a favor de una reglamentación a nivel internacional de los criterios sobre la aplicación de la jurisdicción universal, cuya falta ha generado incertidumbre y prácticas diferentes en los Estados que han utilizado este criterio para perseguir crímenes internacionales. «The problem facing the Committee was the “existing uncertainties” of the scope and applicability of the principle, the delegate from Greece stressed. While States had different opinions about the practice, Spain’s representative observed, there was no common understanding of the circumstances and conditions of its application. He welcomed both the future work of the newly-established Working Group and the work of the International Law Commission, which had already begun studying this complex principle and the myriad of related issues». Traducción: «El problema que enfrentó el Comité fue las "incertidumbres existentes" sobre el alcance y la aplicabilidad del principio, como subrayó el delegado de Grecia. Si bien los Estados tienen diferentes opiniones acerca de la práctica, el representante de España observó, no había un entendimiento común de las circunstancias y las condiciones de su aplicación. Se auspicia la labor del futuro del Grupo de Trabajo de la Comisión de Derecho Internacional, que ya había comenzado a estudiar este principio complejo y la gran cantidad de temas relacionados». Para profundizar el tema véase la página web: <http://www.un.org/News/Press/docs/2011/gal3415.doc.htm>.

¹⁹³ Traducción: Si ponemos el juez en lugar del legislador el principio de jurisdicción universal llega a ser derecho viviente, también con falta de legislación.

(2007), hemos considerado oportuno afrontar el estudio de la jurisdicción penal universal partiendo de las normas que a nivel internacional han sido creadas en este tema pasando sucesivamente al análisis de los casos enfrentados por los tribunales internos a los Estados; con el objetivo de intentar responder a las preguntas que, como explica Reydam's (2003: 2), son: «under what conditions is the country investigating, or prosecuting the extraterritorial offence internationally competent, and what is the basis in domestic or municipal law for the exercise of jurisdiction?»¹⁹⁴».

3.3 El concepto de jurisdicción penal universal

Conforme con lo expresado por la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas, en su informe de 2013¹⁹⁵:

El establecimiento de la jurisdicción es "un paso previo lógico" a la aplicación de una obligación de extraditar o juzgar a un presunto infractor que se encuentre en el territorio de un Estado. A los efectos del presente tema, cuando el crimen ha sido cometido presuntamente en el extranjero sin vínculo alguno con el Estado del foro, la obligación de extraditar o juzgar reflejará necesariamente el ejercicio de la jurisdicción universal, que es la jurisdicción para determinar la jurisdicción territorial respecto de personas por hechos extraterritoriales cuando ni las víctimas ni los presuntos infractores son nacionales del Estado del foro ni se ha causado presuntamente daño alguno a los propios intereses nacionales del Estado del foro. Ahora bien, la obligación de extraditar o juzgar también puede ser reflejo de un ejercicio de la jurisdicción en virtud de otras razones. Así, si un Estado puede ejercer la jurisdicción amparándose en otra razón, tal vez no sea necesario invocar la jurisdicción universal en el cumplimiento de la obligación de extraditar o juzgar.

¹⁹⁴ Traducción: ¿bajo cuales condiciones un país está competente a investigar, o juzgar delito extraterritorial a nivel internacional, y cuál es la base de la legislación nacional o municipal para el ejercicio de la jurisdicción?

¹⁹⁵ Informe de la Comisión de Derecho Internacional, 65º período de sesiones (6 de mayo a 7 de junio y 8 de julio a 9 de agosto de 2013) página 145. El informe se puede consultar en la siguiente página web: http://legal.un.org/ilc/reports/2013/all_languages/a_68_10_s.pdf.

De tal forma, entendemos por jurisdicción penal universal una tipología de jurisdicción que trasciende los Estados y que no tiene la intención de ligar un determinado crimen a un determinado territorio, sino de ampliar la persecución de algunos crímenes, de interés universal, y que por lo tanto pueden ser juzgados en un país que no tiene ningún interés específico para sus represiones, sino bajo un interés más general de mantenimiento del orden legal internacional¹⁹⁶.

La compétence universelle consiste en l'aptitude d'un juge à connaître d'une infraction indépendamment du lieu où elle a été commise et quelles que soient la nationalité de l'auteur et celle de la victime. Elle peut également être définie «par défaut» comme un critère complémentaire de compétence pour connaître de crimes commis à l'étranger et pour lesquels aucun autre critère de compétence extraterritoriale en s'applique¹⁹⁷ (Bosly y Vardemeersch, 2010: 173).

Este criterio constituye *de facto* una excepción al principio de derecho penal de territorialidad en la persecución de los delitos. Al mismo tiempo, la jurisdicción universal se diferencia de los otros criterios de jurisdicción extraterritorial, como de personalidad activa y pasiva, en cuanto elimina cualquier conexión del crimen con el Estado en que se procede al juicio. Según este principio, los tribunales de cualquier país son competentes a perseguir los crímenes internacionales graves, actos que por su naturaleza afectan los intereses de la Comunidad Internacional. «Universal jurisdiction refers to the competence of *national* judicial authorities (as opposed to an *international judicial body*) with respect

¹⁹⁶ Pigrau Solé (2009: 23) afirma que: «Lo que se percibe es una interacción mutua entre ordenamientos nacionales y derecho internacional. Más que de acuerdo entre Estados que permite activar mecanismos de extensión extraterritorial de la aplicación 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».

¹⁹⁷ Traducción: La jurisdicción universal es la capacidad de un juez para juzgar un delito, independientemente del lugar donde se haya cometido o de la nacionalidad del perpetrador y de la víctima. También se puede definir "default" como criterio adicional de la jurisdicción sobre los delitos cometidos en el extranjero y para los cuales no se aplica ningún otro criterio de jurisdicción extraterritorial

to *crime* (as distinguished from torts)¹⁹⁸» (Reydams, 2: 2003).

En este sentido, esta tipología de jurisdicción intentaría substituirse a las ineficacias jurisdicciones nacionales con la ayuda de tribunales de países no involucrados directamente en actos criminales. «Positively defined, a State exercises universal jurisdiction when it seek to punish conduct that is totally foreign, *ie* conduct by and against foreigners, outside its territory and its extensions, and not justified by the need to protect a narrow self-interest¹⁹⁹» (Reydams, 5 : 2003).

En otras palabras, se prevé que las autoridades judiciales de los Estados puedan aplicar su leyes penales en casos que trascienden el solo Estado; puedan juzgar crímenes internacionales cometidos fuera de su propio territorio por parte de extranjeros. En principio, estos órganos pueden ejercer la acción penal también sin una conexión explícita entre el crimen y el foro. Por lo tanto podemos decir que esta tipología de jurisdicción, en su versión absoluta, está totalmente aislada de los normales criterios o factores que ligán un crimen a los intereses estatales de persecución o, retomando lo dicho en el segundo capítulo de este trabajo, la jurisdicción universal así descrita, se basaría únicamente en la naturaleza del delito cometido sin tener en consideración el lugar de comisión de dicho acto, la nacionalidad de las víctimas o de los presuntos responsables o sin otros elementos que ligán el crimen al Estado donde este último se perseguirá²⁰⁰.

¹⁹⁸ Traducción: La jurisdicción universal se refiere a la competencia de las autoridades judiciales nacionales (en oposición a un organismo judicial internacional) con respecto a los crímenes (a diferencia de los agravios).

¹⁹⁹ Traducción: Positivamente definida, un Estado ejerce jurisdicción universal cuando se trata de castigar una conducta que es totalmente ajena, es decir, su conducta en contra de los extranjeros, fuera de su territorio y sus extensiones, y no justificada por la necesidad de proteger su propio interés.

²⁰⁰ Recientemente el tema ha estado al centro del debate de la Asamblea General de las Naciones Unidas que en diferentes ocasiones ha puesto el acento sobre la necesidad de crear normas internacionales vinculantes, claras y univocas sobre el principio de jurisdicción universal. Me refiero por ejemplo a la Resolución n.64/117 de diciembre de 2009, el texto de la Resolución se puede consultar en la página web: http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/64/117; a la Resolución n. 65/33 de diciembre de 2010, en: http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/65/33; a la Resolución n 66/103, en: http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=%20A/RES/66/103 de diciembre 2011 y a la Resolución n. 67/98 de diciembre de 2012, en la página web: <http://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=A/RES/67/98>.

3.3.1 Jurisdicción universal absoluta o condicionada

Es bien sabido que no hay una única acepción del término jurisdicción universal²⁰¹. Esto es evidente tanto en los trabajos de los expertos internacionales del tema como en las sentencias de los tribunales internos e internacionales que en muchas ocasiones hacen referencia a acepciones diferentes del tema²⁰². Conforme a lo expresado por Cassese (2003) cuando la presencia del acusado es expresamente establecida por ley, estamos frente a una tipología de jurisdicción universal condicionada²⁰³. Mientras que en el caso de jurisdicción absoluta o pura²⁰⁴ no se establecen requisitos para su ejercicio. Más cuestionable resulta la formula en ausencia.

En mi opinión, la explicación más sencilla es que la confusión se origina al no distinguir convenientemente entre el *concepto* de jurisdicción universal y el *ejercicio* de la misma. No cabría hablar de distintas categorías o tipos de jurisdicción universal, sino de *distintas maneras de ejercerla*. La denominada *jurisdicción universal in absentia* no sería un título diferenciado o propio de jurisdicción (como tampoco lo es la jurisdicción territorial *in absentia*) y ni siquiera una categoría o subcategoría de la jurisdicción universal, sino simplemente una manera de ejercerla cuya admisión [...] dista mucho de ser

²⁰¹ Sobre este tema, entre otros, Kissinger(2001), Cassese (2003), Reydams (2003) y Becker (2008). Sobre este aspecto véase la opinión en contra del juez Van Den Wyngaert en el caso Arrest Warrant of 11 April 2000 (Congo v. Belgium), 2002, de Febrero de 2014: «There is no generally accepted definition of universal jurisdiction in conventional or customary international law». Traducción: «En el derecho internacional convencional o consuetudinario no hay una definición generalmente aceptada de jurisdicción universal».

²⁰² En sentencia y en las *separate dissenting opinions* de los jueces Higgins, Kooijmans y Buergenthal en la causa de la República Democrática de Congo contra Bélgica de 2002 delante la Corte Internacional de Justicia, se hace expresa referencia a diferentes modalidades de jurisdicción universal. La versión original, pura del principio, la versión condicionada en ausencia, y en ausencia.

²⁰³ Esto por ejemplo es el caso de Francia donde la presencia del acusado es una exigencia para el ejercicio de la jurisdicción universal y esta exigencia se encuentra expresamente recogida por la legislación nacional. El fundamento de esta exigencia se basa en la eficacia en la persecución de crímenes cometidos en el extranjero. Este tema será profundizado en este capítulo en el apartado 3.7.7.

²⁰⁴ Hasta el año 2003 el Derecho belga preveía una jurisdicción universal pura o incondicional. Este tema será profundizado en este capítulo en el apartado 3.7.4 También en la legislación española antes de la reforma operada con la Ley Orgánica 1 de 2009, estábamos frente a una tipología de jurisdicción absoluta, de hecho, como afirma Sánchez Legido (2014: 9): «[...] hasta tres elementos presentes en la configuración inicial del sistema español de jurisdicción universal permiten afirmar que nos encontrábamos ante un modelo de extraordinaria e inusual amplitud. El primero de ellos no es otro que la aceptación de la jurisdicción universal con carácter puro o absoluto, esto es, sin condicionar su operatividad a la concurrencia de vínculos adicional de conexión y, más particularmente, permitiendo activar los mecanismos de cooperación judicial internacional sin requerir la presencia real, próxima o previsible del sospechoso en territorio español». El tema será profundizado en el capítulo cuarto de la presente tesis.

unánime (Comellas Aguirrezábal, 2010: 69).

En definitiva podemos decir que las diferentes denominaciones no interfieren con la existencia de una justicia universal sino que denotan las diferentes formas en que los países la han codificado y aplicado. Los sistemas jurídicos que no exigen algún vínculo legitimador para el ejercicio de la jurisdicción universal permiten la jurisdicción universal absoluta²⁰⁵; los estados que establecen una serie de condiciones ulteriores, respecto a la mera naturaleza del delito internacional, permiten el ejercicio de la jurisdicción universal aunque condicionado al respecto de dichos requisitos. Sobre este tema se ha expresado también la Asamblea General de las Naciones Unidas en su informe de 2010 sobre el concepto, alcance y límites de esta tipología de jurisdicción:

A este respecto, en algunas observaciones también se hizo una distinción entre una jurisdicción universal que fuera absoluta, ilimitada o incondicional, y una jurisdicción universal que fuera condicional o limitada. La primera, entre otras cosas, permitía el ejercicio de la jurisdicción universal en el proceso penal en rebeldía o in *absentia*, sin que el autor estuviera presente en el territorio del Estado del foro. La segunda se aplicaba si se cumplían una o más condiciones necesarias para el ejercicio razonable de la jurisdicción extraterritorial, de las cuales el factor común era la presencia del presunto infractor en el territorio del Estado del foro. A estas se sumaban otras consideraciones, que dependían de las particularidades de cada jurisdicción nacional, entre ellas la prohibición de extraditar al presunto infractor al Estado del territorio o al Estado de la nacionalidad, o la necesidad de que una autoridad debidamente designada formulara una petición concreta o diera su consentimiento (Asamblea General Naciones Unidas, 2010: 6206).

²⁰⁵ Como afirma Ollé Sesé 2008 (366-367): «En el derecho comparado, diferentes legislaciones internas regulan el principio de jurisdicción universal sin sujeción a ningún vínculo nacional como el artículo 7 de la Ley belga, de 16 de julio de 1993, reformada por la Ley de 23 de abril de 2003, el art. 8.6 del CP danés o el art. 7.5 del CP italiano».

²⁰⁶ Sexagésimo quinto período de sesiones Tema 88 del programa provisional, Alcance y aplicación del principio de la jurisdicción universal. Informe del Secretario General preparado sobre la base de los comentarios y observaciones de los gobiernos. Asamblea General de las Naciones Unidas, 29 de julio de 2010. El informe se puede consultar en la siguiente página web: <http://papersmartv4.unmeetings.org/media/641723/A%2065%20181%20s.pdf>.

Podemos resumir los requisitos previstos en las legislaciones estatales y hacen que la justicia universal sea condicionada de la siguiente forma, conforme a lo establecido en el informe de *Amnesty International* de septiembre de 2001²⁰⁷:

- *Custodial universal jurisdiction* – es decir, la presencia del acusado en el territorio del Estado del foro: «Generally, it is considered sufficient under this restrictive type of universal jurisdiction that the suspect be in the territory of the forum state at the time an investigation formally opens²⁰⁸».
- *Requirements of subsequent adoption of citizenship or residence*- Requisitos de la posterior adquisición de la ciudadanía o de residencia. Este último se refiere al límite de que el sospechoso adquiere posteriormente la nacionalidad o la residencia en el Estado del foro.
- *Requirement that an extradition request be refused*- el requisito de la negación de la extradición.
- *Double criminality*- doble incriminación. Se requiere que los hechos constituyan delito tanto en la jurisdicción del Estado del foro como en la jurisdicción del Estado territorial o el Estado que ha pedido la extradición.
- *Geographic limits*- los límites geográficos con respecto a los crímenes de guerra
- *Temporal limitations to particular time periods*- limitaciones temporales
- *Prohibitions on retrospective application of universal jurisdiction*- Prohibición de la irretroactividad de la aplicación de la jurisdicción universal.

Estas variantes indican las modalidades con las cuáles los Estados que han

²⁰⁷ Informe de *Amnesty International*: UNIVERSAL JURISDICTION: The duty of states to enact and implement legislation Chapter One (Definitions), septiembre 2001 página 15. El informe se puede consultar en la página web: <http://www.amnesty.org/es/library/asset/IOR53/003/2001/en/a866e900-d8f0-11dd-ad8c-f3d4445c118e/ior530032001en.pdf>.

²⁰⁸ Traducción: «Generalmente, es considerado suficiente bajo esta tipología de restricción a la jurisdicción universal que el sospechoso esté en el territorio del Estado del foro en el momento de la apertura formal de la investigación».

interpretado y aplicado esta tipología de jurisdicción. En su sentido más auténtico o introduciendo unas restricciones legales a su utilización. Conforme con lo expresado por el Tribunal Constitucional Español en el caso Guatemala²⁰⁹, en el caso español, la formulación inicial del precepto de justicia universal, contenida en el artículo 23.4 de la Ley Orgánica 6 de 1985, instauraba una jurisdicción de carácter absoluto²¹⁰:

[...] El artículo 23.4 LOPJ otorga, en principio, un alcance muy amplio al principio de justicia universal, puesto que la única limitación expresa que introduce respecto de ella es la de la cosa juzgada [...]. En otras palabras, desde una interpretación apegada al sentido literal del precepto, así como también desde la *voluntas legislatoris*, 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 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.

El hecho de tener variantes y de ser interpretada y aplicada en diferentes formas conlleva seguramente a consecuencias importantes y que deben ser tenida en cuenta a la hora de evaluar la *praxis* de los Estados en materia²¹¹. De todas formas, cabe recordar que

²⁰⁹ Sentencia n.237/2005, Segunda Sala de lo Penal, de 25 de febrero de 2005. Esta sentencia será profundizada en el quinto capítulo de esta tesis, apartado 5.4.

²¹⁰ Para profundizar esta temática, véanse los capítulos 4 y 5 de esta tesis donde se analiza el recorrido hecho por el legislador español en tema de justicia universal (capítulo 4) y los casos más relevantes tratados por los tribunales españoles (capítulo 5).

²¹¹ Como afirma Philippe (2006: 379): «Nonetheless, implementation of the general principle remained difficult, as the principle of universal jurisdiction is an issue not only of international but also of national law. States are entitled to grant their own courts universal jurisdiction over certain crimes as a result of a national decision, and not only of a rule or principle of international law. Consequently, the universal jurisdiction principle is not uniformly applied everywhere. While a hard core does exist, the precise scope of universal jurisdiction varies from one country to another, and the notion defies homogeneous presentation. Universal jurisdiction is thus not a unique concept but could be represented as having multiple international and national law aspects that can create either an obligation or an ability to prosecute. It is therefore difficult to gain a clear picture of the overall situation». Traducción: «No obstante, la aplicación del principio general sigue siendo difícil, debido a que el principio de la jurisdicción universal es un problema no sólo de internacional, pero también de la ley nacional. Los Estados tienen derecho a otorgar a sus propios tribunales universales jurisdicción sobre ciertos delitos, como resultado de una decisión nacional, y no sólo de un regla o principio de derecho internacional. En consecuencia, el principio de jurisdicción universal no se aplica de manera uniforme en todas partes. Si bien existe un núcleo duro, el alcance preciso de la jurisdicción universal varía de un país a otro, y la

el hecho de que algunos países condicionan la utilización del principio al respeto de una serie de requisitos internos, no significa que al estado actual no exista o se esté menguando la *opinio juris* de los Estados sobre la necesidad de mantener en pie una justicia universal absoluta. Como afirma Macedo (2004), es un hecho indudable que, debido a la dificultades prácticas de poner en marcha este principio en un Estado lejano a la comisión de los hechos y que no tiene otras conexiones con estos últimos sino el interés general de protección de los valores compartidos por el conjunto de naciones, una jurisdicción universal condicionada resuelve algunos de los problemas básicos para la activación de los tribunales internos; de todas formas, el Derecho Internacional general sobre esta materia no requiere requisitos para la aplicación de dicho principio aunque deje los Estados libres de determinar cómo codificar este principio en el interior de su legislaciones con el único límite cumplir las obligaciones internacionales evitando la impunidad de los hechos.

Sin embargo, las prácticas estatales tendientes a la aplicación de la sola jurisdicción universal condicionada, conllevan a pensar que se está creando aquel proceso en el Derecho consuetudinario encaminado a la creación de una futura norma consuetudinaria basada en una *opinio juris* contraria a la mencionada con anterioridad, que se centra sobre la necesidad de implementar normas que establezcan limitaciones o restricciones al principio antes mencionado y que finalmente condicionen su utilización, y que, de esta forma, podría sobreponerse a la normas internacionales existentes²¹².

noción desafía su presentación homogénea. Por tanto, la jurisdicción universal no es un concepto único y podría ser representado teniendo en cuenta múltiples aspectos internacionales y nacionales de derecho que pueden crear bien una obligación, o una capacidad de procesar. Por tanto, es difícil obtener una imagen clara de la situación general.

²¹² Este tema será profundizado en el capítulo cuarto apartado 4.6 de esta tesis.

3.4 Evolución del concepto de justicia universal: contextualización histórica

Como afirma Bassiouni (2001b: 10), hasta la segunda década del siglo veinte podemos ver como la práctica de los Estados, tanto con respecto a la facultad para prescribir y la facultad para hacer cumplir, la dos caras de la jurisdicción, demuestran la fuerte convicción de los Estados de conservar la conexión existente entre la soberanía en su contexto territorial y el ejercicio judicial de la jurisdicción penal nacional. Fue a partir del 1920 que los países empezaron a razonar en términos de capacitar sus tribunales a conocer casos que excedían el territorio nacional a través del principio de personalidad activa. Sucesivamente a éste se agregaron otros criterios para ejercer extraterritorialmente la jurisdicción penal. Me refiero al criterio de los intereses nacionales o de la personalidad pasiva. Sin embargo: «Estas teorías de jurisdicción extraterritorial reflejan una conexión territorial o una conexión entre las facultades de prescribir y de hacer cumplir la ley entre un Estado y sus nacionales» (Bassiouni 2001b: 12).

El término justicia universal, creado en este contexto, se solía utilizar cuando se hablaba de los mecanismos útiles para encontrar soluciones a los problemas derivados de la aplicación de la ley penal en el espacio (Ledesma Bartret, 2014: 33). Muchos expertos de esta materia suelen encontrar en la sentencia de la Corte Permanente de Justicia de 1927, relativamente al caso *Lotus*, la materialización del principio de jurisdicción universal. Por lo tanto, como afirma Comellas Aguirrezábal (2010:72): «El fundamento del pretendido principio no estibaría, por tanto, en la naturaleza del delito sino en el *locus delicti*. Desde esta perspectiva, expandir el ámbito de la jurisdicción universal sería contrario a la racionalidad histórica del principio».

En su análisis al desarrollo del principio de jurisdicción universal, la autora antes mencionada llega a criticar esta postura sobre todo en lo relativo a lo que ella llama «sus olvidos»:

Este argumento puede, no obstante, criticarse por sus «olvidos». En primer lugar, porque omite que, si bien el *locus delicti* constituía el principal fundamento para admitir la jurisdicción de los Estados en el caso de la piratería, no es menos cierto que otros factores contribuían a tal admisión: el primero, que la piratería llegó a constituir una verdadera amenaza para la seguridad de la navegación marítima, fundamental en aquella época para el sustento económico de los Estados; el segundo, que el propio *lugar* de comisión, el alta mar, dificultaba la represión de los autores y contribuía a la impunidad de quienes se habían convertido en *hostis humani generis*» (Comellas Aguirrezábal, 2010: 72).

La importancia del caso *Lotus* es notoria, debido a que por primera vez se sentaron las bases para exceder los límites territoriales en el caso de la comisión de un acto de piratería. Los piratas, en ocasiones eran considerados hombres sin patria, cometían crímenes en contra de la navegación pacífica en el alta mar, lugar que se encuentra fuera de la soberanía de un Estado. La dimensión extraterritorial de los delitos como la piratería que afectan a los intereses comunes de los estados múltiples, se transforma en la dimensión internacional de un delito que afecte a los intereses de todos los Estados.

Sin embargo, fue a través del desarrollo sucesivo de las normas de Derecho penal internacional y de la jurisprudencia de los Tribunales militares de Nuremberg y de Tokyo, que la jurisdicción universal encontró su legitimación como uno de los mecanismos para la protección de aquellos intereses superiores, *jus cogens*, y la persecución de las graves violaciones cometidas en sus contra. Fue el caso de Adolf Eichmann de 1961, juzgado por los tribunales israelíes²¹³, el que abrió el camino hacia la utilización del principio.

Más que 30 años después, España dio un importante paso en este desarrollo. En

²¹³ La Corte Suprema de Israel en el caso Eichmann afirmó que la jurisdicción para juzgar crímenes bajo el Derecho Internacional es universal y que el poder de cada Estado de investigar y perseguir el crimen se basa en el Derecho Internacional consuetudinario. Conforme a lo expresado por Olle Sesé (2008: 465): «La Corte Suprema no vaciló en declarar que el derecho del Estado de Israel a castigar al acusado derivaba de una fuente universal – patrimonio de toda la humanidad – que atribuye el derecho de perseguir y castigar los crímenes de esta naturaleza y carácter, porque afectan a la comunidad internacional, a cualquier Estado de la familia de naciones, y el Estado que actúa judicialmente lo hace en nombre de la comunidad internacional».

1996 revive aquella esperanza de las víctimas de crímenes internacionales de ver condenados a sus victimarios; En este año, se abrieron causas en este país, sobre los crímenes cometidos durante la década de los 70s y 80s, durante las dictaduras chilena y argentina²¹⁴. De hecho, muy importante ha sido el papel de las víctimas, como las Madres de la Plaza de Mayo, que decidieron acudir a la justicia española (Prada Solaesa, 2014: 29). Este acontecimiento llevó a otras víctimas a presentar denuncias por los crímenes cometidos bajo la dictadura chilena, en particular contra Augusto Pinochet por crímenes contra la humanidad²¹⁵. Pero el éxito de estas iniciativas judiciales, por lo menos al principio, resultó totalmente inesperado²¹⁶:

Hasta el arresto de Augusto Pinochet en Londres para ser extraditado a España, donde se pretendía juzgarlo por la comisión de crímenes contra la humanidad, pocas personas en Chile se preocupaban de la jurisdicción universal. La ratificación de la Convención contra la Tortura de 1984 por el gobierno de Pinochet se hizo obviamente pensando que el ejercicio de la jurisdicción universal jamás alcanzaría a los actos de la dictadura chilena (Fuentes Torrijo, 2004: 123).

Seguramente el caso que constituyó un verdadero logro (Garzón, 2014: 42) y al mismo tiempo reafirmó la idea de no considerar la justicia universal como algo excepcional sino más bien como un mecanismo complementario para la persecución de los crímenes internacionales, fue el caso de Adolfo Scilingo. Con una sentencia histórica, el 1 de octubre de 2007 el Tribunal Supremo español condenó a Scilingo a 1084 años de cárcel²¹⁷. Garzón afirma que este caso fue emblemático de la nueva postura de los Estados

²¹⁴ Este tema será profundizado en el quinto capítulo de esta tesis, apartados 5.1, 5.2 y 5.3.

²¹⁵ Sobre este aspecto véase: *The Pinochet Precedent: How Victims Can Pursue Human Rights Criminals Abroad*, Human Rights Watch Update, en: <http://www.hrw.org/es/reports/1998/11/01/pinochet-precedent>.

²¹⁶ De esta forma, entre otros, Ferrer Lloret (2008: 193-194): «En efecto, en los ochenta y primera mitad de los noventa el recurso por parte de la Audiencia Nacional (AN) al art. 23.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ) de 1985 como respuesta a los atentados más groseros contra la dignidad humana ocurridos en terceros Estados que permanecían impunes, dormía el sueño de los justos. Del que vendrá a despertar bruscamente ante la interposición de sendas denuncias y posteriores querrelas a lo largo de 1996 [...]».

²¹⁷ Véase el apartado 5.3 del quinto capítulo de esta tesis.

en cuanto a la lucha a la impunidad, en particular España.

Desde esta fase inicial, donde se pone en marcha la lucha a la impunidad a través de los mecanismos previstos en los tratados internacionales sobre la prevención y sanción de crímenes internacionales, en la historia de este principio pasamos a una segunda fase menos exitosa, en la que los Estados cuestionan la justicia universal y proponen cambios legislativos aptos a frenar un uso abusivo del mismo, cuando entran en juego intereses económicos y de política internacional²¹⁸. Conforme a lo expresado por la doctrina mayoritaria, ahora estamos frente a una tercera fase en que los Estados piden reglas claras y unívocas sobre el principio de justicia universal, sobre todo en lo referente a las características y límites de esta tipología de jurisdicción.

Como afirma Prada Solaesa (2014: 30), a nivel histórico podemos distinguir diferentes etapas:

una vez pasada una primera etapa de inicio, en la que con las dificultades vistas [...] puede decirse que se asienta y arraiga la idea de que existe una justicia internacional, que se producen y se exteriorizan manifestaciones claras de la misma y se llega incluso a determinados inopinados logros y que su éxito, aunque relativo y parcial, es no obstante impactante, se pasa a una segunda en la que [...] se pone en cuestión su futuro sobre todo con leyes cada vez más agresivas con las que se pretende desactivar [...] la jurisdicción extraterritorial. Ahora [...] nos encontraríamos en los prolegómenos de una tercera etapa, en la que la jurisdicción universal debe reelaborarse [...] [para que sea considerada] útil y necesaria.

²¹⁸ Entrarían en esta etapas las reformas legislativas avanzadas en Bélgica en 2003 y las dos reformas españolas de 2009 y 2014.

3.4.1 La evolución del concepto en relación a los crímenes internacionales

Podemos decir que, partiendo del crimen de piratería²¹⁹, el principio de jurisdicción penal universal se ha extendido a otros actos de graves violaciones al derecho internacional como el crimen de esclavitud. A través del crimen de piratería se abrió el camino hacia una jurisdicción extraterritorial y después universal y como explica Fitzmaurice (1953), desde este momento se ha tenido que contestar a la siguiente pregunta: ¿cuándo la jurisdicción extraterritorial está permitida o no prohibida?

Como explica Bassiouni (2001b: 2):

El ejercicio de la jurisdicción universal se encuentra generalmente reservado para los crímenes internacionales más graves, tales como crímenes de guerra, crímenes contra la humanidad, y el genocidio. Sin embargo, puede haber otros crímenes internacionales respecto de los cuales un tratado aplicable establece dicha base jurisdiccional, como es el caso del terrorismo.

En este ámbito, podemos decir que cuando los hechos penalmente relevantes *are universal in nature, transcending the interest of any one state*²²⁰, o cuando el criterio jurisdiccional consiste en el *International concern*²²¹ de la situación o del bien que debería protegerse, el Derecho Internacional convencional vigente impone una obligación para los Estados al ejercicio de la jurisdicción penal; también sin la presencia de una relación con el ordenamiento del Estado que procede.

Interesante resulta el análisis llevado a cabo por Becker (2008) sobre la evolución que el concepto ha tenido en relación a las diferentes tipologías de crímenes

²¹⁹ Conforme a lo expresado por Bassiouni (2001b: 24-25), en un inicio podemos ver como no se podía hablar de jurisdicción verdaderamente universal en relación a la persecución del crimen de piratería. De hecho, la persecución y sanción del crimen, aunque de forma extraterritorial, se fundamentaba en la protección de los intereses del Estado de bandera y en su derecho a defenderse de los piratas y si fuera el caso a perseguirlos y castigarlos como medida de prevención y sanción del delito. «No obstante, la **jurisdicción universal** para prevenir y eliminar la piratería ha sido ampliamente reconocida en el derecho internacional consuetudinario como el crimen internacional por excelencia al cual se aplica la universalidad» y sucesivamente reconocida por el Derecho Internacional convencional. Para profundizar este tema véase el primer capítulo de esta tesis en el apartado 1.4.1.

²²⁰ Traducción: son de carácter universal, que trasciende el interés de un Estado.

²²¹ Traducción: La preocupación internacional.

internacionales. Por analogía al crimen de piratería, que como explica Randall (1988: 794): «Piracy may comprise particularly heinous and wicked acts of violence or depredation, which are often committed indiscriminately against the vessels and nations of numerous states²²²», otras graves violaciones a los intereses de la Comunidad Internacional, han sido consideradas meritorias de una tutela más precisa y eficaz. Entre estas conductas se consideraban crímenes de competencia universal la esclavitud, el crimen de apartheid, los crímenes de guerra, el genocidio y la tortura. De hecho: «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 order²²³» (International Law Association London Conference, 2000: 3²²⁴).

Las mismas instancias internacionales, como es el caso del tribunal para la ex-Yugoslavia, han apoyado e incrementado la creación de esta obligación internacional consuetudinaria y convencional de perseguir las violaciones de derecho internacional humanitario. En el asunto *Hadzihasanovic and Kubura*, párrafo 259-60, la Corte para la ex-Yugoslavia ha señalado que:

Looking at the various International instruments governing humanitarian law and criminal law, it would appear that there is no written rule which obligates State to prosecute serious breach of International humanitarian law on the basis of the International laws on war crimes. As such, States generally refuse to initiate proceedings solely on the basis of customary International law. (...) As such, there is no rule, either in customary, or in positive International law, which obligates state to prosecute acts which can be characterized as war crimes solely on the basis of international humanitarian law, completely setting

²²² Traducción: «La piratería puede comprender actos particularmente odiosos y malvados de la violencia o la depredación, que a menudo se han cometido de forma indiscriminada contra las naves y las naciones de numerosos Estados».

²²³ Traducción: «Al calificar ciertos delitos como sometidos a la jurisdicción universal de la comunidad internacional señala que son tan atroces que representan una amenaza para el orden jurídico internacional».

²²⁴ COMMITTEE ON INTERNATIONAL HUMAN RIGHTS LAW AND PRACTICE. El texto se puede consultar en: <http://webcache.googleusercontent.com/searchq=cache:ViNG3x9P9UEJ:www.ilahq.org/download.cfm/docid/43F56C67-C59D-496EA7C9FF418D88FCF4+&cd=2&hl=es&ct=clnk&gl=es>.

aside any characterizations of their national criminal law²²⁵.

Como hemos mencionado en los apartados relativos a las normas de *soft law* en tema de jurisdicción universal, estas últimas, y me refiero por ejemplo a los Principios de Princeton y a la Declaración de Madrid, han aportado muchas novedades en lo referente a los crímenes internacionales que se deberían considerar como sometidos a la jurisdicción universal. Lógicamente el papel que estas normas despegan es limitado, debido a la falta de efectos jurídicos vinculantes, pero como hemos dicho, pueden constituir las bases para el futuro desarrollo de normas vinculantes, sean consuetudinarias o convencionales.

Por lo que se refiere a los Principios de Princeton, de particular interés resulta el principio segundo donde se incluye en el listado de delitos perseguibles, los crímenes en contra de la humanidad. Seguramente esta inclusión ha estado presente en las mente de los legisladores estatales que en diferentes ocasiones, a la hora de codificar en sus ordenamientos el principio de justicia universal han insertado en el listado de los crímenes los delitos en contra de la humanidad, siendo graves violaciones a los valores fundamentales de la Comunidad Internacional, así como codificados también en los Estatutos de los Tribunales Internacionales.

El tema de los delitos perseguibles bajo el principio de justicia universal sigue estando al centro del debate internacional. De hecho actualmente, una parte de la doctrina, pretende que la jurisdicción universal exista con respecto a todos los crímenes internacionales (Werle, 2005: 60); mientras que otra parte de la Doctrina, como la asociación de los internacionalistas del Instituto de Derecho Internacional (2006: 297) en

²²⁵ Traducción: En cuanto a los diversos instrumentos internacionales que rigen el derecho humanitario y el derecho penal, parece que no hay ninguna regla escrita que obligue a los Estados a perseguir la violación grave del derecho internacional humanitario sobre la base de las leyes internacionales sobre crímenes de guerra. Por lo tanto, los Estados suelen negarse a iniciar el procedimiento únicamente sobre la base del derecho internacional consuetudinario. (...) Como tal, no existe una norma, ya sea consuetudinaria o en el derecho positivo internacional, que obligue a los Estado a enjuiciar los actos que pueden calificarse como crímenes de guerra únicamente sobre la base del derecho internacional humanitario, dejando de lado completamente las caracterizaciones de su derecho penal nacional.

su resolución durante su sesión de Cracovia en 2005²²⁶, afirman que la jurisdicción universal debe ser reconocida específicamente por los Estados, y que no deriva automáticamente del carácter de un delito como crimen internacional. En la doctrina española, siguen la primera tendencia Juste Ruiz (2000) y Orihuela (2000) que defienden la aplicabilidad del principio a todos los crímenes internacionales.

Como en el caso del crimen de Piratería, también en el caso de Tortura parece unánime que la prohibición y castigo de los actos que constituyen el crimen en cuestión conlleve al ejercicio de la jurisdicción universal por parte de los Estados. El estatus de *jus cogens* de la norma internacional sobre la prevención y sanción de los actos de tortura y las praxis estatales confirman dicha postura. Como hemos visto en el segundo capítulo de esta tesis, hablando de la legislación de los Estados Unidos, el *Alien Tort Claims Act* y el *Torture Victim Protection Act*, desde el famoso caso *Filartiga contra Peña Irala*, se han abierto numerosos juicios civiles basados en los crímenes de torturas cometidos por extranjeros en contra de extranjeros.

Por lo que se refiere a la jurisdicción penal universal, diferentes países entre ellos Bélgica, Holanda, Reino Unido, España y Holanda han utilizado esta tipología de jurisdicción para perseguir el crimen de tortura. Un ejemplo de ello es el caso *Bouterse*, delante de los tribunales holandeses, en el que el Estado ha reconocido el carácter de *jus cogens* de la prohibición de la tortura y la facultad de activar la jurisdicción universal para juzgar a los responsables²²⁷.

Por lo que se refiere a las graves violaciones de las leyes y costumbres de guerra, las tendencias internacionales nos muestran el gran número de legislaciones nacionales que en los últimos años, en cumplimiento de las obligaciones derivadas por los Convenios de

²²⁶ Véase la nota 31. El texto de la Resolución se puede consultar en la siguiente página web: http://www.idi-il.org/idiE/resolutionsE/2005_kra_03_en.pdf.

²²⁷ En este caso, que será profundizado en los apartados sucesivos, los tribunales holandeses establecieron que el ejercicio de la jurisdicción universal para los crímenes de tortura había alcanzado estatus consuetudinario.

Ginebra y Protocolo Adicional²²⁸ y del Estatuto de la Corte Penal Internacional, han incorporado explícitamente en su ordenamiento los tipos penales correspondientes los contemplados como crímenes de guerra en dichas normas internacionales y han reconocido el ejercicio de la jurisdicción universal sobre los mismos, como Bélgica y Holanda; mientras que otros Estados como Alemania y España también si no han reconocido explícitamente el principio de jurisdicción universal sobre dichas conductas, han previsto una clausula final en las leyes que establecen este principio²²⁹, en la que se contiene la disposición sobre la aplicación del principio a aquellas conductas que están previstas por los Tratados internacionales ratificados por dichos países. Sin embargo el creciente número de Estados que establecen la jurisdicción universal sobre dichas conductas no se refleja en las prácticas estatales. De hecho, un número escaso de casos basados esta tipología de jurisdicción ha sido llevado delante los tribunales nacionales.

Debido a las dificultades de llevar a cabo juicios pasados sobre dichos crímenes, un número elevado de Estados ha reconocido la importancia de crear unidades especializadas en la persecución de dichos actos. Estas unidades especializadas ya son una realidad en algunos países como Bélgica, Dinamarca, Francia, Alemania, Holanda, Noruega, Suecia, Suiza, Inglaterra, Canadá y Estados Unidos (Dicker, 2013: 236).

Pasando al crimen de genocidio, como hemos visto en el primer capítulo de esta tesis, la Convención sobre la prevención y represión del crimen de genocidio permite afirmar que el genocidio está sujeto al principio de justicia universal, al determinar un compromiso de los Estados-Parte de prevenirlo, sancionarlo e incorporarlo a su legislación nacional para asegurar el cumplimiento de las obligaciones derivadas de la Convención

²²⁸ Del análisis en conjunto de los Cuatro Convenios de Ginebra y del Protocolo adicional se puede asumir que la obligación penal de cumplir y hacer cumplir las normas internacionales incluye implícitamente el derecho de los Estados Partes de los mismos a ejercitar la jurisdicción universal; siempre teniendo en cuenta sus obligaciones derivadas por las leyes nacionales.

²²⁹ Para profundizar el tema véase Sánchez Legido (2004: 152 y sucesivas) y Bollo Arocena (2004: 382 y sucesivas).

(Ollé Sesé, 2008: 553), no obstante una fase inicial en la que los Estados se mostraban desconfiados hacia el ejercicio de esta tipología de jurisdicción. Como explica Bollo Arocena (2004: 387), en esta fase, que coincidió con los labores de preparación de la Convención sobre el genocidio, resultó difícil sino imposible introducir una norma en la misma en la que se establecía de forma directa el ejercicio de la jurisdicción universal, consecuentemente un número limitado de países reconoció en un principio la aplicabilidad del principio por crímenes de genocidio.

Sin embargo, pesar que a nivel histórico nos encontramos frente a un número escaso de Estados que preveían en sus legislaciones nacionales normas sobre la aplicabilidad del principio de justicia universal con relación a los crímenes de genocidio y a que en muy pocos casos llegamos a juicios basados sobre dichos actos, véanse los casos *Eichmann y Demjanjuk*, en la actualidad un gran número de países han incorporado los crímenes de genocidio en su legislaciones y establecido la capacidad de sus tribunales de ejercer jurisdicción universal sobre dichos actos, véanse los casos *Guatemala, Kadic c. Karadzic, Jordic, Javor , Dusko Tadic, Nulyarimma v. Thompson, Dusko Cvjetkovi*.

Finalmente, por lo que se refiere a los crímenes en contra de la humanidad, desde una perspectiva de Derecho comparado, a nivel histórico podemos ver como los Estados, a falta de un tratado internacional²³⁰ sobre esos delitos, se han mostrado reacios a implementar sus propias normas internas incluyendo y codificando explícitamente dichos crímenes.

Sin embargo, esto no ha constituido un límite absoluto para el ejercicio de la jurisdicción universal; de hecho en las *praxis* estatales podemos apreciar diferentes posturas sobre este tema, la primera de las cuales afirma la competencia de los tribunales

²³⁰ Como afirma Bassiouni (2001b: 32): «También es importante hacer notar que no existe una convención especializada para “crímenes contra la humanidad”. Como consecuencia de ello, uno no puede decir que exista una ley convencional que establezca la **jurisdicción universal** para “crímenes contra la humanidad”».

nacionales, aunque en ausencia de la tipificación del crimen en el Derecho interno, debido a que la prohibición de los crímenes contra la humanidad forma parte de aquel Derecho Internacional consuetudinario que hemos definido como *jus cogens* y que por lo tanto crea normas universalmente aceptadas y obligaciones *erga omnes* para los Estados. Mientras que del otro lado Estados como Reino Unido, donde en el mismo caso Pinochet, los Lores afirmaron que en ausencia de previsión legislativa interna, no es posible considerar que un determinado delito de Derecho Internacional lleve asociada jurisdicción universal. De esta forma se expresa Sánchez Legido (2004: 209).

De todas formas, los países actualmente se han mostrado más dispuestos a abrir casos basados en la justicia universal sobre dichos actos. Como expone Bassiouni (2014: 460), el profesor Máximo Langer que ha investigado el tema de la persecución de crímenes contra la humanidad a través de la jurisdicción universal, ha encontrado treinta y dos casos llevados a cabo por cortes nacionales en estos últimos años. En particular en Australia, Austria, Bélgica, Canadá, Dinamarca, Francia, Alemania, Israel, Holanda, Noruega, España, Suiza y el Reino Unido.

3.5 Las fuentes de derecho

Como hemos mencionado en el primer apartado de este capítulo, una de las problemáticas que se tienen que enfrentar cuando se habla de jurisdicción universal es determinar la naturaleza del principio en relación a los diferentes crímenes internacionales por los que este último puede ser utilizado²³¹. Al estado actual, la falta de un tratado internacional sobre el principio de jurisdicción universal que regule la materia ha creado numerosos obstáculos y ha fortalecido la incertidumbre sobre los elementos, características y límites de esta tipología de jurisdicción. Además de esto, ha provocado una *praxis* de los

²³¹Sobre este aspecto, entre otros Pigrau Solé (2009) y Ollé Sesé(2008).

Estados heterogénea que no ha permitido establecer reglas generalizadas sobre dichos aspectos.

A falta de un tratado internacional, ¿cuáles son las normas internacionales sobre las que se basa el principio de jurisdicción universal? Esta pregunta ha estado al centro de los debates y pronunciamientos tanto por parte de los tribunales estatales como de los tribunales internacionales que a diferente título se han ocupado del tema. Seguramente las normas de *soft law*, como los Principios de Princeton o de Brussels y la más reciente Declaración de Madrid²³², han contribuido a aclarar el alcance y los criterios, aunque no plenamente compartidos por los Estados, de esta jurisdicción. Por lo tanto resultarán un buen punto de partida para el estudio de esta materia.

Además de las normas no vinculantes antes mencionadas, las fuentes normativas de este principio resultan ser las normas consuetudinarias que establecen la prevención y represión de determinadas conductas internacionalmente relevantes, y los convenios internacionales ratificados por los Estados²³³. En todo caso, para poderse activar, el principio necesita ser codificado por los ordenamientos internos. Como afirma Philippe (2006: 379):

The recognition of universal jurisdiction by the state as a principle is not

²³² Este tema ha sido profundizado en el apartado 3.5.1.2 de este capítulo.

²³³ Como se afirma en la Resolución del Instituto de Derecho Internacional, sesión 17, Cracovia 2005, "Universal criminal jurisdiction with regard to the crime of genocide, crimes against humanity and war crimes", por el que se afirma: «1. Universal jurisdiction in criminal matters, as an additional ground of jurisdiction, means the competence of a State to prosecute alleged offenders and to punish them if convicted, irrespective of the place of commission of the crime and regardless of any link of active or passive nationality, or other grounds of jurisdiction recognized by international law. 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, in particular by virtue of clauses which provide that a State party in the territory of which an alleged offender is found shall either extradite or try that person». Traducción: «1. La jurisdicción universal en materia penal, como criterio adicional de jurisdicción, significa la competencia de un Estado para enjuiciar a los presuntos culpables y castigarlos si son declarados culpables, con independencia del lugar de comisión del delito, y al margen de cualquier vínculo de nacionalidad pasivo o activo u otros requisitos reconocidos por el derecho internacional. 2. La jurisdicción universal se basa principalmente en el derecho internacional consuetudinario. También se puede establecer en virtud de un tratado multilateral en las relaciones entre las partes contratantes, en particular, en virtud de las cláusulas que establecen que un Estado Parte en cuyo territorio se encuentre un presunto delincuente deberá extraditar o juzgar a esa persona». El texto de la Resolución se puede consultar en la siguiente página web: http://www.idi-iil.org/idiE/resolutionsE/2005_kra_03_en.pdf.

sufficient to make it an operative legal norm. There are basically three necessary steps to get the principle of universal jurisdiction working: the existence of a specific ground for universal jurisdiction, a sufficiently clear definition of the offence and its constitutive elements, and national means of enforcement allowing the national judiciary to exercise their jurisdiction over these crimes²³⁴.

Por esta razón el análisis de las fuentes no puede alejarse de las legislaciones de los Estados que de hecho prevén la jurisdicción de los tribunales internos en relación a determinadas conductas internacionales :

Un juez nacional puede, por tanto, encontrar en las normas consuetudinarias internacionales elementos de apoyo para el ejercicio de su jurisdicción, pero no debe presumirse que basten por sí solos, 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 (Pigrau Solé, 2009: 32).

Pasando a las normas convencionales, los tratados internacionales que se ocupan de la persecución de los crímenes internacionales establecen disposiciones penales que también hacen referencia a la tipología de jurisdicción sobre dichos crímenes. De todas formas, en muy pocos casos encontramos, implícitamente²³⁵ o explícitamente²³⁶, una

²³⁴ Traducción: «El reconocimiento de la jurisdicción universal por parte del Estado como principio no es suficiente para que sea una norma jurídica operativa. Básicamente, hay tres pasos necesarios para conseguir un principio de jurisdicción universal operativo: la existencia de un motivo específico de la jurisdicción universal, una definición suficientemente clara de la infracción y sus elementos constitutivos, y los medios nacionales de la aplicación que permite la judicatura nacional para ejercer su jurisdicción sobre estos crímenes».

²³⁵ Un ejemplo de lo dicho lo podemos encontrar en lo referente al artículo VI de la Convención para la persecución del crimen de genocidio o la Convención contra la tortura y otros tratos inhumanos y degradantes; sobre este aspecto véase, entre otros, Prada Solaesa (2014: 21). También si no se establece claramente la facultad de los Estados de activar su jurisdicción para perseguir conductas cometidas en el extranjero y contra extranjeros, esta facultad se puede inferir del carácter de *jus cogens* de la norma y de las obligaciones *Tribunal Internacional de Justicia en el asunto Bosnia Herzegovina c. Yugoslavia* que derivan de ella. Es indiscutible que los Estados tienen que cooperar con el fin de no dejar impune estos hechos. De esta forma se ha expresado también el Tribunal Internacional de Justicia en el asunto *Bosnia Herzegovina c. Yugoslavia* de 1996: «Lastly, as to the territorial problems linked to the application of the Convention, the Court is of the view that it follows from the object and purpose of the Convention that the rights and obligations enshrined by the Convention are rights and obligations erga omnes. The Court

referencia a esta jurisdicción. Por ejemplo, implícitamente, estas convenciones permiten o no excluyen la inclusión de la jurisdicción universal como medio para lograr el resultado final: enunciar y castigar a los responsables. Además, los convenios internacionales que prevén esta jurisdicción²³⁷ a veces imponen²³⁸, otras veces facultan²³⁹ a los Estados a su

notes that the obligation each State thus has to prevent and to punish the crime of genocide is not territorially limited by the Convention» (I.C.J. Summary of the Judgment of 11 July 1996 <http://www.icj-cij.org/docket/index.php?sum=479&p1=3&k=f4&case=122&p3=0>) Traducción: «Por último, en cuanto a los problemas territoriales vinculados a la aplicación de la Convención, la Corte es de la opinión que del objeto y propósito de la Convención y que los derechos y obligaciones consagrados en la Convención son derechos y obligaciones erga omnes. El Tribunal señala que la obligación de cada Estado por lo tanto tiene que prevenir y sancionar el delito de genocidio no se limita territorialmente por la Convención».

²³⁶ Sobre este tema véase, entre otros Pigrau Solé (2009: 23):«[...] 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 internacional, 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. Si 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». En la misma línea, Prada Solaesa (2014: 21):«Así algunos tratados, especialmente los cuatro Convenios de Ginebra de 1959, imponen expresamente la obligación a todos los Estados de perseguir a los responsables de crímenes de guerra independientemente de su nacionalidad y del lugar donde se haya cometido el delito».

²³⁷ Podemos mencionar algunos de ellos: Convention for the Suppression of Unlawful Seizure of Aircraft, The Hague, 16 December 1970, 860 UNTS 105, article 4(2); Convention for the Suppression of Unlawful Acts against the Safety of Civilian Aircraft, Montreal, 23 September 1971, 974 UNTS 177, article 5(2); Convention on the Prevention and Punishment of Crimes against Internationally Protected Persons, including Diplomatic Agents, New York, 14 December 1973, 1035 UNTS 167, article 3(2); Convention against the Taking of Hostages, New York, 17 December 1979, 1316 UNTS 205, article 5(2); Convention on the Physical Protection of Nuclear Material, Vienna, 3 March 1980, 1456 UNTS 124, article 8(2); Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment, New York, 10 December 1984, 1465 UNTS 112, article 5(2); Convention for the Suppression of Unlawful Acts against the Safety of Maritime Navigation, Rome, 10 March 1988, 1678 UNTS 221, article 6(4); Protocol for the Suppression of Unlawful Acts against the Safety of Fixed Platforms Located on the Continental Shelf, Rome, 10 March 1988, 1678 UNTS 304, article 3(4); Convention against the Recruitment, Use, Financing and Training of Mercenaries, 4 December 1989, New York, UN Treaty Reg. No. 37789, article 9(2); Convention on the Safety of United Nations and Associated Personnel, New York, 9 December 1994, 2051 UNTS 363, article 10(4); Convention for the Suppression of Terrorist Bombings, New York, 15 December 1997, UN Treaty Reg. No. 37517, article 6(4); Second Protocol to the Hague Convention of 14 May 1954 for the Protection of Cultural Property in the Event of Armed Conflict, The Hague, 26 March 1999, UN Treaty Reg. No. 3511, article 16(1)(c); Convention for the Suppression of the Financing of Terrorism, New York, 9 December 1999, UN Treaty Reg. No. 38349, article 7(4); Convention against Transnational Organized Crime, New York, 15 November 2000, UN Treaty Reg. No. 39574, article 15(4); Convention for the Suppression of Acts of Nuclear Terrorism, New York, 13 April 2005, UN Treaty Reg. No. 44004, article 9(4); Convention for the Protection of All Persons from Enforced Disappearance, New York, 20 December 2006, UN Doc. A/RES/61/177, Annex, article 9(2) (not in force).

²³⁸ Esto es el caso de los Convenios de Ginebra y del Protocolo adicional sobre la persecución de las graves violaciones que entran en los que hemos definido como crímenes de guerra en contra de los sujetos protegidos en los mismos Convenios. Dichos Tratados establecen una clara y unívoca obligación de los Estados parte de los mismos de buscar a los responsables, investigar los hechos y en su caso, activar su jurisdicción para perseguir dichas conductas con independencia del lugar de comisión de los hechos y de la nacionalidad de las víctimas y del victimario. De esta forma se expresa la Comisión de Derecho Internacional en el informe A/68/10 de 2013, (65º período de sesiones (6 de mayo a 7 de junio y 8 de julio a 9 de agosto de 2013)) página 146: «Varios instrumentos internacionales, como los muy ampliamente ratificados cuatro Convenios de Ginebra de 1949 [...], exigen el ejercicio de la jurisdicción universal respecto de los delitos a que se refieren esos instrumentos o, si no, la extradición de los presuntos delincuentes a otro Estado a efectos de su enjuiciamiento». El informe se puede consultar en la siguiente

ejercicio en cumplimiento de una obligación general de enjuiciar y castigar los crímenes internacionales; un ejemplo es la convención supletoria sobre la abolición de la esclavitud, la trata de esclavos y las instituciones y prácticas análogas a la esclavitud del cuatro de septiembre de 1956. En base a este tratado se impone una obligación de resultado a los países, dejando a su criterio los medios para hacerlo. De esta forma, se incluye en el listado de los medios útiles para la persecución de un crimen internacional, la jurisdicción universal, pero no se ofrece garantía alguna de que habrá juicio.

3.5.1 Las normas de *soft law*

Normas de Derecho Internacional²⁴⁰ no vinculante, que no constituyen normas jurídicas en un sentido estricto que pero de una cierta forma vinculan y influyen sobre la praxis de los Estados en una determinada materia (Tanzi, 2013)²⁴¹. En otras palabras podemos afirmar que, no obstante carecen de los elementos típicos para que puedan ser consideradas normas vinculantes, su relevancia y importancia no puede ser puesta en discusión sobre todo si pensamos a los procesos de transformación y modificación de las normas internacionales. A través de los efectos de cristalización, de constitución y de generación, las normas de *soft law* pueden llegar a ser codificadas o a crear costumbres

página web: http://legal.un.org/ilc/reports/2013/all_languages/a_68_10_s.pdf.

²³⁹ De hecho en muchos Tratados Internacionales relativos a la persecución de crímenes internacionales se codifica este principio como una facultad de los Estados partes de los mismos, de utilizar, entre otros instrumentos, la jurisdicción universal, como remedio para que los hechos no queden impunes y se pueda determinar las responsabilidades de los sujetos que los han cometidos.

²⁴⁰ De esta forma el artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia donde se establece las fuentes de Derecho Internacional general, y entre ellas afirma la importancia de las normas de *soft law* para el desarrollo del mismo derecho: «La Corte, cuya función es decidir conforme al derecho internacional las controversias que le sean sometidas, deberá aplicar: [...] b) la costumbre internacional como prueba de una práctica generalmente aceptada como derecho». El texto en español del Estatuto se puede consultar en: <http://www.unav.es/adi/UserFiles/File/4000004058/EstatutoTIJ.pdf>.

²⁴¹ Sobre este aspecto Tanzi (2013: 63) afirma que: «Si tratta di quegli strumenti non vincolanti giuridicamente che, tuttavia, tendono a fare parte delle dinamiche di formazione di obblighi giuridici internazionali secondo processi diplomatici e logico-giuridici in base al principio generale della buona fede». Traducción: «Se trata de aquellos instrumentos no vinculantes jurídicamente que, de todas formas, hacen parte de las dinámicas de formación de las obligaciones jurídicas internacionales según los procesos diplomáticos y lógicos-jurídicos en base al principio general de la buena fe».

internacionales o a la ratificación de un tratado internacional sobre una determinada materia.

Además de esto podemos decir que, en tema de justicia universal por ejemplo, dichas normas han sido utilizadas por los Estados que, a falta de un tratado internacional sobre el tema, han decidido codificar en el interior de sus ordenamientos, el principio de justicia universal más próximo a lo establecido en dichas normas. Por lo tanto resulta necesario y útil partir del análisis de dichas normas como parámetros para establecer como ha sido concebida esta tipología de jurisdicción y cuál puede ser su futuro.

Seguramente entre la normas no vinculantes pero muy importantes en este tema encontramos los Principios de Princeton de 2001 sobre los que se fundamentó el carácter absoluto de la jurisdicción universal, basada exclusivamente en la naturaleza del crimen cometido, con independencia del lugar de comisión del crimen o de la nacionalidad de las víctimas o del victimario. Estos últimos han sido actualmente objeto de revisión y de trabajo siendo las bases de la reciente Declaración de Madrid de 2014. Ambas serán profundizadas en los siguientes sub-párrafos.

No menos importantes resultan los Principios de Bruselas de 2002²⁴² que afirma el derecho de los Estados a activar la jurisdicción de sus tribunales para luchar contra la impunidad, sancionar los responsables de graves crímenes internacionales y reparar a las víctimas. Se lee en los motivos:

En numerosos países, los crímenes más graves que conmueven al conjunto de la comunidad internacional permanecen impunes. Las víctimas no se atreven a hablar; los autores no son perseguidos o no son encontrados; las autoridades no tienen voluntad o no son capaces de asegurar la justicia. La impunidad provoca consecuencias desastrosas: permite a los autores creer que se escaparán de las consecuencias de sus actos, ignora la angustia de las víctimas y perpetúa los crímenes. La impunidad socava asimismo las instituciones de los estados, niega

²⁴² El texto de los principios puede ser consultado en la siguiente página web: http://www.iccnw.org/documents/BrusselsPrinciples6Nov02_sp.pdf.

los valores humanos y envilece el conjunto de la humanidad.

Entre otras cosas, los principios afirman las obligaciones de los Estados en la prevención, sanción y reparación de los crímenes internacionales y otras reglas relativas a la imprescriptibilidad de dichas conductas internacionales. Por lo que se refiere a la competencia universal, los principios 13²⁴³ y 14²⁴⁴ establecen el concepto, las características y el alcance de su aplicación por parte de los Estados.

3.5.1.1 Los Principios de Princeton:

La importancia que la jurisdicción penal universal tiene para la protección de los Derechos Humanos, sobre todo para lograr la construcción de un ideal universal de justicia para enfrentarse a las muchas y graves violaciones de las normas internacionales, en particular en tema de crímenes internacionales, ha sido tomada en consideración en una importante iniciativa llamada *The Princeton Project*.

²⁴³ Principio 13 – Definición y base jurídica de la competencia universal

1. La «competencia universal» es el derecho del Estado de perseguir judicialmente y juzgar al presunto autor de una infracción, sean cuales sean el lugar de la infracción, la nacionalidad o la residencia del presunto autor o de la víctima 2. Esta competencia puede ejercerse, observando las normas del proceso justo, tanto en el caso de que el presunto autor se encuentre en el territorio del Estado del fuero como en el caso de que no se encuentre ahí. 3. Si el derecho interno del Estado del fuero no prevé explícitamente la competencia universal, la justicia de este Estado la podrá ejercer en la medida en que la costumbre internacional forma parte del derecho interno de este Estado.

²⁴⁴ Principio 14 – Alcance de las obligaciones de los Estados

1. El derecho internacional obliga a todos los Estados a ejercer la competencia universal con respecto al presunto autor de un crimen grave desde el momento en que este autor se encuentra en el territorio de este Estado. 2. El derecho internacional no obliga al Estado a ejercer la competencia universal en la hipótesis de que el presunto autor de un crimen grave no se encuentre en su territorio (competencia por defecto). A falta de competencia de una jurisdicción internacional, sin embargo, sería deseable que, para hacer más efectiva la lucha contra la impunidad, el Estado pueda ejercer la competencia universal por defecto, a fortiori cuando las víctimas se encuentran en el territorio del Estado del fuero. El ejercicio de tal competencia no debe, sin embargo, convertirse en un obstáculo para el ejercicio de la competencia de la Corte Penal Internacional. 3. El Estado no tiene la obligación de ejercer la competencia universal si extradita al presunto autor a cualquier otro Estado que lo reclame a fin de entablar los procedimientos relativos a un crimen grave, o si remite a esta persona a la Corte Penal Internacional o a cualquier otro órgano jurisdiccional penal internacional. 4. Si la extradición es solicitada simultáneamente por varios Estados, el Estado requerido decidirá teniendo en cuenta todas las circunstancias, especialmente las mencionadas en el principio 15 § 2.

El proyecto de Princeton²⁴⁵ nació en el año 2000 por medio de la Comisión Internacional de Juristas que propuso la idea de formular principios para ayudar y clarificar algunas importantes normas de derecho penal internacional y en particular de jurisdicción penal universal. Un proyecto, cuyo borrador había sido elaborado por M. Cherif Bassiouni y fue debatido en la Universidad de Princeton el 10 de noviembre del 2000. En 2001 este mismo documento fue ampliado y finalizado.

Con este proyecto se intenta contestar a diversas preguntas surgidas sobre este tema: ¿Cuándo se puede hablar de jurisdicción penal universal? ¿Qué delitos están incluidos? ¿Cuándo y contra quién debe ejercerse la jurisdicción universal? ¿Quién debe enjuiciar? ¿Con qué protección cuenta el acusado?

Como explica Steven W. Becker (2001) en el comentario a los principios que se preparó bajo la dirección del Profesor M. Cherif Bassiouni y con la participación de Stephen Macedo, estos principios:

Tienen por objeto impartir una orientación a los órganos legislativos nacionales que deseen sancionar las leyes de ejecución; a los jueces que acaso deban interpretar la jurisdicción universal al aplicar el derecho nacional o adoptar decisiones de extradición; a los gobiernos que deben decidir si han de enjuiciar o extraditar o, por otras razones, coadyuvar a promover la imputación internacional de responsabilidad penal; y a los integrantes de la sociedad civil que velan por llevar ante la justicia a los perpetradores de delitos internacionales graves.

Por el primer principio se explica que la jurisdicción universal se aplica únicamente

²⁴⁵ Como explica Bassiouni (2001b:1): «Reimpreso con la autorización del Proyecto Princeton sobre Jurisdicción Universal. Los Principios Princeton fueron parte de un proyecto desarrollado por el Programa de Derecho y Asuntos Públicos de la Universidad de Princeton y la Escuela Woodrow Wilson de Asuntos Públicos e Internacionales, la Comisión Internacional de Juristas, la Asociación Americana para la Comisión Internacional de Juristas, el Instituto Holandés de Derechos Humanos y el Instituto Urban Morgan de Derechos Humanos; Presidente y Editor del Proyecto, Profesor Stephen Macedo; Presidente del Comité de Redacción, Profesor M. Cherif Bassiouni; Miembros del Comité Directivo, Profesor Gary J. Bass, Sr. William J. Butler, Profesor Richard A. Falk, Profesor Cees Flinterman, Profesor Bert B. Lockwood, y Sr. Stephen A. Oxman. Para mayores detalles acerca del proyecto, incluyendo comentarios explicativos y material de conferencia, ver *Princeton Project on Universal Jurisdiction* (Princeton University Program in Law and Public Affairs, 2001) y *Universal Jurisdiction* (Princeton University Press 2001)».

en base a la naturaleza del crimen sin tener en consideración el lugar donde el mismo ha sido cometido o la nacionalidad del sujeto que lo ha actuado o de las víctimas; en otras palabras, en absoluta ausencia de cualquier elemento de conexión²⁴⁶; es ejercitada por medio de un órgano judicial competente de cualquier Estado, con el único límite que debe ser un delito previsto por una norma de derecho internacional, un crimen grave sancionado bajo el derecho internacional. El Estado que quiere ejercer esta jurisdicción tiene el derecho a pedir la extradición del sujeto responsable. El aparato judicial del Estado que aplique esta tipología de jurisdicción debe respetar las normas penales y procesales de derecho internacional en tema de derecho del acusado, de las víctimas y de los testigos, así como las normas sobre el justo procedimiento como la imparcialidad y la independencia

²⁴⁶ Principle 1 — Fundamentals of Universal Jurisdiction

1. For purposes of these Principles, universal jurisdiction is criminal jurisdiction based solely on the nature of the crime, without regard to where the crime was committed, the nationality of the alleged or convicted perpetrator, the nationality of the victim, or any other connection to the state exercising such jurisdiction. 2. Universal jurisdiction may be exercised by a competent and ordinary judicial body of any state in order to try a person duly accused of committing serious crimes under international law as specified in Principle 2(1) provided the person is present before such judicial body. 3. A state may rely on universal jurisdiction as a basis for seeking the extradition of a person accused or convicted of committing a serious crime under international law as specified in Principle 2(1), provided that it has established a *prima facie* case of the person's guilt and that the person sought to be extradited will be tried or the punishment carried out in accordance with international norms and standards on the protection of human rights in the context of criminal proceedings. 4. In exercising universal jurisdiction or in relying upon universal jurisdiction as a basis for seeking extradition, a state and its judicial organs shall observe international due process norms including but not limited to those involving the rights of the accused and victims, the fairness of the proceedings, and the independence and impartiality of the judiciary (hereinafter referred to as "international due process norms"). 5. A state shall exercise universal jurisdiction in good faith and in accordance with its rights and obligations under international law

Traducción; Principio 1 - Fundamentos de la Jurisdicción Universal

1. Para los fines de estos Principios, la jurisdicción universal es la jurisdicción penal basada únicamente en la naturaleza del delito, sin tener en cuenta dónde se cometió el delito, la nacionalidad del presunto autor o condenados, la nacionalidad de la víctima, o cualquier otro tipo de conexión a la Estado que ejerce dicha jurisdicción. 2. La jurisdicción universal puede ser ejercitada por un órgano judicial competente y ordinario de cualquier Estado con el fin de juzgar a una persona debidamente acusados de cometer delitos graves conforme al derecho internacional tal como se especifica en el Principio 2 (1), siempre que la persona esté presente antes de esa instancia judicial. 3. Un estado puede depender de la jurisdicción universal como base para buscar la extradición de una persona acusada o condenada por cometer un delito grave con arreglo al derecho internacional tal como se especifica en el Principio 2 (1), siempre que se haya establecido una presunción *prima facie* de la culpabilidad de la persona y que la persona reclamada a ser extraditada será juzgado ni el castigo a cabo de conformidad con las normas y estándares internacionales en materia de protección de los derechos humanos en el contexto de un proceso penal. 4. En el ejercicio de la jurisdicción universal o en confiar en la jurisdicción universal como base para la que pide la extradición, el Estado y sus órganos judiciales deberán observar las normas internacionales del debido proceso, incluyendo pero sin limitarse a las relacionadas con los derechos de los acusados y de las víctimas, la imparcialidad del proceso, y la independencia e imparcialidad del poder judicial (denominada en lo sucesivo "las normas internacionales del debido proceso"). 5. Un Estado ejerce jurisdicción universal de buena fe y de conformidad con sus derechos y obligaciones en virtud del derecho internacional

del órgano que tiene la capacidad de hacer el juicio; *international due process norms*. Por lo tanto debe respetar los derechos y las obligaciones previstas por el derecho internacional.

El principio 2²⁴⁷ prevé los crímenes sobre los que se puede ejercer esta jurisdicción como la piratería, la esclavitud, los crímenes de guerra, los crímenes en contra de la paz, en contra de la humanidad, el genocidio y la tortura. Este no es un listado definitivo ya que puede ser incrementado por otros delitos que se incluirán en el listado de las graves violaciones al derecho internacional a través del desarrollo del derecho penal internacional.

El tercer principio²⁴⁸ establece la no relevancia, para el derecho internacional, de la ausencia de una reglamentación interna a los Estados en tema de jurisdicción universal, una previsión normativa adecuada. En otras palabras se prevé que los tribunales deben adecuarse a la jurisdicción universal en ausencia de legislación nacional, en la medida en que sus regímenes jurídicos lo permitan. Los demás principios establecen la responsabilidad de los Estados bajo el derecho internacional. Los Estados tienen como obligación principal la de procesar o extraditar a los sujetos que han cometido un crimen

²⁴⁷ Principle 2 — Serious Crimes Under International Law

1. For purposes of these Principles, serious crimes under international law include: (1) piracy; (2) slavery; (3) War crimes; (4) crimes against peace; (5) crimes against humanity; (6) genocide; and (7) torture. The application of universal jurisdiction to the crimes listed in paragraph 1 is without prejudice to the application of universal jurisdiction to other crimes under international law.

Traducción: Principio 2 - Los delitos graves conforme al derecho internacional

1. A los efectos de estos Principios, delitos graves conforme al derecho internacional incluyen: (1) la piratería, (2) la esclavitud e; (3) Los crímenes de guerra, (4) los crímenes contra la paz, (5) los crímenes de lesa humanidad, genocidio (6), y (7) la tortura É. 2. La aplicación de la jurisdicción universal para los delitos enumerados en el párrafo 1 se entenderá sin perjuicio de la aplicación de la jurisdicción universal a otros delitos de derecho internacional.

²⁴⁸ Principle 3 — Reliance on Universal Jurisdiction in the Absence of National Legislation

With respect to serious crimes under international law as specified in Principle 2(1), national judicial organs may rely on universal jurisdiction even if their national legislation does not specifically provide for it.

Traducción: Principio 3 – El recurso a la Jurisdicción Universal en ausencia de Legislación Nacionales
Por lo que se refiere a los graves crímenes de derecho internacional, como especificado en el Principio 2 (1), los órganos judiciales nacionales pueden recurrir a la jurisdicción universal, aunque en el caso en que su legislación nacional no establece nada a su respecto.

internacional²⁴⁹.

En base a los artículos 5²⁵⁰, 6²⁵¹ y 7²⁵² se establece la no relevancia, bajo el derecho internacional, de las normas nacionales que prevén inmunidades o penas reducidas por algunos sujetos determinados, o de las normas relativas a los indultos y amnistías.

En base al artículo 8²⁵³ se muestran los mecanismos que se deben utilizar para

²⁴⁹ Principle 4 — Obligation to Support Accountability

1. A state shall comply with all international obligations that are applicable to: prosecuting or extraditing persons accused or convicted of crimes under international law in accordance with a legal process that complies with international due process norms, providing other states investigating or prosecuting such crimes with all available means of administrative and judicial assistance, and undertaking such other necessary and appropriate measures as are consistent with international norms and standards.

2. A state, in the exercise of universal jurisdiction, may, for purposes of prosecution, seek judicial assistance to obtain evidence from another state, provided that the requesting state has a good faith basis and that the evidence sought will be used in accordance with international due process norms.

Traducción: Principio 4 - Obligación de Apoyo a la Responsabilidad

1. Un Estado deberá cumplir con todas las obligaciones internacionales que son aplicables a: enjuiciar o extraditar a las personas acusadas o condenadas por delitos de derecho internacional, de acuerdo con un proceso legal que cumple con las normas internacionales del debido proceso, proporcionando otros estados investigación o juzgamiento de esos delitos con todos los disponibles mediante la asistencia administrativa y judicial, y la realización de otras medidas necesarias y adecuadas que sean compatibles con las normas y estándares internacionales. 2. Un Estado, en el ejercicio de la jurisdicción universal, podrá, a efectos de enjuiciamiento, busque asistencia judicial para obtener pruebas de otro Estado, siempre que el Estado requirente tenga una base de buena fe y que las pruebas buscadas serán utilizados de acuerdo con las normas internacionales debido las normas procesales

²⁵⁰ Principle 5 — Immunities

With respect to serious crimes under international law as specified in Principle 2(1), the official position of any accused person, whether as head of state or government or as a responsible government official, shall not relieve such person of criminal responsibility nor mitigate punishment.

Traducción: Principio 5 - Las inmunidades

Con respecto a los delitos graves conforme al derecho internacional, tal como se especifica en el Principio 2 (1), la posición oficial que desempeñe el inculpado, ya sea jefe de Estado o de Gobierno o de funcionario responsable del gobierno, no le eximirá de responsabilidad penal ni atenuará la pena.

²⁵¹ Principle 6 — Statutes of Limitations

Statutes of limitations or other forms of prescription shall not apply to serious crimes under international law as specified in Principle 2(1)

Traducción: Principio 6 - Estatutos de Limitaciones

Los estatutos de limitaciones u otras formas de prescripción no se aplicará a los delitos graves conforme al derecho internacional tal como se especifica en el Principio 2 (1).

²⁵² Principle 7 — Amnesties

1. Amnesties are generally inconsistent with the obligation of states to provide accountability for serious crimes under international law as specified in Principle in 2(1).

2. The exercise of universal jurisdiction with respect to serious crimes under international law as specified in Principle 2(1) shall not be precluded by amnesties which are incompatible with the international legal obligations of the granting state

Traducción: Principio 7 - Las amnistías

1. Las amnistías son generalmente incompatibles con la obligación de los estados a rendir cuentas por delitos graves conforme al derecho internacional tal como se especifica en el Principio en 2 (1). 2. El ejercicio de la jurisdicción universal con respecto a los delitos graves conforme al derecho internacional, tal como se especifica en el Principio 2 (1) no será obstáculo para que las amnistías que son incompatibles con las obligaciones jurídicas internacionales del Estado otorgante.

²⁵³ Principle 8 — Resolution of Competing National Jurisdictions

resolver un conflicto de jurisdicción entre más Estados. El mismo artículo muestra los criterios útiles a fin de identificar el órgano judicial competente en el objeto de juicio específico.

El artículo 9²⁵⁴ refleja el desarrollo del derecho penal internacional en la dirección

Where more than one state has or may assert jurisdiction over a person and where the state that has custody of the person has no basis for jurisdiction other than the principle of universality, that state or its judicial organs shall, in deciding whether to prosecute or extradite, base their decision on an aggregate balance of the following criteria: (a) Multilateral or bilateral treaty obligations; (b) The place of commission of the crime; (c) The nationality connection of the alleged perpetrator to the requesting state; (d) The nationality connection of the victim to the requesting state; (e) Any other connection between the requesting state and the alleged perpetrator, the crime, or the victim; (f) The likelihood, good faith, and effectiveness of the prosecution in the requesting state; (g) The fairness and impartiality of the proceedings in the requesting state; (h) Convenience to the parties and witnesses, as well as the availability of evidence in the requesting state; and (I) The interests of justice.

Traducción: Principio 8 - Resolución de Conflicto de jurisdicción nacional

Cuando más de un Estado tenga o pueda ejercer jurisdicción sobre una persona y donde el Estado que tiene la custodia de la persona que no tiene ninguna base para la jurisdicción que no sea el principio de universalidad, ese estado o de sus órganos judiciales, para decidir si se debe enjuiciar o extraditar, basan su decisión en un saldo conjunto de los siguientes criterios: (a) obligaciones de los tratados multilaterales o bilaterales; (b) El lugar de comisión del delito; (c) La conexión de la nacionalidad del presunto autor al Estado requirente; (d) La nacionalidad relación de la víctima con el Estado requirente; (e) Cualquier otra conexión entre el Estado requirente y el presunto autor del delito, el delito o la víctima; (f) La probabilidad, la buena fe y la eficacia de la acción pública en el Estado requirente; (g) La equidad y la imparcialidad de los procedimientos en el Estado requirente; (h) La conveniencia de las partes y los testigos, así como la disponibilidad de pruebas en el Estado solicitante, y (I) Los intereses de la justicia.

²⁵⁴ Principle 9 — Non Bis In Idem/ Double Jeopardy

In the exercise of universal jurisdiction, a state or its judicial organs shall ensure that a person who is subject to criminal proceedings shall not be exposed to multiple prosecutions or punishment for the same criminal conduct where the prior criminal proceedings or other accountability proceedings have been conducted in good faith and in accordance with international norms and standards. Sham prosecutions or derisory punishment resulting from a conviction or other accountability proceedings shall not be recognized as falling within the scope of this Principle. 2. A state shall recognize the validity of a proper exercise of universal jurisdiction by another state and shall recognize the final judgment of a competent and ordinary national judicial body or a competent international judicial body exercising such jurisdiction in accordance with international due process norms. 3. Any person tried or convicted by a state exercising universal jurisdiction for serious crimes under international law as specified in Principle 2(1) shall have the right and legal standing to raise before any national or international judicial body the claim of *non bis in idem* in opposition to any further criminal proceedings.

Traducción: Principio 9 - *Non bis in idem*

1. En el ejercicio de la jurisdicción universal, un Estado o sus órganos judiciales velarán por que una persona que es objeto de un procedimiento penal no debe ser expuesto a múltiples procesamientos o penas por la misma conducta criminal en los procedimientos anteriores o procedimientos penales otras cuentas se han realizado de buena fe y de conformidad con las normas y estándares internacionales. Procesamientos o penas irrisorias Sham como resultado de una condena o de otros procedimientos de rendición de cuentas no se reconocerán como comprendidos en el ámbito de aplicación de este principio. 2. Un Estado reconocerá la validez de un correcto ejercicio de la jurisdicción universal por otro estado y no reconocerán la sentencia definitiva de un tribunal competente y ordinario organismo judicial nacional o un órgano judicial internacional competente el ejercicio de dicha jurisdicción, de conformidad con las normas internacionales del debido proceso. 3. Toda persona sometida a juicio o condenados por un Estado que ejerce la jurisdicción universal para los delitos graves conforme al derecho internacional tal como se especifica en el Principio 2 (1) tendrá el derecho permanente y legal para plantear ante cualquier órgano judicial nacional o internacional, la solicitud de non bis in idem en la oposición al ejercicio de otras acciones penales.

de un mayor respeto de los principios de derecho penal internos a los Estados y ahora previstos como tales también a nivel internacional. En el caso específico nos propone el principio de *Ne Bis in Idem*, a través del cual no se permite un doble juicio sobre los mismos hechos para el mismo sujeto. Esto refleja también una mayor coherencia respecto a las garantías para los derechos del acusado.

En la misma línea que el anterior artículo, el principio 10²⁵⁵ prevé una garantía para el acusado de no ser extraditado en países que prevén la pena capital o tratamientos inhumanos, o en lugares donde es firme la convicción que se violen las normas de derecho internacional y que no ofrezcan las mismas garantías, previstas a nivel internacional, para el acusado. Finalmente, en el principio 11²⁵⁶, se establece la obligación para los Estados de adoptar todos los medios necesarios, en su legislación interna, para poner en marcha la jurisdicción penal universal y dar eficacia a estos principios y además se insta a los poderes legislativos a que sancionen leyes que den cabida al ejercicio de la jurisdicción universal.

²⁵⁵ Principle 10 — Grounds for Refusal of Extradition

1. A state or its judicial organs shall refuse to entertain a request for extradition based on universal jurisdiction if the person sought is likely to face a death penalty sentence or to be subjected to torture or any other cruel, degrading, or inhuman punishment or treatment, or if it is likely that the person sought will be subjected to sham proceedings in which international due process norms will be violated and no satisfactory assurances to the contrary are provided. 2. A state which refuses to extradite on the basis of this Principle shall, when permitted by international law, prosecute the individual accused of a serious crime under international law as specified in Principle 2(1) or extradite such person to another state where this can be done without exposing him or her to the risks referred to in paragraph 1.

Traducción: Traducción: Principio 10 - Motivos de denegación de la extradición

1. Un Estado o sus órganos judiciales se negarán a entretener a una solicitud de extradición sobre la base de la jurisdicción universal si la persona buscada es probable que se enfrentan a una condena a pena de muerte o ser sometido a torturas ni a otras penas crueles, degradantes o inhumanos o tratamiento, o si es probable que la persona reclamada será sometida a un procedimiento simulado en el que las normas internacionales del debido proceso se violaron garantías satisfactorias y no en sentido contrario se proporcionan. 2. Un Estado que se niega a concederla en razón de este principio, cuando lo permita la ley internacional, enjuiciar a la persona acusada de un crimen grave con arreglo al derecho internacional tal como se especifica en el Principio 2 (1) o extradición de esa persona a otro Estado cuando éste puede ser hecho sin exponer a él o ella a los riesgos a que se refiere el apartado 1.

²⁵⁶ Principle 11 — Adoption of National Legislation

A state shall, where necessary, enact national legislation to enable the exercise of universal jurisdiction and the enforcement of these Principles.

Traducción: Principio 11 – Adoción de la Legislación Nacional.

Un estado, ove necesario, debe promulgar legislación nacional para permitir el ejercicio de la jurisdicción universal y la observancia de estos Principios.

Aunque contienen elementos tanto de *lex lata* (el derecho vigente) como *de lege ferenda* (el derecho que debiera ser), no ha de interpretarse que los Principios restringen la evolución futura de la jurisdicción universal, en cambio, se abren al futuro desarrollo del derecho internacional. Estos tienen únicamente el papel de orientar a los poderes, ejecutivo, legislativo y judicial estatales cuando se enfrentan a cuestiones que involucran una tipología de jurisdicción extraterritorial.

3.5.1.2 La Declaración de Madrid de 2014

Durante el Congreso antes mencionado, llevado a cabo en Madrid por la Fundación Baltasar Garzón en la primavera de 2014 sobre el principio de jurisdicción universal, expertos del tema, abogados, profesores, jueces, fiscales han manifestado su desacuerdo con algunas políticas legislativas estatales que en los últimos años están amenazando la persistencia del principio de jurisdicción universal. En particular centraron su atención en la práctica española que desde el año 2003 ha puesto en marcha un proceso limitación y obstruccionismo al ejercicio de la justicia universal por parte de los tribunales españoles. Nadie duda de la dificultad y problemáticas en el ejercicio de esta tipología de jurisdicción, lo que se recrimina es la continua y persistente agresión que el legislador español ha demostrado tener en su contra.

Los expertos que participaron a la conferencia, entre otros Ana Pérez Cepeda, Juan Torres, Carlos Poveda Moreno, José Elías Esteve, Manuel Ollé Sese, Almudena Bernabéu, Hernán Hormazábal y Kai Ambos, confirmaron la importancia y sobre todo la necesidad de mantener en vida la jurisdicción universal debido a que representa un mecanismo eficaz para la lucha contra la impunidad y una respuesta para hacer frente a los crímenes internacionales, sancionarlos y reparar con ello a las víctimas.

Las conclusiones a las que llegaron durante los cuatro días de conferencia, abren la puerta a las futuras discusiones sobre el tema. En particular la Fundación ha propuesto un documento que en línea con los Principios aprobados en Princeton en 2001, sobre el principio de jurisdicción universal y su futuro ejercicio. Debido a los cambios y las limitaciones que el principio ha sufrido en los últimos años, los expertos afirman la necesidad de modificar las reglas existentes a nivel internacional para dar una nueva vida al principio.

Conforme a los valores y principios derivados por el Derecho penal internacional en este tema, y tomando como base las normas que a nivel internacional fundamentan el ejercicio de esta tipología de jurisdicción sobre determinados crímenes como genocidio, lesa humanidad y de guerra, los expertos de la Fundación Baldasar Garzón han venido trabajando un proyecto llamado: la Declaración de Madrid de 2014²⁵⁷, relativo a la propuesta de discusión sobre los principios rectores de la justicia universal. Conscientes de que la realidad y los propios delitos de la justicia universal han cambiado:

Después de la evolución que en los últimos veinticinco años ha experimentado el Derecho Penal Internacional, el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y el Derecho Humanitario, se impone una importante reflexión sobre los logros obtenidos y los fracasos o desencuentros acumulados en la aceptación y utilización por legisladores y operadores judiciales de un instrumento como la Jurisdicción Universal que se ha revelado como esencial.

Desde ahora resulta importante decir que el documento no representa el punto final, sino el principio de un duradero y eficaz diálogo. Recogiendo las recomendaciones de los juristas que a nivel internacional se han ocupado del tema, el intento de la Declaración es actualizar los Principios de Princeton y desarrollar nuevas normas de *soft law* en materia de ejercicio de la jurisdicción universal por los tribunales nacionales en el respeto de las

²⁵⁷ El texto completo de la propuesta se puede consultar en la página web: <http://ep00.epimg.net/descargables/2014/05/23/a46ea9851cb29bf39df34292f366eacb.pdf>.

normas internacionales sobre la prevención, persecución y reparación de las graves violaciones de los Derechos Humanos.

Podemos ver en el detalle las novedades propuestas, siempre con el fin de no limitar o interpretar de forma tal que se pueda obstaculizar el principio de justicia universal. Se establece que todos los Estados deberán codificar en el interior de sus legislaciones el principio de jurisdicción universal y que aunque no sea incorporado, los órganos judiciales deberán aplicarlo de forma conforme a lo previsto por el Derecho Internacional (Principio 5). En el ámbito de la asistencia en materia judicial entre los Estados, la falta de incorporación del principio de justicia universal en el interior de la legislación nacional del Estado requerido de auxilio no impedirá la prestación del auxilio judicial reclamado (Principio 12). En tema de extradición, el no reconocimiento del principio de jurisdicción universal por el Estado requerido no impedirá la concesión de la extradición; en todo caso se afirma que: el Estado que deniega la solicitud de extradición, por cualquier razón, deberá investigar y, en su caso, enjuiciar a los presuntos responsables de los delitos previstos en el principio 2 de la presente declaración (Principio 13).

Siguiendo con el análisis podemos ver que se establece, así como previsto en los Estatuto de los Tribunales Penales Internacionales, la irrelevancia de las legislaciones estatales que conceden amnistías, indultos y otras que prevén una exclusión de la responsabilidad penal o que prescriben crímenes de Derecho Internacional (Principio 6). Siempre conforme al desarrollo que ha habido en esta materia gracias a la jurisprudencia de los Tribunales Penales Internacionales, se afirma que todas las conductas, previstas en esta propuesta de principios y relativas a las graves violaciones de Derecho Internacional, serán perseguibles aunque estos crímenes no sean codificados en las legislaciones nacionales (Principio 7). En este texto se habla de complementariedad con la Corte Penal Internacional en la investigación y enjuiciamiento de los casos y del principio de

conurrencia y no de subsidiariedad en las relaciones con otros Estados que están investigando los crímenes. Sobre este aspecto, invitando a las Naciones Unidas a la creación de un organismo que pueda solucionar los eventuales conflictos entre jurisdicciones, en el Principio 11 se establece:

1. La investigación judicial de un mismo hecho podrá iniciarse eventualmente de forma concurrente por las jurisdicciones nacionales de dos o más Estados, debiendo éstos cooperar para la mejor resolución del caso.
2. El Estado que acredite, de acuerdo con el principio *pro actione*, estar en mejores condiciones para enjuiciar los hechos tendrá prioridad para la investigación, sin que exista una jerarquía preestablecida de títulos de jurisdicción. En la valoración de las condiciones para el enjuiciamiento se tomará en cuenta, entre otros aspectos, las posibilidades de enjuiciamiento creíble en el país en el que se cometieron los hechos, el lugar en el que se halle preso el presunto autor, el acceso al material probatorio, las medidas de protección disponibles para víctimas y testigos, así como la independencia e imparcialidad con la que se haya sustanciado y se vaya a sustanciar el procedimiento. En cualquier caso, el órgano judicial competente adoptará las medidas de investigación personales y patrimoniales necesarias sobre las personas afectadas hasta que se resuelva el conflicto planteado, siendo válidas y eficaces las decisiones que adopte.

El principio primero define el concepto de jurisdicción universal. Podemos decir que se regresaría a un criterio absoluto en conformidad con lo establecido por los Principios de Princeton y mediante la aplicación del Derecho penal internacional y su desarrollo en esta materia; en fin, como inicialmente había sido aplicada en el territorio español a raíz de la sentencia de 2005 del Tribunal Constitucional español sobre el caso Guatemala: «con independencia del lugar donde se hayan cometido, la nacionalidad del sospechoso, de las víctimas o de la existencia de cualquier otro vínculo de conexión con el Estado que ejerza esta jurisdicción».

En el mismo principio se establece el criterio de *ne bis in idem*. Se ejercitará esta tipología de jurisdicción siempre que los hechos objeto de investigación no hayan sido

previamente juzgado por otro tribunal competente, tanto a nivel nacional como internacional en que se hayan respectado las normas sobre el debido proceso.

En el segundo principio se establecen los delitos pasibles de ser juzgado a nivel universal. Las novedades en este caso consiste en la distinción entre los delitos graves de Derecho Internacional, en los que entrarían el genocidio, los delitos de lesa humanidad, de guerra, tortura, desapariciones forzadas entre otros; y los graves delitos contra el medio ambiente, la naturaleza y económicos que afectan o que podrían afectar a la humanidad. Sobre este aspecto se debería trabajar en relación con la naturaleza de las normas internacionales que prescriben las segundas conductas. Si en el primer caso estamos frente a violaciones de normas que como se sabe son normas de *jus cogens* y que por lo tanto crean obligaciones *erga omnes*, en el segundo caso el desarrollo del Derecho penal internacional no ha llegado a clasificar los delitos contra la naturaleza como norma de *jus cogens*, además que deberíamos analizar las normas que prevén dichas conductas si establecen o por lo menos no prohíben el ejercicio de jurisdicción universal. Cabe recordar que este documento es una propuesta de diálogo y que por lo tanto los expertos deberán trabajar para implementar estos principios de forma que vaya desarrollándose el Derecho penal internacional.

Los Principios tercero y cuarto se ocupan de la extraterritorialidad de la ley penal y del principio de responsabilidad penal. En este punto cabe rescatar que se habla de una responsabilidad penal no sólo de las personas físicas sino también de las personas jurídicas; esto sin duda representa un paso muy importante en la lucha a la impunidad. De hecho ha sido demostrado que las graves violaciones a los Derechos Humanos pueden ser y son cometidas también con la complicidad de empresas²⁵⁸, y se ha demostrado que actualmente hay un vacío legal que permite a estos entes quedarse en la más amplia

²⁵⁸ Sobre este aspecto véase el segundo capítulo del presente trabajo apartados 2.5 y sucesivos sobre la responsabilidad de las empresas por las graves violaciones del Derecho Internacional y el *Alien Tort Claims Act*.

impunidad. Sobre este tema la propuesta establece: «La responsabilidad penal de las personas jurídicas deberá estar reconocida en la legislación interna o convencional para su aplicación y será independiente de la individualización, enjuiciamiento y condena de las personas físicas que hubieren cometido materialmente el delito».

Con esta propuesta se abre una nueva fase en la vida del principio de jurisdicción universal. Los próximos años serán seguramente cruciales para establecer las nuevas reglas internacionales en esta materia.

3.6 Las tendencias internacionales en tema de jurisdicción universal

De esta forma, conscientes del desarrollo que se ha tenido a nivel internacional relativo a la persecución de los crímenes internacionales, han sido creadas legislaciones nacionales para la operatividad de aquel principio de justicia universal que permite la persecución de delitos que por su naturaleza afectan a la Comunidad Internacional en su conjunto y que deben poder ser perseguidos en cualquier parte del mundo. Esto en respeto de los tres presupuestos básicos para la aplicación de esta jurisdicción:

- Que exista un interés o razón específica a nivel internacional para ejercerla (gravedad del crimen, consecuencias para la comunidad internacional);
- Que se tenga una definición clara del crimen y de sus elementos constitutivos;
- Que existan medios nacionales para la aplicación que permitan a las autoridades judiciales ejercer su jurisdicción sobre esos crímenes.

Por lo tanto, para un análisis del principio de justicia universal es necesario profundizar el tema mirando las características, los criterios y los límites previstos en las legislaciones estatales. Esta *praxis* nos dará elementos útiles, aunque las reglas resulten ser heterogéneas y por lo tanto no generalizables, para evaluar el futuro desarrollo del

principio conforme a dicha *praxis*. En lo referente a la práctica estatal, Bassiouni (2001b) afirma tiene que ser suficiente para que el principio de jurisdicción universal adquiera duración, uniformidad, consistencia y generalidad, consiste en la legislación específica sobre el ejercicio de la jurisdicción universal y los actos que autorizan la aplicación y la práctica de los tribunales nacionales.

Partiendo de una consideración general, como explica la Corte Permanente de Justicia Internacional: «a State which has contracted valid international obligations is bound to make in its legislation such modifications as many be necessary to ensure the fulfillment of the obligations undertaken²⁵⁹» (Intercambio de poblaciones griegas y turcas, Opinión Consultiva, P.C.I.J. Series B, N. 10, página 20, 1925).

Por el momento podemos decir que:

En la actualidad, más de un centenar de Estados atribuyen, en mayor o menor grado, competencia a jueces y tribunales internos para juzgar crímenes de Derecho internacional. Esta incorporación generalizada de la jurisdicción universal en los ordenamientos jurídicos estatales, aun con un alcance variable, es en buena medida consecuencia de la adopción en 1998 y entrada en vigor en 2002 del Estatuto de la Corte Penal Internacional (CPI), en cuanto el principio de complementariedad y la obligación de cooperar con la CPI se ha traducido en la adopción, o en su caso adaptación, de legislación interna por los Estados (Alija Fernández, 2014: 14).

Lo dicho demuestra que, aunque faltando una práctica uniforme en materia, debido también a la ausencia de un tratado internacional sobre el ejercicio de la jurisdicción universal para determinados delitos, los Estados han puesto en marcha algunas modificaciones legislativas para poder perseguir penalmente crímenes cometidos en el extranjero cuando estos últimos constituyan graves violaciones a los Derechos Humanos.

Por lo tanto, el análisis del desarrollo del principio de justicia universal no puede alejarse

²⁵⁹ Traducción: un Estado que ha contraído obligaciones internacionales válidas está vinculado a llevar a cabo en su legislación aquellas modificaciones que sean necesarias para garantizar el cumplimiento de las obligaciones asumidas.

del estudio de dichas normas internas, que si bien se diferencia cuanto al alcance del ejercicio de la jurisdicción extraterritorial y en la determinación de los crímenes perseguibles, nos dan una visión más amplia del tema y sobre la que se puede reflexionar para evaluar el futuro desarrollo de dichas normas.

Como bien explica Alija Fernández (2014: 14), tenemos que tener presente que si bien actualmente más de cien Estados atribuyen dicha competencia a los jueces y tribunales internos, «menos de una veintena de Estados han aplicado efectivamente la jurisdicción universal, una muestra muy reducida para extraer de ella reglas generalizables». Debido a la limitación temporal propia de una tesis doctoral y para hacer más práctico el estudio de las normas internas, hemos decidido limitar nuestro análisis a las legislaciones de los Estados que han aplicado dicho principio, apoyándonos en las decisiones más importantes de los tribunales internos²⁶⁰.

Para sintetizar, podemos decir que hasta el momento en que se escribe, en los casos enfrentados por los diferentes Estados, como España, Bélgica, Alemania, Holanda, Noruega y la Unión Africana (desde este momento UA), se han encontrado dos posturas diferentes sobre esta clase de jurisdicción, posturas que reflejan también dos modalidades diferentes en su utilización. En algunos casos, los Estados han decidido utilizar un concepto más amplio, una jurisdicción universal absoluta, a través de criterios más flexibles para su aplicación; en otros casos se ha optado por utilizar un concepto más restringido, coherente con las normas internas de derecho procesal y penal, o lo que es lo mismo, una universalidad condicionada.

A esto tenemos que agregar el hecho indudable que *praxis* diferentes sobre el tema dependen también de la diversidad de los sistemas jurídicos en los que se aplica el

²⁶⁰ De hecho hemos analizado las legislaciones y la jurisprudencia de algunos de los Estados europeos que mayormente han contribuido a la creación de reglas sobre el principio de justicia universal. Siendo España la nación pionera en la lucha contra la impunidad a través de la utilización de la jurisdicción universal, hemos decidido dedicar los siguientes dos capítulos al análisis de la legislación española y el estudio de los casos más relevantes llevados a cabo por los tribunales nacionales.

principio, aunque muchos de los problemas prácticos para la utilización de la jurisdicción universal, resultan ser los mismos independientemente del sistema jurídico tomado en consideración.

En lo referente a la posición asumida por los Estados parte de la Unión Africana, es sabido que en los pasados años se han mostrado escépticos sobre la utilización de la justicia universal por parte de los países europeos. En muchas ocasiones ha sido afirmado que el ejercicio de dicha jurisdicción había determinado abusos en contra de la soberanía y de la integridad territorial de algunos Estados Africanos, en particular en el caso de Rwanda²⁶¹. Esta postura ha venido modificándose a raíz de los cambios legislativos que están permitiendo en dicho continente abrir procedimientos basados sobre el criterio de justicia universal, lo que les permitiría limitar los mencionados abusos de los países occidentales. Se puede decir que ahora los países africanos reconocen y aplican, bajo determinados criterios establecidos en sus legislaciones nacionales, dicho principio con el límite de la imposibilidad de efectuar juicios *in absentia*.

Como se desprende del informe del Consejo de la Unión Europea, del 16 de abril de 2009 podemos ver como:

It should be noted that there are legal limitations to the exercise of universal jurisdiction in the legislative practice of AU Member States. These include: (i) The requirement that the suspect be in the territory of the prosecuting state at the time of the initiation of criminal proceedings (e.g. Democratic Republic of the Congo, Senegal, Ethiopia and South Africa). (ii) The requirement that prosecution be initiated by the Attorney General (Botswana, Kenya, Lesotho, Namibia, Nigeria, Seychelles, Sierra Leone, Swaziland, Tanzania and Zimbabwe), by the Director of Public Prosecutions (Malawi and Uganda) or by the Prosecutor (Burundi and Democratic Republic of the Congo). (iii) The

²⁶¹ Sobre este aspecto véase la Decisión de la Asamblea de la Unión Africana del 1 de julio de 2008. Assembly/AU/Dec.199 (XI), consultable en la siguiente página web: http://www.au.int/en/sites/default/files/ASSEMBLY_EN_30_JUNE_1_JULY_2008_AUC_ELEVENTH_ORDINARY_SESSION_DECISIONS_DECLARATIONS_%20TRIBUTE_RESOLUTION.pdf Y la más reciente resolución de 2012, Assembly/AU/Dec.420(XIX) Decision on the Abuse of the Principle of Universal Jurisdiction - Doc. EX.CL/731(XXI), consultable en la siguiente página web: http://www.au.int/en/sites/default/files/Assembly%20AU%20Dec%20416-449%20%28XIX%29%20_E_Final.pdf.

stipulation that specified low-level courts do not enjoy jurisdiction to try offences to which universal jurisdiction attaches (Botswana and Nigeria). (iv) Respect for the immunities from criminal jurisdiction enjoyed by state officials under international law²⁶² (The AU-EU Expert Report on the Principle of Universal Jurisdiction, 2009: 15).

Como se explica en el informe, los problemas prácticos que puedan ser enfrentados por los Estados miembros de la Unión Africana en el ejercicio universal de jurisdicción, probablemente resultan ser los mismos que encuentran los Estados europeos, en cualquier caso, no cabe duda que, dada la capacidad de los tribunales nacionales y las dificultades económicas que deben soportar los Estados miembros de la UA, es lógico pensar que el obstáculo allí sea mayor.

Si tomamos en consideración las legislaciones europeas en este tema, podemos ver que también en estos países el ejercicio de la jurisdicción penal universal suele ser objeto de restricciones legales como la necesaria presencia del sospechoso en el territorio estatal, ya sea antes de la investigación criminal o antes del juicio; o el sospechoso deba residir en el Estado donde se empieza el juicio; además se pueden encontrar limitaciones temporales, esto significa que se puede proceder solo por crímenes cometidos después de una fecha determinada²⁶³.

Más allá de estas limitaciones legales, existen ciertas limitaciones prácticas para el ejercicio de la universal, como la dificultad de reunir pruebas en relación a los delitos

²⁶² Traducción: Hay que señalar que existen limitaciones legales para el ejercicio de la jurisdicción universal en la práctica legislativa de los Estados miembros de la UA. Estos incluyen: (i) El requisito de que el sospechoso esté en el territorio del Estado a enjuiciar en el momento de la iniciación de un proceso penal (por ejemplo, la República Democrática del Congo, Senegal, Etiopía y Sudáfrica). (ii) El requisito de que la persecución se inicie por el Fiscal General (Botswana, Kenya, Lesotho, Namibia, Nigeria, Seychelles, Sierra Leona, Swazilandia, Tanzania y Zimbabwe), el Director del Ministerio Público (Malawi y Uganda), o por el Fiscal (Burundi y la República Democrática del Congo). (iii) La estipulación de que los tribunales de bajo nivel especificados no gozan de competencia para juzgar delitos a los que atribuye una competencia universal (Botswana y Nigeria). (iv) El respeto de las inmunidades de jurisdicción penal que gozan los funcionarios del Estado en virtud del derecho internacional.

²⁶³ Sobre este tema véase Alija Fernández (2014) que nos propone algunas reflexiones relativas al principio de jurisdicción universal y su evolución en la práctica estatal. El tema será profundizado en este capítulo en los apartados 3.7 y sucesivos donde enfrentaremos de cerca la *praxis* de los Estados evaluando cómo estos últimos han introducido este principio en sus legislaciones.

cometidos en el extranjero, sobre todo cuando el Estado en el que se alega el delito a que se haya producido se niega a cooperar. Por lo tanto resultará útil analizar, en los sucesivos párrafos algunos ejemplos de normas nacionales y sus aplicaciones en los casos que ven implicados y involucrados a los tribunales nacionales.

3.6.1 La importancia de la *praxis* estatal en tema de justicia universal

Cuando pensamos al principio de jurisdicción universal y a las fuentes de derecho sobre las que ha sido creado, sabemos que la *praxis* de los Estados constituye un elemento fundamental para la creación de una norma consuetudinaria en esta materia y al mismo tiempo nos muestra la *opinio juris* sobre la utilidad y necesidad de crear dicha norma para la protección de intereses superiores compartidos por la comunidad internacional. Cabe recordar que cuando hablamos de *praxis* nos referimos no solamente a la jurisprudencia sino también al factor legislativo que ha venido codificando e implementando el principio de justicia universal en el interior de los ordenamientos nacionales. Sobre este aspecto Bosly y Vandermeersch (2014: 12) afirman que, el número siempre creciente de Estados que están codificando dicho principio demuestra que: «la compétence universelle est un outil prometteur 'plusieurs égards'²⁶⁴».

Siguiendo esta línea, es fácil entender que el papel jugado por los tribunales internos resulta muy importante aunque, como hemos visto, no hay una casuística muy amplia y el número de Estados que han efectivamente utilizado esta jurisdicción es reducido. Las limitaciones temporales, materiales, la distancia con el crimen cometido o la falta de cooperación con el Estado en cuyo territorio se verificaron los hechos, son elementos que se deben tener en consideración cuando se estudia dicha *praxis*.

²⁶⁴ Traducción: La jurisdicción universal es una herramienta prometedora en varios aspectos.

Del estudio de las normas nacionales y de la jurisprudencia de los tribunales en tema de aplicación del principio de jurisdicción universal a los casos de genocidio, crímenes de lesa humanidad, tortura o de guerra, podemos decir que también si no podemos tener reglas generalizadas, un gran número de países han previsto criterios adicionales para la aplicación del principio, aunque ninguno de ellos está contemplado en las normas internacionales que prevén esta tipología de jurisdicción.

Esto ha derivado a la inclusión en la legislación nacional de requisitos ulteriores de los que depende el inicio de las investigaciones (como por ejemplo presencia del reo en el territorio estatal) o algunas conexiones directas entre el crimen y el Estado del foro (como la nacionalidad de las víctimas). En otros casos encontramos legislaciones que establecen límites temporales para la acción penal, también en el caso de comisión de delitos ya previamente reconocidos a nivel internacional como normas consuetudinarias (la no retroactividad de las normas penales).

Al mismo tiempo, del análisis anterior podemos ver como, también si no siempre se ha logrado perseguir y sancionar un crimen internacional, las prácticas estatales en materia de justicia universal han sido muy importantes tanto desde una perspectiva de la protección de los Derechos Humanos como de la persecución, sanción y reparación de los daños causados a las víctimas; en otras palabras, la jurisprudencia de los tribunales nacionales ha contribuido de manera incisiva a la lucha contra las impunidades y al restablecimiento de la justicia²⁶⁵. De hecho, tenemos que tener presente desde ahora que no podemos evaluar la labor de los tribunales internos únicamente desde la perspectiva de las sentencias emitidas en esta materia. Como veremos en los sucesivos capítulos de esta tesis, en tema de reparación de las víctimas y en tema de justicia, el hecho de abrir investigaciones y

²⁶⁵ Sobre este tema véase el documento de la Comisión de Derechos Humanos, Sixtieth session Item 17 of the provisional agenda, PROMOTION AND PROTECTION OF HUMAN RIGHTS, Impunity, E/CN.4/2004/88 del 27 de febrero de 2004, el texto se puede consultar en: <http://daccess-dds-nu.un.org/doc/UNDOC/GEN/G04/113/55/PDF/G0411355.pdf?OpenElement>.

enjuiciar los presuntos responsables resulta ser ya un paso muy importante.

También las instancias internacionales, como el Tribunal europeo de Derechos Humanos y la Corte Interamericana sobre de Derechos del Hombre, en los casos en que se han enfrentado a esta temática, en particular en la difícil cuestión de la compatibilidad de las normas nacionales que otorgan amnistías e indultos con los principios que regulan la persecución de los crímenes internacionales por parte de las cortes nacionales²⁶⁶, han constatado el papel fundamental jugado por las cortes internas de muchos Estados en la lucha a la impunidad y en la creación de principios, normas comunes relativos a la persecución de los crímenes internacionales por medio de esta jurisdicción.

Quien escribe está de acuerdo con la idea que para que se pueda seguir hablando de jurisdicción universal hay que demostrar que este principio está tomando siempre más importancia en todo el mundo, y que la futura *praxis* de los tribunales internos demuestre que la justicia universal ha dejado de ser un sistema de represión de crímenes activado por los países Europeos. El Procedimiento *Habré*²⁶⁷ es un claro ejemplo de lo dicho, gracias al cual se pueden disminuir las preocupaciones de los países africanos, desde siempre considerados como objetos y nunca sujetos de esta tipología de jurisdicción. Por lo tanto, cabe reafirmar que la práctica de los Estados es el elemento más importante para la supervivencia de esta norma y su adaptación a las nuevas amenazas mundiales.

²⁶⁶ Entre otros, véase el caso *Jordic (CASE OF JORGIC v. GERMANY, The European Court of Human Rights (Fifth Section)*, del 12 de julio de 2007, sentencia consultable en: http://www.trial-ch.org/uploads/tx_wetwdb/Case_Jorgic_v._Germany_02.pdf). Para más información véase el apartado 3.7.11 de este capítulo.

²⁶⁷ Sobre este caso véase los apartados 3.7.4 y 3.7.18.

3.7 Aplicación del principio de jurisdicción universal por parte de las jurisdicciones nacionales

Como hemos mencionado con anterioridad, más de un centenar de Estados han incorporado el principio de justicia universal en sus ordenamientos. Sin embargo, en muy pocos casos se ha utilizado efectivamente este instrumento para reprimir conductas de interés universal. Consciente de lo que ha supuesto la escasa y no homogénea aplicación del principio, al no poderse hablar de prácticas generalizadas en materia, no podemos olvidar, como afirma Pigrau Solé (2009: 38) que hay una serie significativa de casos²⁶⁸ de ejercicio de este mecanismo en relación a los crímenes de guerra, contra la humanidad y genocidio.

La selección de las legislaciones responde los siguientes criterios: España y Bélgica, siendo estos países pioneros en la lucha contra la impunidad a través de la jurisdicción universal; Estados Unidos e Israel siendo reacios a la utilización de dicho instrumento chocando con la soberanía de los Estados; Francia, Reino Unido, Alemania y Finlandia por el gran número de casos llevados delante de los tribunales nacionales en aplicación de este principio; Noruega, Dinamarca, Italia, Holanda, Suiza, Australia y Canadá por el importante desarrollo legislativo en este tema o por la creación de unidades especiales para conocer determinados ilícitos internacionales; Argentina y Senegal por los recientes casos abiertos y que demuestran la voluntad de expandir esta justicia fuera de los confines europeos para que sea verdaderamente universal.

²⁶⁸ Conforme a los informes de Amnesty International, son más de 125 las naciones que incorporan el principio en sus legislaciones, pero solo en una docena de casos han efectivamente utilizado dicho instrumento en uno de los crímenes internacionales mencionados con anterioridad. Los 15 Estados que han utilizado esta tipología de jurisdicción (investigado, enjuiciado los hechos e incluso en algunos casos sancionado a los responsables) son: Austria, Australia, Bélgica, Canadá, Dinamarca, Francia, Alemania, Israel, México, Holanda, Senegal, España, Suiza, Inglaterra y Los Estados Unidos. El informe se puede consultar en la página web: http://web.amnesty.org/web/web.nsf/pages/legal_memorandum.

3.7.1 Alemania

Para tener una imagen de las tendencias internacionales en tema de jurisdicción universal podemos empezar analizando el tema partiendo de las legislaciones nacionales que han incorporado este principio. Seguramente de gran interés es la legislación alemana²⁶⁹ en la que se establecen varias normas que relativas a la competencia de los tribunales internos para juzgar a sujetos que son sospechosos de haber cometido alguna de las graves violaciones de Derecho Internacional. En algunas de ellas se menciona explícitamente el principio de jurisdicción universal como uno de los mecanismos aptos a la lucha a la impunidad y represión de los crímenes internacionales²⁷⁰. La Constitución, el Código Penal y el Código sobre los Crímenes de Derecho Internacional de este país han creado un marco jurídico claro para el ejercicio de una jurisdicción penal extraterritorial, cuando los intereses en juego implican la participación de la Comunidad Internacional.

Seguramente el Código de Crímenes de Derecho Internacional representa la base jurídica sobre la cual los tribunales nacionales son competentes a juzgar según el principio de jurisdicción penal universal. Este Código, fruto de la implementación que el legislador ha querido hacer de las normas de Derecho penal internacional y de la necesaria cooperación que los Estados Parte del Estatuto de Roma tienen que garantizar en relación a la labor de la Corte Penal Internacional, establece que los tribunales nacionales son competentes en el caso de la comisión de uno de estos crímenes cuando estos últimos sean cometidos a partir del 30 de junio de 2002.

Empezando por la Constitución alemana, (*Grundgesetz*), podemos ver como en su artículo 25 se establece que el derecho internacional consuetudinario tiene prioridad sobre

²⁶⁹ Para profundizar el tema véase el informe presentado por Alemania en respuesta a la resolución 64/177 (véase la nota 200), sobre la aplicación del principio en este país. El informe se puede consultar en la web: http://www.un.org/en/ga/sixth/65/ScopeAppUniJuri_StatesComments/Germany.pdf.

²⁷⁰ Bajo las condiciones establecidas en el Código Procesal Penal, sección 153 f (*Dispensing with Prosecution of Criminal Offences under the Code of Crimes against International Law*), los tribunales alemanes pueden ejercer la jurisdicción universal sobre los crímenes contemplados en el Código Penal alemán y en el Código de crímenes contra el Derecho Internacional. El texto del artículo en inglés se puede consultar en: http://www.gesetze-im-internet.de/englisch_stpo/englisch_stpo.html.

la legislación nacional: Las reglas generales del derecho internacional público son parte integrante del derecho federal. Tienen primacía sobre las leyes y crean directamente derechos y obligaciones para los habitantes del territorio federal. En otras palabras, el ordenamiento se adapta a las normas de derecho internacional generalmente reconocidas y da directa aplicación a las normativas internacionales que imponen obligaciones sobre los Estados. Entre estas reglas encontramos la obligación de reprimir los crímenes internacionales y de reparar el daño sufrido por las víctimas.

El Código Penal, en su Sección 7 (2) (2) establece que la ley penal alemana se aplicará también a crímenes cometidos en el exterior si el acto criminal es considerado un hecho delictivo por la Ley penal del Estado en cuyo territorio se cometió, si el sospechoso se encuentra en territorio alemán y no se procedió a la extradición por uno de los motivos establecidos en el mismo artículo. Mientras que en la sección 6 (1) se autoriza a los tribunales internacionales de activar su jurisdicción, si fuera el caso universal, cuando ha sido cometido un crimen de genocidio, definido en la Sección 220a del mismo Código, u otros crímenes internacionales cuyos tratados hayan sido ratificados por Alemania y de los que se desprende una clara obligación de perseguir dichas conductas también en caso de ser cometidas en el exterior, Sección 6 (9)²⁷¹.

El Código de Crímenes de Derecho Internacional, introducido en los últimos diez años: «shall apply to all criminal offences designated therein even when the offence was committed abroad and bears no relation to Germany»²⁷². En particular, se prevé esta jurisdicción sobre tres categorías de delitos básicos de derecho internacional: el crimen de genocidio, el crimen de lesa Humanidad y los crímenes de guerra. De hecho los tribunales nacionales serán competentes en el caso de la comisión de uno de estos crímenes cuando

²⁷¹ El Código Penal alemán puede consultarse en inglés en el siguiente link: <http://www.iuscomp.org/gla/statutes/StGB.htm>.

²⁷² Traducción: Esta Ley se aplicará a todos los delitos que ellos designen, incluso cuando el delito se haya cometido en el extranjero y no tiene relación alguna con Alemania

estos últimos sean cometidos a partir del 30 de junio de 2002. El artículo 1, que establece que esta ley rige para todos los delitos de derecho internacional descritos en ella faculta a la Fiscalía Federal para investigar y entablar procesamientos con independencia de la nacionalidad de las víctimas o los autores, del territorio donde se haya cometido el delito o de la presencia de los acusados.

En este marco jurídico se han instaurado numerosos juicios basados sobre esta tipología de jurisdicción, aunque no siempre se han obtenido los resultados esperados. En muchos casos, la Fiscalía ha decidido no empezar algunos procedimientos, interpretando, en manera no correcta, los requisitos previstos por el ejercicio de la jurisdicción penal extraterritorial establecidos en las normativas nacionales. Un ejemplo de lo dicho es el caso que se propone sobre la presunta responsabilidad del Ministro uzbeko Zakir Almatov de 2005, o contra ex Presidente Chino Jiang Zemin de 2003, o contra el ex Secretario de Defensa de Estados Unidos Donald Rumsfeld en 2004 y 2006.

Algunos de los casos que resultan importantes para evaluar la utilización del principio de jurisdicción universal en este país son el asunto *Tadic* del 1994 sobre la base jurídica de las Convenciones de Ginebra y de la Convención sobre la persecución del crimen de genocidio, sucesivamente transferido delante del Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia²⁷³ y el asunto *Jorgić*²⁷⁴ donde se llegó a una condena por el

²⁷³ Decision on the Defense Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction, The Prosecutor v. Dusko Tadic, Case No. IT-94-1-AR72, ICTY Appeals Chamber, 2 October 1995 (en: <http://www.icty.org/x/cases/tadic/acdec/en/51002.htm>); Judgment, The Prosecutor v. Dusko Tadic, Case No. IT-94-1-A, ICTY Appeals Chamber, 15 July 1999 (en: <http://www.refworld.org/docid/40277f504.html>).

²⁷⁴ (*Judgment of 26 September 1997, the Düsseldorf Court of Appeal convicted the applicant on eleven counts of genocide IV – 26/96*). Nikola Jorgić fue condenado a cadena perpetua por once cargos de genocidio, y otros delitos; esta sentencia fue confirmada tanto por el Tribunal Federal de Justicia como por el Tribunal Constitucional y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. El acusado, una vez acabados los recursos internos, llevó el asunto frente a la Corte Europea de los Derechos Humanos por presuntas violaciones de los artículos 5 y 6 de la Convención: Artículo 5: «1. Everyone has the right to liberty and security of person. No one shall be deprived of his liberty save in the following cases and in accordance with a procedure prescribed by law: (a) the lawful detention of a person after conviction by a competent court»; Artículo 6 «1. In the determination of ... any criminal charge against him, everyone is entitled to a fair ... hearing ... by [a] tribunal established by law. ...». Traducción: «1. Todas las personas tienen derecho a la libertad y a la seguridad personales. Nadie podrá ser privado de su libertad, salvo en

Tribunal Superior de Distrito de Dusseldorf en 26 de septiembre 1997. Finalmente podemos mencionar los asuntos *Kusljic*²⁷⁵ condenado a cadena perpetua el 21 de febrero de 2001 por la *Bavarian Higher Regional Court* que ha rechazado el recurso de Apelación presentado por Kusljic, por los crímenes de genocidio, deportaciones y asesinados en el territorio de la antigua Yugoslavia²⁷⁶ y finalmente el asunto *Sokolovic*²⁷⁷ condenado a nueve años por complicidad en el genocidio Kalesija y crímenes de guerra.

3.7.2 Argentina

Por lo que se refiere a la legislación argentina en tema de jurisdicción universal²⁷⁸, podemos ver como el 8 de febrero de 2001, se depositó el instrumento de ratificación del Estatuto de Roma, con el que se afirmaba la firme voluntad del Gobierno de Argentina de cooperar con la Corte Penal Internacional en la persecución de los crímenes internacionales así como tipificados en su Estatuto. De hecho ya en 2000 en este país empezó a trabajar una Comisión Interministerial²⁷⁹ para la implementación y codificación de las normas internacionales en el ordenamiento nacional, para que esta cooperación

los casos siguientes y en conformidad con el procedimiento prescrito por la ley: (a) la detención legal de una persona después de una sentencia dictada por un tribunal competente»; Artículo 6 «1. En la determinación de ... cualquier acusación de carácter penal en su contra, todo el mundo tiene derecho a un justo ... escuchado ... por [un] tribunal establecido por la ley. ... ». La Corte decidió el 12 Julio de 2007, afirmando la no violación de los artículos 5-6 de la Convención, la capacidad de los tribunales alemanes de perseguir los crímenes internacionales, bajo los principios de Derecho Internacional aceptados por las naciones, y que por lo tanto la demanda de Jordic a este órgano no encontraba cumplimiento. El texto integral de la sentencia se puede consultar en la página web: http://www.trial-ch.org/uploads/tx_wetwdb/Case_Jorgic_v_Germany_02.pdf.

²⁷⁵ Sentencia del 15 diciembre de 1999, 6 ST 1/99, apelación rechazada el 21 de febrero de 2001 BGH 3 ST 244/00. El texto en alemán se puede consultar en la página web: <http://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.pyGericht=bgh&Art=en&Datum=2001&Sort=3&Seite=69&client=12&nr=18811&pos=2098&anz=2401>.

²⁷⁶ Sobre el análisis de este caso Schabas (2008: 711).

²⁷⁷ Más información sobre el caso en: <http://www.internationalcrimesdatabase.org/Case/44/Sokolovic/#p1>.

²⁷⁸ Véase el informe presentado por Argentina en respuesta a la resolución 64/117 de la Asamblea General de las Naciones Unidas, sobre el estado actual de la aplicación del principio de jurisdicción universal, (véase la nota 200). El texto se puede consultar en la página web: http://www.un.org/en/ga/sixth/65/ScopeAppUniJuri_StatesComments/United%20States.pdf.

²⁷⁹ Fue creada por Resolución Conjunta N° 2762, 930 y 996 del 29 de setiembre de 2000, firmada por los Ministros de Relaciones Exteriores, Comercio Internacional y Culto, de Defensa, y de Justicia y Derechos Humanos.

fuera efectiva. En 2002 fue presentado un proyecto de ley para la implementación del Estatuto de la Corte Penal Internacional, que finalmente fue aprobado en 2006 a través de la Ley 26.200. En esta se afirma que: los crímenes establecidos en los artículos 6, 7, 8 y 70 del Estatuto de Roma y todos aquellos delitos y crímenes que resultan ser de competencia de la Corte Penal Internacional, serán punibles para la República Argentina.

El principio de jurisdicción universal, aunque no haya mención explícita de él en la Ley aprobada en 2006 ni en el Código Penal Argentino en su función de complemento y apoyo en la persecución de los delitos internacionales, estaría reconocido por la Constitución Argentina en la que se afirma:

Art. 118.- Todos los juicios criminales ordinarios, que no se deriven del derecho de acusación concedido a la Cámara de Diputados se terminarán por jurados, luego que se establezca en la República esta institución. La actuación de estos juicios se hará en la misma provincia donde se hubiere cometido el delito; pero cuando éste se cometa fuera de los límites de la Nación, contra el Derecho de Gentes, el Congreso determinará por una ley especial el lugar en que haya de seguirse el juicio²⁸⁰.

La cuestión de la aplicación del principio de jurisdicción universal en este país fue planteada en 1989²⁸¹, con motivo de un pedido de extradición de un criminal nazi por delitos de lesa humanidad. En un fallo de la Cámara Federal de Apelaciones de La Plata se afirmó la aceptación en Argentina de los instrumentos fundacionales del Derecho penal internacional. Pero es en la jurisprudencia reciente en la que este principio ha adquirido una importancia fundamental²⁸².

²⁸⁰ El texto se puede consultar en: <http://www.senado.gov.ar/Constitucion/deInteres>.

²⁸¹ Proceso de extradición de Joseph Schwammbergm, quien durante el Tercer Reich actuó como comandante del ghetto A de Przecsyl. El 9 de enero de 1976 la Embajada de la República Federal Alemana presentó ante el Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto de la República Argentina la solicitud de extradición del ciudadano alemán Josef Schwammberger acusado de robo con chantaje y homicidios reiterados durante la Segunda Guerra Mundial. El 28 de febrero de 1988 la sentencia de Primera Instancia concedió la extradición de Schwammberger. La extradición fue confirmada el 1º de septiembre de 1989 por la Cámara Federal de La Plata. Este dictamen fue ratificado por la Corte Suprema de Justicia el 20 de marzo de 1990. Véase: <http://www.argentina-rree.com/portal/archivos/justicia05.htm>.

²⁸² Sobre este aspecto véase la nota 278.

Como veremos en el quinto capítulo de esta tesis, la experiencia argentina en el ejercicio de la jurisdicción universal, resulta ser muy interesante si la analizamos en comparación con la experiencia española sobre este tema y en particular a la luz de los últimos acontecimientos que se han verificado en España, me refiero a la última limitación legislativa de marzo de 2014, que constituye un verdadero obstáculo para la futura aplicación, en este territorio, del principio de justicia universal. Además de esto, la experiencia argentina está fuertemente ligada a la problemática relativa a la impunidad que en el Estado español ha tenido los crímenes cometidos en España bajo la dictadura franquista²⁸³.

Cabe recordar que el ejercicio de esta tipología de jurisdicción implica el balanceamiento de los intereses nacionales de cada Estado. De hecho, Muchos han sido los procesos abiertos por su trámite y en algunos casos también este país ha tenido que confrontarse sobre los intereses en juego, como por ejemplo en el caso de comisión de un crimen internacional cubierto en otro territorio por una ley de amnistía o indulto.

Sobre este aspecto, los tribunales nacionales españoles, que en pasado el se habían enfrentado a este obstáculo en los casos relativos a los crímenes cometidos en Argentina o en Chile²⁸⁴, han dictado, conforme a lo previsto en el Derecho penal internacional, la incompatibilidad con las normas nacionales que otorgan beneficios y que excluyen la posibilidad de abrir investigaciones y perseguir crímenes internacionales, determinando la responsabilidad de los sujetos que se vieron involucrados en ellos, como es el caso de las

²⁸³ Sobre la querrela véase Carlos Slepoy en El principio de jurisdicción universal y su aplicación en la persecución de responsables de crímenes contra la humanidad, consultable en: [http://www.vientosur.info/IMG/pdf/VS126 C Slepoy Principio jurisdiccion universal.pdf](http://www.vientosur.info/IMG/pdf/VS126_C_Slepoy_Principio_jurisdiccion_universal.pdf).

²⁸⁴ Véase los apartados 5.2 y 5.3 del quinto capítulo de esta tesis. En la sentencia firme n° 798/2007, de 2 de julio de 2007 de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, que condenó al marino argentino Adolfo Scilingo, además de la irrelevancia de las leyes nacionales de amnistías, debido al carácter de *jus cogens* de las normas internacionales violadas, se destacó: 1) la extensión espacial de la jurisdicción española para el conocimiento de crímenes de lesa humanidad cometidos en el extranjero; 2) la extensión temporal de la jurisdicción a dichos hechos delictivos cometidos antes de la constitución del tribunal, 3) la perseguibilidad de los responsables de estos crímenes legislados en el derecho interno y 4) la aplicación de las penas correspondientes en la ley penal interna a cada uno de los delitos que se cometen en el marco de aquellos.

Leyes de Obediencia Debida y Punto Final.

Regresando al caso de los crímenes cometidos durante la dictadura franquista, cubiertos en España por la Ley de amnistía 46/1977, de la que deriva la imposibilidad de los tribunales internos de conocer dichos hechos criminales, el tribunal argentino sigue el mismo razonamiento que conllevó a la condena en España de algunos de los responsables de los crímenes más atroces cometidos en Latinoamérica.

Al igual que la justicia española ejerció la competencia universal en Argentina, entendiendo que los crímenes que allí se había cometido trascendían de la competencias jurisdiccionales exclusivas argentinas por afectar a la humanidad en su conjunto, ahora desde Argentina se busca luchar contra la impunidad existente en el Estado español durante más que setenta años (Zapico Barbeito, 2010: 915).

De hecho, como explica Chinchón Álvarez (2007), España se ha puesto en una situación crítica debido a que, su decisión de no perseguir dichos hechos conlleva a la consecuencia del incumplimiento de las obligaciones internacionales, codificadas en los tratados internacionales ratificados por este país, de garantizar a las víctimas un recurso efectivo, en otras palabras, no garantiza que las víctimas reciban justicia por lo sufrido, por lo tanto otro Estado podría juzgar los hechos antes mencionados. De esta forma, la Ley de amnistía llega a ser considerada como un factor crucial para determinar la no voluntad o imposibilidad del Estado a ejercer jurisdicción sobre los crímenes cubiertos por la ley, lo que significa que es un factor claro de impunidad que faculta a otro país a perseguir dichos actos que por su naturaleza afectan a la Comunidad Internacional, siendo crímenes internacionales.

Sobre la base de la tesis de la no aplicabilidad de las leyes que otorgan amnistías sobre crímenes internacionales en otro país que quiere perseguir los hechos a través de la jurisdicción universal, el 14 de abril de 2010, un grupo de activistas, entre otros, juristas, profesores, asociaciones para la protección de los Derechos Humanos, como la asociación

para la recuperación de la memoria histórica o las abuelas de la plaza de mayo, junto al premio Nobel de la Paz Adolfo Pérez Esquivel, presentaron una querrela en Argentina, contra miles de personas involucradas en los delitos de genocidio y lesa humanidad cometidos durante la dictadura y la Guerra Civil, para que dichos actos no se quedaran impunes. La querrela se fundamentó en el principio de justicia universal consagrado en el Derecho Internacional y previsto en la normativa nacional argentina antes mencionada.

Pasando al análisis de la querrela, tenemos que destacar algunos puntos fundamentales. En primer lugar, tenemos que cuestionarnos la naturaleza de los crímenes previstos por la querrela, donde los crímenes franquistas son calificados como actos de lesa Humanidad y de genocidio, lo que ha generado, como hemos mencionado con anterioridad, numerosas críticas, entre otros, Gil Gil (2009b). Esta previsión se fundamenta en cuanto se afirma que el sistema dictatorial tenía la intención de destruir a todos los rivales políticos, los defensores de la República, y para ello llevo a cabo un sistema de exterminio sistemático, a través de secuestros, desapariciones forzadas y asesinatos. Se lee en la querrela que en España hubo: «un plan sistemático, generalizado, deliberado y planificado de aterrorizar a los españoles partidarios de la forma representativa de gobierno, a través de la eliminación física de sus más representativos exponentes». Como resulta de su desarrollo, la querrela se basa en los siguientes delitos tipificados en el Código Penal argentino: homicidio (art. 79) homicidio agravado (art. 80, incs. 2º, 4º, 6º, 9º), privación ilegal de la libertad calificada por la aplicación de torturas (144 bis inc. 1º, en función del 142 incs. 1º y 5º, y 144 ter, primer párrafo), y demás delitos que resulten de la investigación, cometidos en España en el período comprendido entre el 17 de julio de 1936 y el 15 de junio de 1977, fecha de las primeras elecciones parlamentarias libres y pluralistas desde las de 16 de febrero de 1936. Asimismo en la querrela se prevé que la determinación de los crímenes se produzca sobre la base del Auto del 16 de octubre de

2008 con lo que el Juez Garzón intentó asumir las competencias para investigar los crímenes franquistas en España:

Para la determinación de los hechos delictivos, el contexto en que se produjeron y sus características, resulta pertinente transcribir extensamente determinados párrafos de las resoluciones dictadas, en las fechas que se indican, por el Juzgado Central de Instrucción número 5 de la Audiencia Nacional de España a cargo del juez Baltasar Garzón. [...] En primer lugar, debe resaltarse que los hechos objeto de denuncia nunca han sido investigados penalmente por la Justicia española, por lo que hasta el día de la fecha, la impunidad ha sido la regla frente a unos acontecimientos que podrían revestir la calificación jurídica de crimen contra la humanidad (artículo 607 bis del Código Penal actual).

A través de este acto se pide: 1) que España remita testimonio completo de las “Diligencias previas Proc. Abreviado 399/2006 V” y Sumario 53/2008 E, incluidos los medios de prueba reunidos antes de que se le prohibiera continuar la investigación; 2) que el Gobierno de España dé información sobre los nombres y último domicilio conocido de los miembros de los Consejos de Ministros de los Gobiernos del Estado Español que desarrollaron sus funciones entre el 17 de julio de 1936 y el 15 de junio de 1977, *idem* por las fuerzas armadas y Guardia Civil y el certificado de muerte de los que fallecieron; 3) dé toda la información relativa a las personas desaparecidas para poderlas identificar y a las que fueron asesinadas o torturadas por motivos políticos y 4) de la misma forma, colabore en la localización de las fosas comunes y dé toda la información que poseída sobre los niños sustraídos a su familias durante la dictadura.

Actualmente podemos ver como la querrela sigue avanzando tanto que la jueza instructora del caso, María Servini, ha pedido imputar a tres de los que fueron ministros durante la dictadura de Franco, involucrados en la comisión de los crímenes de genocidio y contra la humanidad: Martín Villa, ministro de gobernación y después vicepresidente del gobierno durante la transición, Utrera Molina, ministro de vivienda, y Fernando Suárez,

ministro del trabajo.

3.7.3 Australia

En el informe *Australian views on the scope and application of the principle of universal jurisdiction*²⁸⁵, se afirma que para dar aplicación y hacer efectivo el principio de jurisdicción universal, en la legislación nacional australiana fue creado un sistema para la prevención y sanción de los crímenes internacionales basados en tres pilares: 1) *Border security*; 2) *Domestic investigation and prosecution*; 3) *and International crimes cooperation*. La presencia del acusado en territorio australiano es considerada elemento indispensable en el momento en que se empiecen los juicios. En los apartados 268 y 274 del *Criminal Code Act* de 1995²⁸⁶ encontramos definición de crímenes de genocidio, tortura, contra la humanidad y de guerra. Estas conductas están sujetas a una jurisdicción especial (*unrestricted category D jurisdiction*) que se activa con independencia del lugar de comisión de los hechos, o de la nacionalidad de las víctimas o del victimario. En las secciones 268.121 y 274.3, se establece la norma sobre el necesario *consensus* de la Fiscalía para empezar las investigaciones, para evitar un uso abusivo de esta tipología de jurisdicción. En cumplimiento de sus funciones la Fiscalía tendrá que tener en justa consideración las normas internacionales sobre la persecución de dichos actos, las prácticas de otros Estados basada sobre la justicia universal y la práctica de los tribunales internacionales que se han pronunciado sobre la misma.

Hay una segunda categoría de crímenes: esclavitud, violencia sexual, tráfico de personas, establecida en la sección 270 y 271 del Código Penal australiano. En este caso se

²⁸⁵ Informe de 2009 de Australia, en respuesta a la resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas relativas al estado de aplicación del principio de jurisdicción universal, la número 65/177 (véase la nota 200); el texto del Informe se puede consultar en la siguiente página web: http://www.un.org/en/ga/sixth/65/ScopeAppUniJuri_StatesComments/Australia.pdf.

²⁸⁶ Se puede consultar el Código Penal en la siguiente página web: http://www.comlaw.gov.au/Details/C2014C00196/Html/Volume_2#_Toc390957730.

establecen criterios y requisitos diferentes para activar la jurisdicción de los tribunales nacionales. En el caso de la esclavitud, en la sección 270.3 se afirma la jurisdicción de los tribunales nacionales con independencia de la presencia del acusado en el territorio australiano; mientras que por los demás delitos antes citados se establece que si las conductas ocurren fuera del territorio nacional, los tribunales nacionales tendrán jurisdicción en el caso de que el victimario tenga la nacionalidad australiana o sea residente en este país.

En el caso *Polyukhovich*²⁸⁷, en relación a los crímenes de guerra, la Corte Suprema de Australia afirmó la jurisdicción sobre los actos que constituyen crímenes de guerra cometidos durante la Segunda Guerra Mundial. En este asunto, la Corte, haciendo referencia al *War Crimes Act*²⁸⁸ (WCA) de 1945, modificado en 1989, afirma que sobre estos actos hay un *consensus* generalizado de atribuir la jurisdicción a los tribunales nacionales con independencia del lugar de comisión de los hechos y de la nacionalidad de las víctimas y del victimario. Del preámbulo del (WCA) se desprende que:

WHEREAS:

(a) concern has arisen that a significant number of persons who committed serious war crimes in Europe during World War II may since have entered Australia and become Australian citizens or residents; (b) it is appropriate that persons accused of such war crimes be brought to trial in the ordinary criminal courts in Australia; and (c) it is also essential in the interests of justice that persons so accused be given a fair trial with all the safeguards for accused persons in trials in those courts, having particular regard to matters such as the gravity of the allegations and the lapse of time since the alleged crimes²⁸⁹.

²⁸⁷ POLYUKHOVICH v. THE COMMONWEALTH OF AUSTRALIA AND ANOTHER (1991) 172 CLR 501 F.C. 91/026. El texto se puede consultar en el siguiente página web: http://www.haguejusticeportal.net/Docs/NLP/Australia/Polyukhovich_High_Court_Decision_14-8-1991.pdf.

²⁸⁸ El texto se puede consultar en: http://www.austlii.edu.au/au/legis/cth/consol_act/wca1945121/.

²⁸⁹ Traducción: CONSIDERANDO: (a) ha surgido la preocupación de que un número significativo de personas que han cometido graves crímenes de guerra en Europa durante la Segunda Guerra Mundial ya pueden haber entrado en Australia y llegaron a ser ciudadanos australianos o residentes; (b) que es conveniente que las personas acusadas de tales crímenes de guerra sean juzgadas en los tribunales penales ordinarios en Australia; y (c) es también esencial para los intereses de la justicia a las personas así

Al acusado se le atribuían crímenes de guerra cometidos entre septiembre 1942 y mayo de 1943 en Ucrania. Sin embargo, por falta de pruebas fue puesto en libertad en mayo de 1993²⁹⁰. Otra sentencia que resulta importante es la relativa al Tribunal Federal en el caso *Thompson*²⁹¹ donde se afirmó que no se podía hablar de adaptación automática de la legislación nacional al Derecho Consuetudinario sobre crímenes internacionales. De hechos, este tribunal afirmó que el Derecho Internacional consuetudinario no puede ser considerado parte integrante del ordenamiento jurídico nacional en cuanto no *self-executing*.

3.7.4 Austria

Como se desprende en el informe presentado por Austria, en diciembre de 2009, sobre la aplicación del principio de jurisdicción universal en este país²⁹², el Código Penal Austriaco (*Strafgesetzbuch*) prevé, en los artículos 62-67, las normas de derecho penal internacional. En particular, los artículos 64 y 65.1.2 prevén una extensión de jurisdicción a una limitada lista de delitos «other punishable criminal acts which Austria is under an obligation to punish even when they have been committed abroad» (artículo 64 sub-párrafo 6)²⁹³, listado que incluye los crímenes reprimidos en la Convención de las Naciones Unidas

acusadas sean sometidas a un juicio justo con todas las garantías para los acusados en los juicios, teniendo especialmente en cuenta cuestiones tales como la gravedad de las imputaciones y el lapso de tiempo los presuntos delitos.

²⁹⁰ Para más información sobre este asunto, véase, entre otros, Pigrau Solé (2009: 40).

²⁹¹ Sentencia de la Tribunal Federal de Australia del 1 de septiembre de 1999, *Nulyarimma v. Thompson* relativa al crimen de genocidio. El texto se puede consultar en la siguiente página web: [http://www.icrc.org/applic/ihl/ihlnat.nsf/0/5f7290d6b2452b57c12576560041b861/\\$FILE/48929658.pdf/Australia%20-%20Nulyarimma%20Case%201999.pdf](http://www.icrc.org/applic/ihl/ihlnat.nsf/0/5f7290d6b2452b57c12576560041b861/$FILE/48929658.pdf/Australia%20-%20Nulyarimma%20Case%201999.pdf).

²⁹² Informe presentado por Austria en respuesta a la resolución 64/77 (véase la nota 200), sobre la aplicación del principio de jurisdicción universal con el título: The scope and application of the principle of universal jurisdiction. Se puede consultar el texto en la siguiente página web: http://www.un.org/en/ga/sixth/65/ScopeAppUniJuri_StatesComments/Austria.pdf.

²⁹³ Traducción: otros hechos criminales punibles en que Austria tiene la obligación de castigar aún cuando hayan sido cometidos en el extranjero.

contra el crimen de tortura, las violaciones a los Convenios de Ginebra y sus Protocolos Adicionales y el crimen de genocidio. Hasta este momento, las normas anteriores han sido utilizadas como medios para aplicación de la clausula jurídica *aut dedere aut judicare* y en pocos casos, como el asunto *Cvijetkovic*, se decidió proceder en aplicación del principio de jurisdicción universal en cuanto la extradición de los acusados resultó ser imposible. Por lo que se refiere al caso *Cvijetkovic, Republic of Austria v. Cvjetkovic*, que se encontraba en territorio austriaco y al que se atribuían actos de genocidio en territorio de Bosnia, no obstante la inicial afirmación de competencia de la jurisdicción austriaca, confirmada también por la Corte Suprema de Austria en 1994, el imputado fue absuelto de los cargos el año sucesivo por la Corte de Salzburgo²⁹⁴.

Muy controvertido fue el asunto *Kadyrov*²⁹⁵, jefe de la República Rusa de Chechenia en el Cáucaso Norte, acusado de tortura en 2008. El 13 de junio de 2008, fue presentada una denuncia en nombre de ECCHR contra Ramzan Kadyrov, acusado de actos de tortura y del asesinato de Umar Israilov²⁹⁶, testigo clave en una demanda ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, sobre los delitos que este último había sufrido en Chechenia, y refugiado político en Austria desde el verano de 2007²⁹⁷. Este caso no prosperó debido a la oposición del Fiscal de abrir la investigación y de emitir la orden de detención contra Kadyrov, a falta de pruebas directas que ligaban este último con las torturas y el asesinato.

²⁹⁴ Sobre este tema véase Pigrau Solé (2009:40 y sucesivas).

²⁹⁵ Más información sobre el caso en: <http://www.ecchr.de/chechnya.html>.

²⁹⁶ Los tribunales austriacos condenaron el 1 de junio de 2011 a tres chechenos, Otto Kaltenbrunner, Suleiman Dadayev y Turpal-Ali Yeshekyev por la muerte de Umar Israilov. El primero fue condenado a cadena perpetua, el segundo a 19 años de prisión y el último a 16 años.

²⁹⁷ Sobre este aspecto véase: la sentencia de la Corte Europea de Derechos Humanos en el caso *Askhabova v. Russia* (54765/09), del 18 de abril de 2013, sobre la violación de los artículos 2, 3 y 5 de la Convención Europea de los Derechos Humanos y por tanto condena al cuerpo de seguridad de Chechenia responsable de secuestro y asesinato.

3.7.5 Bélgica

Seguramente uno de los Estados que más han contribuido en este campo ejerciendo la jurisdicción universal ha sido Bélgica. En 1998 fue creada una unidad²⁹⁸ para tratar exclusivamente los crímenes internacionales perpetrados en diferentes países. Hasta ahora el equipo ha investigado los crímenes internacionales cometidos, entre otros, en Ruanda, Chad, Guatemala. El principio de justicia universal ha sido codificado por el legislador belga en el artículo 7 la Ley del 17 junio de 1993. Dicha norma fue modificada en un primer momento en 1999 y sucesivamente en 2003²⁹⁹:

Belgium was one of the pioneers in the establishment of universal jurisdiction in respect of grave crimes under international humanitarian law. The act of 16 June 1993 which transposed to Belgium law the system of suppression established by the four Geneva Conventions of 1949 and their two protocols of 1977 on the protection of victims of war was extended to the crime of genocide and crimes against humanity by an act of 10 February 1999. Thus, victims of war crimes, crimes against humanity and crimes of genocide may complain before the Belgian courts irrespective of the place of the crime, the nationality of the perpetrator or that of the victim. Under this act, Belgian courts were accorded absolute universal jurisdiction in order to suppress the most serious crimes affecting the international community³⁰⁰. (Informe de Bélgica de 2009).

²⁹⁸ Esta Unidad es parte de la sección penal de la policía judicial del: *arrondissement judiciaire Bruxelles*.

²⁹⁹ «The act of 5 August 2003 on grave violations of international humanitarian law preserves intact the substantive law of the 1993 and 1999 acts by including in the penal code a new chapter I bis: "Grave violations of international humanitarian law". Moreover, the rules on the jurisdiction of Belgian courts are still broad, as a result of an adaptation of the general law of extraterritorial competence to the realities of modern international crime. At the same time, however, the 2003 act modifies the procedure for applying to Belgian courts by providing that prosecutions, including investigations, can be undertaken only at the request of the federal prosecutor, who assesses the complaints made». Traducción: « El acto de 5 de agosto de 2003 sobre las graves violaciones del derecho internacional humanitario conserva intacto el derecho sustantivo de los actos de 1993 y 1999 mediante la inclusión en el Código Penal tiene nuevo capítulo I bis "violaciones graves del derecho internacional humanitario". Por otra parte, las normas relativas a la competencia de los tribunales belgas siguen amplia, como resultado de la adaptación de la ley general de la jurisdicción extraterritorial a la realidad de la delincuencia internacional moderna. Al mismo tiempo, sin embargo, la Ley de 2003 modifica el procedimiento para solicitar a los tribunales belgas probar que las persecuciones, incluidas las investigaciones, pueden llevarse a cabo sólo a petición del fiscal federal, quién evalúa las demandas hechas». Informe de Bélgica de 2009: Observations by Belgium on the scope and application of the principle of universal jurisdiction, en respuesta a la resolución 64/ 117 (véase la nota 200), de la Asamblea de las Naciones Unidas relativas a la aplicación del principio de jurisdicción universal. El texto se puede consultar en la siguiente página web: http://www.un.org/en/ga/sixth/65/ScopeAppUniJuri_StatesComments/Belgium_E.pdf.

³⁰⁰ Traducción: «Bélgica fue uno de los pioneros en el establecimiento de la jurisdicción universal respecto a delitos graves conforme al derecho humanitario internacional. El acto del 16 de junio 1993 que adaptó a

Desde ahora y conforme a lo expresado por Bassiouni (2001b: 53) en relación al texto original de la norma belga que establecía esta clase de jurisdicción, podemos decir que:

Bélgica probablemente tiene disposiciones que establecen el ejercicio más extenso de la jurisdicción universal sobre crímenes contra los derechos humanos que cualquier otro país. Los tribunales belgas pueden conocer casos de crímenes de guerra (internos e internacionales), crímenes contra la humanidad y genocidio no cometidos por ciudadanos belgas fuera de Bélgica contra ciudadanos que no son belgas, sin aún la presencia del acusado en Bélgica. Por razones prácticas, sin embargo, es poco probable que los tribunales se aboquen a una investigación a menos que Bélgica tenga una verdadera conexión con el caso.

Modificada en el 1999, ampliando el listado de crímenes sobre los cuales se puede ejercer la jurisdicción universal, entre estos genocidio y crímenes en contra de la humanidad, y en su artículo 7 establece: *Les juridictions belges sont compétentes pour connaître des infractions prévues à la présente loi, indépendamment du lieu où celles-ci auront été commises*³⁰¹. Esta Ley ha sido enmendada en 2003, bajo numerosas presiones políticas y por razones de economía procesal, llegando introducir el criterio de la presencia del imputado sobre el territorio belga. En cualquier caso, no obstante el paso atrás con esta reforma, citando a Amnistía Internacional Belga, esta ley ha sido muy útil en la lucha a la impunidad en caso de crímenes internacionales:

Avec son ancienne loi de compétence universelle, la Belgique contribuait à détruire le mur d'impunité derrière lequel les tyrans du monde entier s'abritaient

Bélgica la ley del sistema de supresión, establecido por los 4 Convenios de Ginebra de 1949 y sus dos protocolos de 1977 sobre la protección de las víctimas de la guerra se extendió a los delitos de genocidio y crímenes contra la humanidad por ley del 10 de febrero 1999. Por lo tanto, las víctimas de los crímenes de guerra, crímenes Contra la humanidad y crímenes de genocidio pueden quejarse ante los tribunales belgas con independencia del lugar del crimen, la nacionalidad del autor o de la víctima. Bajo esta ley, los tribunales belgas acordaron la jurisdicción universal absoluta con el fin de suprimir los delitos más graves que afectan a la comunidad internacional» Informe de 2009.

³⁰¹ Traducción: Los tribunales belgas tienen jurisdicción para juzgar delitos contemplados en esta Ley, independientemente de dónde se hayan cometido.

pour couvrir leurs crimes. Il est vraiment regrettable que la Belgique oublie, aujourd'hui, les victimes pour lesquelles son système judiciaire représentait un espoir de justice³⁰².

Pasando a las normas actualmente en vigor, que establecen los criterios de jurisdicción, éstas están contenidas en el código de procesal penal. En este (*Code de procédure pénale*), se ha introducido una norma de carácter general que prevé una extensión de la jurisdicción por parte de los tribunales nacionales en todos los casos en que una obligación internacional, derivada por un tratado ratificado por el Estado, establezca de manera clara y unívoca dicha extensión. Esta previsión está contenida en el artículo 12 bis título preliminar al código de procesal penal, introducido en el año 2001³⁰³. En el caso del crimen de terrorismo, el artículo 10, título sexto preliminar al código de procesal penal, reconoce una competencia general universal siempre que el autor se encuentre en el territorio Estatal.

Para evaluar el trabajo hecho por los tribunales nacionales belgas en tema de jurisdicción extraterritorial, partimos por los juicios abiertos en 1995³⁰⁴ de la *Cour d'Assises*, sobre los asuntos *Ntezimana*, *Higaniro*, *Mukangango*, *Mukabutera*, acusados y condenados en 2001 por crímenes de guerra³⁰⁵ cometidos en territorio de Rwanda. Relativos a los crímenes de guerra y de genocidio perpetrados en Rwanda son los otros

³⁰² Traducción: Con su antigua ley, la jurisdicción universal de Bélgica contribuyó a destruir el muro de la impunidad detrás de la cual los tiranos se esconden para cubrir sus crímenes. Es verdaderamente lamentable que hoy Bélgica olvide a víctimas para las que el sistema judicial representa una esperanza de justicia.

³⁰³ «The Belgian courts are competent to take cognizance of offences committed outside the territory of the Kingdom that are the object of an international convention binding on Belgium if the convention obliges in any way to submit the case to the competent authorities for the purpose of prosecution». Traducción: «Los tribunales belgas son competentes para conocer de los delitos cometidos fuera del territorio del Reino que son el objeto de un convenio internacional vinculante en Bélgica si el convenio obliga en modo alguno a someter el caso a las autoridades competentes a efectos de enjuiciamiento».

³⁰⁴ Para profundizar el tema de los primeros juicios llevados a cabo por los tribunales belgas relativos a la aplicación del principio de justicia universal véase, entre otros, Pigrau Solé (2009: 41 y sucesivas).

³⁰⁵ El texto de la sentencia, relativa a los asuntos *Ntezimana*, *Higaniro*, *Mukangango*, *Mukabutera* se puede consultar en la página web: [http://www.haguejusticeportal.net/Docs/NLP/Belgium/Ntezimana_arret_\(8-6-2001\).pdf](http://www.haguejusticeportal.net/Docs/NLP/Belgium/Ntezimana_arret_(8-6-2001).pdf).

juicios abiertos delante de los tribunales belgas en los casos *Nzabonimana*³⁰⁶ y *Ndashyikirwa*³⁰⁷, condenados en 2005 y *Ntuyahaga*³⁰⁸ condenado en 2007 por el asesinato de cascos azules.

Una decisión que resulta ser importante en el análisis de la experiencia belga es la sentencia relativa al caso *Sharon*³⁰⁹, emitida por el Tribunal Belga en 2001. Se puede destacar que el caso ha tenido bastante relevancia internacional, por el hecho de que el proceso se celebró en este país que en este entonces en su Ley de 1993 establecía un principio de jurisdicción universal de forma absoluta³¹⁰. Sin embargo este caso resulta

³⁰⁶ Más información sobre este caso en: <http://www.trial-ch.org/en/ressources/trial-watch/trial-watch/profils/profile/327/action/show/controller/Profile.html>.

³⁰⁷ Más información sobre este caso en: <http://www.trial-ch.org/en/resources/trial-watch/trial-watch/profiles/profile/328/action/show/controller/Profile.html>.

³⁰⁸ Texto de la sentencia en: http://www.trial-ch.org/uploads/tx_wetwdb/arret-5-juillet-2007.pdf.

³⁰⁹ Los hechos pueden ser resumidos de la siguiente forma: el 18 de junio de 2001 fue depositado en Bruselas un recurso en contra de Ariel Sharon y Amos Yaron, debido a una denuncia formal presentada por veintitrés personas, palestinos y libaneses, sobrevivientes de la masacre de Sabra y Shatila, perpetrada en Beirut en septiembre de 1982 durante la ocupación israelita. Ariel Sharon y Amos Yaron fueron acusados de genocidio, crímenes en contra de la Humanidad, crímenes de guerra y violaciones de los Convenios de Ginebra. El 5 de diciembre de 2001 el fiscal general belga, Pierre Morlet, aseguraba que los tribunales belgas tenían competencia para juzgar el caso, que apoyaba totalmente la investigación relativa a la responsabilidad de Sharon en las masacres de 1982 y que esta última debería seguir adelante. Al mismo tiempo, los abogados de Ariel Sharon provocaron la suspensión temporal del caso en octubre, argumentando que Bélgica no tenía jurisdicción sobre un primer ministro que aún ocupaba su cargo. Según la ley belga de 1993, enmendada en 2003, y el derecho internacional, Sharon es imputable también por los crímenes de guerra y por esa razón este caso es fundamental y de gran importancia, no solamente por el hecho de que viene aplicada una jurisdicción universal por los crímenes de guerra, en el plan de una nueva sensibilidad que ha llevado a la formación de una Corte Penal Internacional, sino porque se ha dado relevancia a la obligación puesta sobre los Estados de reprimir estos actos. De hecho, las violaciones de los Derechos Humanos, de las Convenciones de Ginebra y de las resoluciones de la ONU obligan a los Estados a una inmediata acción internacional, para poner fin a estos crímenes. En la denuncia se resalta que en la época en que se verificaron dichos actos, el ejército israelita controlaba toda la ciudad de Beirut. La demanda sostiene que Sharon, Ministro de Defensa y comandante del ejército, organizó el ataque en Líbano y fue el principal responsable del masacre de los palestinos por parte de las milicias libanesas, que entraron en los campamentos de los refugiados en las ciudades de Sabra y Shatila, zona controlada por Israel, siguiendo órdenes del ejército israelí la noche del 16 de septiembre de 1982; por lo tanto Sharon fue imputado por tener una *personal responsibility* en el masacre, como se explica en el Informe: 1983, *The Complete Kahan Commission Report*, el ejército israelita recibió los primeros informes sobre las atrocidades que se estaban llevando a cabo en los campamentos pero, al mismo tiempo, permitieron que las fuerzas libanesas permanecieran en el interior del territorio hasta la mañana del 18 de septiembre. La primera respuesta dada por el Tribunal de primera instancia fue negativa, declarando la no admisibilidad del juicio en frente de los tribunales belgas. Por su parte, la Corte Suprema de Bruselas, el 26 de junio de 2002, decidió por la admisibilidad del procedimiento penal contra del Primer Ministro Israel. De hecho anuló la precedente decisión del Tribunal de primera instancia que había declarado inadmisibile el caso. Pero esta decisión llegó en un momento bastante delicado.

³¹⁰ Al principio de éste capítulo hemos mencionado las diferentes posturas de los Estados ante un tipo de jurisdicción extraterritorial, y hemos relevado cómo en la actualidad existen dos diferentes tipologías de jurisdicción; condicionada y absoluta, dependiendo de los criterios admitidos, en cada Estado, para su aplicación. Podemos constatar como Bélgica ha sido, hasta ahora, uno de los países en que la ley del 17

importante en cuanto estuvo al centro de un atento debate internacional debido a su proximidad temporal con otra importante causa que vio involucrados a los tribunales belgas en 2001 frente de la Corte Internacional de Justicia. De hecho en 2001, Bélgica perdió, delante de la Corte Internacional de Justicia, el caso relativo a la posibilidad de empezar un procedimiento a cargo del Ministro de los Asuntos Exteriores de la República Democrática de Congo³¹¹. Debido a ello, y tomando en consideración todas las cuestiones y dudas nacidas a nivel internacional sobre la compatibilidad del ejercicio extraterritorial de la jurisdicción penal, con las normas internacionales y nacionales que prevé inmunidades para los funcionarios de un Estado, el Procurador del Estado belga sugirió a la *Cour de Cassacion* el reconocer la inmunidad del primer ministro. Aunado a esto, en febrero de 2003 la *Cour de Cassation*³¹² belga ha decidido no proceder en contra del imputado, concediendo en esta manera la inmunidad. Como explica Sanchez Legido (2004), en la citada decisión, la Corte declaró inadmisibles las acciones ejercidas contra Sharon por considerar aplicable con preferencia al derecho interno belga el Derecho internacional consuetudinario en materia de inmunidad de los altos representantes estatales

junio de 1993, que contiene el listado de las graves violaciones al derecho humanitario, autorizaba los jueces nacionales la competencia a juzgar a los responsables aún en ausencia del imputado en el territorio.

³¹¹ Resumiendo los hechos más relevantes sobre este caso: el 11 de abril de 2000, el Juez de Instrucción del Tribunal de Bruselas de Primera Instancia emitió una orden de captura internacional en rebeldía contra Abdulaye Yerodia Ndombasi, en la que se le acusaba de ser autor y cómplice en los delitos que constituyen violaciones graves de los Convenios de Ginebra de 1949 y de sus Protocolos adicionales y crímenes de lesa humanidad. El 17 de octubre de 2000, la República Democrática de Congo presentó un recurso a la Corte Internacional de Justicia, en el que se solicitó que declarase nula la orden de detención internacional emitida el 11 de abril 2000. Este órgano declaró que, como afirmado en muchos tratados internacionales, entre otros, el Convenio de Viena sobre relaciones diplomáticas de 18 de abril de 1961 y la Convención de Nueva York sobre las Misiones Especiales de fecha 8 de diciembre de 1969, y a las decisiones de Otros tribunales internos como la Cámara de los Lores en Gran Bretaña en el caso Pinochet, el Derecho Internacional reconoce la inmunidad de los funcionarios del Estado, como los agentes diplomáticos y consulares, incluyendo jefes de Estado, jefes de gobierno y ministros de relaciones exteriores de la jurisdicción civil y penal de otros países. De esta forma este Tribunal llegó a la conclusión de que el Reino de Bélgica debía, por tanto, cancelar la orden de detención de 11 de abril de 2000 e informar a las autoridades Congoleñas de que se distribuyó esa orden. Para más información sobre este asunto, véase la página web de la Corte Internacional de Justicia, en: <http://www.icjci.org/docket/pr=543&code=cobe&p1=3&p2=3&p3=6&case=121&k=36&PHPSESSID=137e6b049d3288ebe37e63211bf47f72>.

³¹² Decisión de la Suprema Corte de Casación del 12 febrero de 2003, (*Cour de Cassation, Section Francaise, 2e Chambre, arrêt du 12 février 2003, Aff. Hijazi S. et crts. C/ Sharon A. et Yaron A.*, n° JC032C1_1), consultable en: <http://www.indictsharon.net/12feb2003detrans.pdf>.

en ejercicio, tal y como lo había interpretado la CIJ en el asunto relativo a la orden internacional de arresto. Pero no se expone en lo relativo a la posibilidad del ejercicio, por parte de los tribunales belgas de la jurisdicción universal absoluta, en ausencia del reo en territorio belga. Se lee en la motivación de la sentencia de la Corte suprema Belga:

La coutume internationale s'oppose à ce que les chefs d'États et de gouvernement en exercice puissent, en l'absence de dispositions internationales contraires s'imposant aux États concernés, faire l'objet de poursuites devant les juridictions pénales d'un État étranger³¹³.

Para finalizar con la experiencia belga, no podemos dejar de mencionar el caso *Habré*³¹⁴, importante bajo diferentes perspectivas pero en particular en cuanto ha abierto las puertas al ejercicio de la jurisdicción universal en el continente Africano. De hecho, como veremos en el apartado relativo a la práctica de Senegal, en 2015 empieza el procedimiento contra Habré en dicho país gracias al enorme esfuerzo hecho por las víctimas que por años han pedido justicia delante de los tribunales belgas, a la justicia belga y al trabajo de la Corte Internacional de Justicia.

En febrero del año 2009, Bélgica presentó una demanda ante la Corte Internacional de Justicia³¹⁵ fundamentada en primer lugar sobre la negativa de Senegal de extraditar al señor Habré y secundariamente sobre el incumplimiento de la obligación de someter su

³¹³ Traducción: La costumbre internacional se opone al hecho de procesar los Jefes de Estado y de Gobierno en ejercicio, en ausencia de disposiciones contrarias internacionales que vinculan a los Estados interesados, ante los tribunales penales de un Estado extranjero.

³¹⁴ Habré está acusado de haber matado y torturado a miles de personas durante los años 1982 y 1990. Sobre este asunto resulta importante destacar el papel fundamental jugado por dos de los principales actores que han estado luchando por una acusación de Habré, antes en territorio belga y ahora en Senegal, el abogado Chad Jacqueline Moudeina que recibió el Premio Nobel Alternativo de la Paz en 2011 por su trabajo persistente para poner fin a la impunidad de los crímenes, y Reed Brody de Human Rights Watch. De hecho, un paso fundamental hacia la decisión de juzgar Habré ocurrió cuando las víctimas, apoyadas por Moudeina y Brody decidieron presentar decidieron presentar demanda contra el en Bélgica, bajo el principio de jurisdicción universal y una vez demostrado que todos los intentos de procesar a Habré en su país, Chad, y su país de exilio, Senegal, había fallado. La información sobre el caso Habré puede ser consultada en la siguiente página web: <http://www.hrw.org/habre-case>.

³¹⁵ COUR INTERNATIONALE DE JUSTICE RECUEIL DES ARRÊTS, AVIS CONSULTATIFS ET ORDONNANCES, QUESTIONS CONCERNANT L'OBLIGATION DE POURSUIVRE OU D'EXTRADER (BELGIQUE c. SÉNÉGAL), ARRÊT DU 20 JUILLET 2012, la sentencia se puede consultar en la siguiente página web: <http://www.icj-cij.org/docket/files/144/17064.pdf>.

caso ante las autoridades competentes³¹⁶. En este caso la Corte Internacional de Justicia, acogiendo la demanda de Bélgica, acertó la responsabilidad internacional de Senegal y reconoció la obligación principal que este Estado debe cumplir: activar la justicia para las víctimas de dichos crímenes, y por lo tanto ordenó el inicio de las investigaciones y los juicios relativos a los crímenes cometidos en dicho territorio. De hecho la Corte concluyó que Senegal incumplió las obligaciones previstas en los artículos 6.2 y 7.1 de la Convención contra los actos de Tortura y las penas inhumanas y degradantes, por no haber iniciado acciones penales por los actos ilícitos de tortura cometidos por Habré y por no haber sometido su caso ante las autoridades competentes, ordena a Senegal cesar el incumplimiento de las obligaciones previstas en la Convención sobre los actos de tortura y de llevar a cabo, sin demoras, las medidas necesarias para someter el asunto del señor Habré ante sus autoridades competentes con miras a su judicialización. En cualquier caso la sentencia nos deja algunas problemáticas más en el complicado mundo de la jurisdicción universal y por lo tanto resulta ser importante a la hora de evaluar la futura utilización de esta jurisdicción y la compatibilidad de las normas que la prevén con las otras normas internas o internacionales que otorgan inmunidades, amnistías e indultos³¹⁷.

En cumplimiento de la sentencia el 24 julio de 2012, se instituyó el Tribunal especial para los crímenes cometidos en Senegal con jueces provenientes de la Unión Africana; y después de 22 años de total impunidad, Habré, el 30 de junio de 2013 fue

³¹⁶ Se lee en la sentencia que Bélgica pidió: – Que la Corte tiene competencia para conocer de la controversia entre Bélgica y el Senegal sobre el cumplimiento por el Senegal de su obligación de enjuiciar al Sr. H. Habré, o extraditarlo a Bélgica para someterlo a un proceso penal; – Que la pretensión de Bélgica es admisible; – Que la República del Senegal está obligada a incorporar una acción penal contra el Sr. H. Habré por actos que incluyen delitos de tortura y crímenes de lesa humanidad que se le imputan como autor, coautor o cómplice; – Que, si no enjuicia al Sr. H. Habré, la República del Senegal está obligada a extraditarlo al Reino de Bélgica para que pueda responder por estos delitos ante los tribunales belgas.

³¹⁷ Preliminarmente, podemos decir que dicho Tribunal no menciona la problemática relativa a la inmunidad de la jurisdicción de un sujeto que ha tenido cargos oficiales en otro país cuando este último haya cometido un crimen internacional, además no se pronuncia sobre otros aspectos del caso, y resulta ser criticable el hecho que tampoco entre en consideraciones sobre la cuestión de la jurisdicción universal para crímenes contra la humanidad. Otra vez más, este Tribunal no aprovecha del caso para establecer criterios claros y precisos sobre las obligaciones derivadas del incumplimiento de las normas internacionales sobre la persecución de los crímenes internacionales y con ello pierde la oportunidad de hacer progresar, de forma importante, el derecho internacional.

detenido en Dakar y será procesado en 2015 por este tribunal.

3.7.6 Canadá

«Without justice, there is no reconciliation, and without reconciliation, no peace³¹⁸»
Lloyd Axworthy, académico y político canadiense (1998)³¹⁹, expresó de esta forma la intención de cooperar con la Corte Penal Internacional³²⁰ y de codificar y dar actuación a las normas internacionales en tema de represión de las graves violaciones al Derecho Internacional por parte del Gobierno de Canadá.

Conforme a las previsiones normativas del *Crimes against Humanity and War Crimes Act*, enmendados en el año 2000, los tribunales canadienses son competentes en conocer casos de crímenes de genocidio³²¹, contra la humanidad³²² y de guerra³²³, aún si fueron cometidos fuera del territorio canadiense, y a determinar las eventuales responsabilidades penales de los autores³²⁴.

³¹⁸ Traducción: Sin justicia, no hay reconciliación, sin reconciliación, no hay paz.

³¹⁹ Caroline Sawatzki en el informe, *Universal Jurisdiction in Crimes against Humanity*, sobre la aplicación del principio de justicia universal por los tribunales canadienses. La autora afirma que: «Canada would like to work with nations to creatively and innovatively foster their participation not only in signing, ratifying, and adhering to the Rome Statute of the International Criminal Court, but also in attaining their support and participation within the Court itself. Canada strongly believes in the ability of nations to work through differences to reach a consensus concerning legal standards for universal jurisdiction on crimes against humanity, and is willing to attempt to foster such an agreement within reasonable means». Traducción: «Canadá desea trabajar con las naciones en fomentar de manera creativa e innovadora con su participación no sólo con la firma, ratificación y la adhesión al Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, sino también en la consecución de su apoyo y participación dentro de la propia Corte. Canadá cree firmemente en la capacidad de las naciones para trabajar a través de las diferencias para llegar a un consenso sobre las normas jurídicas relativas a la jurisdicción universal sobre los crímenes de lesa humanidad, y está dispuesta a tratar de promover un acuerdo de este tipo dentro de los medios razonables». El texto se puede consultar en la siguiente página web: <http://www.glica.org/topics/show/95>.

³²⁰ Canadá ha ratificado el Estatuto de Roma en Julio de 2000.

³²¹ Los actos de genocidio están disciplinados en los artículos 6(3) y 6(4) del Crimes Against Humanity and War Crimes Act. El texto se puede consultar en: <http://www.cbsa-asfc.gc.ca/security-securite/wc-cg/wc-cg2007-eng.html>.

³²² Los crímenes contra la humanidad están disciplinados en los artículos 6(3) y 6(5) del Crimes Against Humanity and War Crimes Act. El texto se puede consultar en: (<http://www.cbsa-asfc.gc.ca/security-securite/wc-cg/wc-cg2007-eng.html>).

³²³ Los crímenes de guerra están disciplinados en el artículo 6(3) del Crimes Against Humanity and War Crimes Act. El texto se puede consultar en: (<http://www.cbsa-asfc.gc.ca/security-securite/wc-cg/wc-cg2007-eng.html>).

³²⁴ Crimes against Humanity and War Crimes Act , Sec. 6. (1) «Every person who, either before or after the

Sobre esta base normativa se han abierto numerosos juicios, como el caso *Munyaneza*³²⁵, relativo a los crímenes de genocidio y contra la humanidad cometidos en Rwanda, o el caso *Finta*³²⁶, policía húngaro enjuiciado por crímenes contra la humanidad, absuelto por falta de pruebas. En este último ejemplo, como afirma Olle Sesé (2008: 363), se estableció que, aunque los tribunales nacionales tienen una jurisdicción propia para conocer casos contra personas residentes en Canadá por delitos cometidos en el extranjero, para determinar la jurisdicción el requisito más importante es la naturaleza del delito, que en el caso *Finta* eran los crímenes contra la humanidad.

3.7.7 Dinamarca

De acuerdo con las resoluciones del Consejo de las Naciones Unidas, el Código Penal Danés establece en su sección 8 párrafo 1 n.5, que Dinamarca tiene jurisdicción sobre actos cubiertos por normas internacionales que establecen la obligaciones a los Estados que los han ratificado³²⁷. Esto significa que los Estados deben implementar las normas internas aptas a dar efectiva aplicación de la jurisdicción nacional sobre los

coming into force of this section, commits outside Canada (a) genocide, (b) a crime against humanity, or (c) a war crime, is guilty of an indictable offence and may be prosecuted for that offence in accordance with section 8.”» Traducción: «"Toda persona que, ya sea antes o después de la entrada en vigor del presente artículo, comete fuera de Canadá (a) genocidio, (b) un crimen contra la humanidad, o (c) un crimen de guerra, es culpable de un delito grave y podrá ser procesado por ese delito de conformidad con la sección 8"» El texto se puede consultar en: <http://www.international.gc.ca/court-cour/war-crimes-guerres.aspx?lang=eng>.

³²⁵ En 2009, Dessire Munyaneza fue juzgado y declarado culpable de siete cargos de genocidio, crímenes contra la humanidad y crímenes de guerra cometidos en la prefectura de Butare, Rwanda, entre el 1 de abril y 31 de julio de 1994. Por dichos delitos fue condenado a cadena perpetua. (Superior Court of Canada, Province of Québec, District of Montreal, Criminal Division, N. 500-73-002500-052, del 22 de mayo de 2009). El texto de la sentencia se puede consultar en: <http://www.montrealgazette.com/pdf/munyaneza.pdf>.

³²⁶ Sentencia de 24 de marzo de 1994, Regina v. Finta, S.C.R. 701, 811. ILR, 104 (1997). El texto se puede consultar en: <http://scc-csc.lexum.com/scc-csc/scc-csc/en/item/1124/index.do>.

³²⁷ La información relativa a la legislación danesa se puede encontrar en el documento presentado, bajo la invitación hecha por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 65/117 (véase la nota 200) del 16 de diciembre de 2009, por el Ministerio de los Asuntos Exteriores de Dinamarca en el informe: The Scope and Application of The Principle of Universal Jurisdiction. El documento puede consultarse en la siguiente página web: http://www.un.org/en/ga/sixth/65/ScopeAppUniJuri_StatesComments/Denmark.pdf.

crímenes establecidos por las normas internacionales internacionalmente reconocidas. El artículo 8 párrafo 1 n. 6 establece la jurisdicción danesa en todos los casos en que la extradición de una persona en otro país sea negada, y a condición que el crimen, cometido en el exterior, sea considerado como tal en la ley estatal del territorio en el que se verificaron los hechos (doble incriminación).

La Sección 8a del Código Penal de Dinamarca define que un acto cometido fuera del territorio del Estado danés está sujeto a jurisdicción penal danesa, si entra en el listado de crímenes cuya previsión internacional está consagrada en el artículo 5 del Estatuto de Roma, a condición de que el acto haya sido cometido por una persona que tenga la nacionalidad danesa o que tenga su residencia en Dinamarca, o por una persona que está presente en Dinamarca en el momento en el que se presentan los cargos. Mientras que, bajo la sección 8b del Código Penal de Dinamarca, un acto codificado por el artículo 183a de la Ley sobre la toma de posesión ilegal de un avión o un barco, cuando se cometan fuera del territorio del Estado danés, está sujeto a la jurisdicción penal de Dinamarca, a condición de que el acto haya sido cometido por una persona que sea un ciudadano danés o tenga su domicilio o residencia en Dinamarca, o por una persona que está presente en Dinamarca cuando se inicien procedimientos legales formales. Este Código ha sido enmendado en 2008, en particular en lo relativo al estatuto de limitaciones (por ejemplo la relativa a los límites temporales y a la no retroactividad de las normas penales) en caso de comisión de crímenes internacionales como la tortura.

Resulta importante señalar que en Dinamarca ha sido creado un departamento especial encargado de la investigación y el enjuiciamiento de los crímenes internacionales. De hecho, la Oficina Internacional de Crímenes Especiales (SICO)³²⁸ fue establecida en 2002 y está a cargo de la investigación y el enjuiciamiento de los graves crímenes

³²⁸ Para profundizar el tema véase Vestberg (2006: 1 y sucesivas).

cometidos en el extranjero por las personas presentes, (ciudadano, residente o simplemente presente) en suelo danés. La gran mayoría de denuncias a la SICO se reciben de las autoridades de inmigración. Todos los solicitantes de asilo son examinados y entrevistados tres veces con el fin de permitir a las autoridades de inmigración para verificar sus historias. En todos los casos, la Fiscalía tiene la autoridad exclusiva para decidir si hay los elementos para iniciar una investigación contra las personas que entren en territorio danés.

Por lo que se refiere a los casos llevados delante de un tribunal interno bajo el principio de jurisdicción universal podemos mencionar el caso *Pinochet* contra el que se presentó una denuncia en 1998, pero que fue rechazado por la Fiscalía en diciembre del mismo año en cuanto no se respetaba uno de los requisitos antes mencionados, la presencia del reo en territorio danés. En la denuncia, que había sido avanzada por un grupo de chilenos residentes en Dinamarca, se la acusaba a Pinochet³²⁹ de haber ordenado, diseñado o mantenido un régimen, en el que los demandantes habían sido expuestos a la detención, la tortura y los tratos degradantes en Chile durante los años 1973 – 1988. Otros dos casos resultan importantes en la práctica danesa y por lo tanto merecen ser mencionados; me refiero al caso *Saric*³³⁰, primer caso enfrentado por los tribunales de este país, en el que se se condenó a ocho años de prisión y la posterior expulsión del territorio danés a Refik Saric por crímenes durante el conflicto de la antigua Yugoslavia.

En noviembre de 2002, de El ex Jefe del ejército iraquí Nizar al-Khazraji, fue acusado de graves violaciones a los Cuatro Convenios de Ginebra en relación con los crímenes presuntamente cometidos contra kurdos durante la guerra de 1980-1988 entre

³²⁹ Sobre este tema, Pigrau Solé (2009: 44-45) y Inazumi (2005: 146-147).

³³⁰ Corte Suprema Danesa, *The prosecution v. Saric*, Eastern Division of High Court (third Chamber), S-33396-94, del 25 de Noviembre de 1994. Sentencia confirmada en Apelación el 15 de agosto de 1995. Sobre el caso véase Pigrau Solé (2009: 44) donde el autor centra su análisis en lo tres casos llevados por los tribunales daneses en aplicación del principio de jurisdicción universal, me refiero a *Saric*, *Pinochet* y *Ahorugeze*; además se puede consultar el informe del Ministerio de los Asuntos Exteriores danés, en respuesta a la resolución 64/117 de la Asamblea de las Naciones Unidas, (véase la nota 200), sobre la aplicación del principio de jurisdicción universal en Dinamarca; el texto del Informe se puede consultar en la página web: http://www.un.org/en/ga/sixth/65/ScopeAppUniJuri_StatesComments/Denmark.pdf.

Irán e Irak³³¹. Khazraji, que había estado viviendo en Dinamarca y que había solicitado el asilo fue detenido pero logró escapar en marzo de 2003. Sucesivamente, las autoridades danesas emitieron tanto una orden de detención nacional e internacional y expresaron su disposición a solicitar la extradición en el caso de que el acusado se encontrara en el extranjero.

3.7.8 España

En la legislación Española³³², tema que será profundizado en los capítulos sucesivos de esta tesis, el artículo 23.4 de la Ley Orgánica sobre el Poder Judicial número 6 de 1985, del 1 de julio de 1985³³³, ha establecido los criterios para el ejercicio la jurisdicción penal universal en España.

La jurisdicción universal, tal y como la entendemos y se manifiesta en la actualidad en nuestro derecho, se enmarca en el proceso de internacionalización de la justicia penal y es consecuente con el desarrollo del derecho penal internacional como forma de luchar contra la impunidad ante las más graves violaciones de derechos humanos (Prada Solaesa, 2014: 20).

Este artículo ha sido sucesivamente modificado a través de dos Leyes Orgánicas, la 1 de 2009, complementaria de la Ley de reforma de la legislación procesal, para la implementación de la nueva oficina judicial, y la Ley de reforma del Poder Judicial número 1 de 2014. Con ellas La Ley Orgánica del Poder Judicial fue modificada en varios

³³¹ Para profundizar el caso véase Yearbook of International Humanitarian Law – 2003, 3 YIHL 2003, p. 486-487.

³³² Véase el informe presentado por España, en respuesta a la resolución 65/33 (véase la nota 200), en la sección de 2012 del sexto Comité de la Asamblea General de las Naciones Unidas sobre la aplicación del principio de jurisdicción universal. El título del informe es: The scope and application of the principle of universal jurisdiction; el texto del Informe de España se puede consultar en la página web: [http://www.un.org/en/ga/sixth/66/ScopeAppUniJuri_StatesComments/Spain%20\(S%20to%20E\).pdf](http://www.un.org/en/ga/sixth/66/ScopeAppUniJuri_StatesComments/Spain%20(S%20to%20E).pdf).

³³³ Sobre el análisis de la Ley n. 6 de 1985 y de las enmiendas a través de las Leyes n. 1 de 2009 y n. 1 de 2014, véase, entre otros, Bujosa Vadell (2009), Chinchón (2009, 2014), Del Carpio Delgado (2009), Ferrer Lloret (1993-1994), Ollé Sesé (2008), Pardo Gato (2011), Pigrau Solé (2009: 2014) y Sánchez Legido (2004).

puntos. En particular, en tema de justicia universal relativa a los crímenes de genocidio, lesa humanidad, terrorismo y otras graves violaciones a los Derechos Humanos, el artículo 23 LOPJ ha sido ampliado y en parte modificado. A través de estas reformas se establecieron una serie de limitaciones a la hora de aplicar el principio de jurisdicción penal universal determinando criterios que ligan el crimen con el Estado³³⁴.

Esta norma ha sido la base de muchos juicios delante de los tribunales nacionales en aplicación del principio de jurisdicción universal, desde los mencionados casos Scilingo y Pinochet, hasta los más recientes sobre los crímenes cometidos en territorio Tibetano, Gaza, Guatemala y en la prisión de Guantánamo. Además como, enfatiza Bassiouni (2001b), en su versión original, junto con la legislación belga anterior al 2003, no se establecía ningún requisito adicional para el ejercicio de la jurisdicción de las cortes nacionales. Por ejemplo, no se establecía que la presencia del acusado en España pudiese impedir el ejercicio de la jurisdicción universal, basada únicamente en la naturaleza del delito cometido. «[...] hay solamente dos casos conocidos de este autor, específicamente Bélgica y España, en los cuales la **jurisdicción universal** fue aplicada sin ningún nexo con el Estado que la aplicó» (Bassiouni; 2001b: 47) .

Los casos más relevantes serán objeto de un estudio más detallados en el quinto capítulo de esta tesis donde se valorará también el impacto de las reformas legislativas limitativas del principio de justicia universal, tanto en los casos todavía pendientes de juicios como en los futuros basados en ella.

³³⁴Para un análisis más detallada del tema véase el cuarto capítulo de esta tesis.

3.7.9 Estados Unidos

Como hemos analizado en el segundo capítulo de esta tesis en los apartados 2.5 y sucesivos, la legislación estadounidense a través del ATCA y del TVPA estableció reservas de jurisdicciones sobre reclamaciones de daños derivados de ilícitos civiles especiales como puede ser el crimen de tortura o de genocidio³³⁵. Como se afirma en el informe presentado por Estados Unidos³³⁶, el único requisito requerido por la legislación estadounidense es la presencia del sospechoso en dicho país; de hecho se establece: *Present in o found in*.

Sin entrar en detalle, podemos citar algunos de los casos en los que los tribunales estadounidenses han tenido la oportunidad de conocer crímenes internacionales, aunque solo en lo referente a la determinación de las responsabilidades civiles derivadas de ilícitos internacionales. Desde el famoso caso *Filartiga v. Peña Irala*, pasando por el caso *Kadic v. Karadzik*, llegando al caso *Kiobel* donde los tribunales federales han tenido que enfrentarse a la problemática de la responsabilidad de las empresas en la participación en un crimen internacional³³⁷.

Por lo que se refiere al ejercicio de una jurisdicción penal universal, merece mencionar el asunto *Chucky Taylor*³³⁸ quien fue condenado a 97 años de cárcel por los crímenes de tortura cometidos en Liberia entre 1997 y 2003, en base al artículo 18 U.S.C. Párrafo 2340³³⁹. Como explican Ferstman y Schurr (2011: 451), este caso resulta importante en cuanto es el primero en que un tribunal estadounidense juzga en base a la

³³⁵ Véase el apartado 2.5.1.1 del segundo capítulo de esta tesis.

³³⁶ Informe presentado en respuesta a la resolución 64/117 (véase la nota 200) de la Asamblea de las Naciones Unidas sobre la aplicación del principio de justicia universal, consultable en la web: http://www.un.org/en/ga/sixth/65/ScopeAppUniJuri_StatesComments/United%20States.pdf.

³³⁷ Para profundizar el análisis de los casos relativos a la jurisdicción sobre ilícitos civiles especiales, véase el apartado 2.5.1.3 del segundo capítulo de esta tesis.

³³⁸ Sentencia del 9 de Enero de 2009, U.S. District Court. Confirmada en Apelación el 15 de julio e 2010 por la Corte Federal de Apelación de Miami. Se puede consultar el texto de la sentencia en la siguiente página web: <http://www.internationallawbureau.com/blog/wp-content/uploads/2010/02/Indictment.pdf>.

³³⁹ Que establece la base para el enjuiciamiento de los ciudadanos de Estados Unidos por delitos de tortura cometidos en el extranjero.

jurisdicción universal pero no en su sentido puro, el sujeto a la época del juicio tenía doble nacionalidad, de Liberia y de Estados Unidos. Podemos decir que la legislación estadounidense establece por el crimen de tortura una jurisdicción universal condicionada por la nacionalidad del victimario. Al mismo tiempo resulta importante en cuanto nunca antes una persona había sido condenada por las atrocidades cometidas durante la guerra civil en Liberia.

3.7.10 Finlandia

El reconocimiento jurídico del principio de justicia universal³⁴⁰ en territorio Finlandés pasa por su codificación en el Código Penal y se basa sobre la existencia de obligaciones internacionales reconocidas y aceptadas por este territorio³⁴¹. El Código Penal en su Capítulo 1 sección 7 establece que:

(1) Finnish law applies to an offence committed outside of Finland where the punishability of the act, regardless of the law of the place of commission, is based on an international agreement binding on Finland or on another statute or regulation internationally binding on Finland (international offence). Further provisions on the application of this section shall be issued by Decree; (2) Regardless of the law of the place of commission, Finnish law applies also to a nuclear explosive offence or the preparation of an endangerment offence that is to be deemed an offence referred to in the Comprehensive Nuclear Test Ban Treaty (Treaties of Finland 15/2001) (841/2003); (3) Regardless of the law of the place of commission, Finnish law applies also to trafficking in persons, aggravated trafficking in persons and an offence referred to in chapter 34a

³⁴⁰ Véase el Informe de Finlandia de 2010 sobre la aplicación del principio de jurisdicción universal en este país, en respuesta a la resolución 64/117 (véase la nota 200) del Sexto Comité de la Asamblea General de las Naciones Unidas sobre la aplicación de dicho principio en las prácticas estatales. http://www.un.org/en/ga/sixth/65/ScopeAppUniJuri_StatesComments/Finland.pdf.

³⁴¹ Un ejemplo de lo dicho se encuentra en el Act on the implementation of the provisions of a legislative nature of the Rome Statute of the International Criminal Court and on the application of the Statute, número 1284/2000, de 28 de diciembre de 2000, consultado en la página web: <http://www.icrc.org/ihl-nat.nsf/WebLAW2?OpenView&Start=1&Count=150&Expand=14.5#14.5>.

committed outside of Finland³⁴².

Como afirma Pigrau Solé (2009: 46) desde 2003, Finlandia abrió las puertas al ejercicio de la justicia universal sobre crímenes internacionales. Su primer intento fue el caso de las demandas contra *Luo Gan*³⁴³, dirigente del Buró Político del Partido Comunista chino, relativas a los actos de torturas y genocidios cometidos en contra de los pertenecientes al grupo Falun Gong. No obstante el acusado pudo regresar a China y escapar a las acciones penales de los tribunales finlandeses.

Los primeros juicios tardaron unos años en llegar, como es el caso del asunto *Bazaramba*³⁴⁴. la Corte de Apelación de Finlandia, en su primer juicio por crímenes de genocidio, en aplicación del principio de jurisdicción universal consagrado en el Código Penal, condenó a cadena perpetua a Françoise Bazaramba por los crímenes cometidos en Rwanda. El acusado fue detenido en Finlandia en 2007, después de que había entrado en este territorio en 2003 pidiendo asilo, y condenado en primer grado a cadena perpetua en 2010³⁴⁵, sentencia confirmada por la Corte de Apelación y después también por la Corte

³⁴² Traducción:(1) La ley finlandesa se aplica a un delito cometido fuera de Finlandia, donde la punibilidad del acto, sin tener en cuenta la ley del lugar de la comisión, se basa en un acuerdo internacional vinculante sobre Finlandia o en otro estatuto o regulación vinculante a nivel internacional en Finlandia (delito internacional). Las futuras disposiciones relativas a la aplicación de esta sección deberán ser expedidas por el Decreto. (2) A pesar de la ley del lugar de la comisión, la legislación finlandesa se aplica también a una ofensiva nuclear o la preparación de un delito contemplado en el Tratado de Prohibición Completa de los Ensayos Nucleares (Tratados de Finlandia 15/2001) (841/2003); (3) A pesar de la ley del lugar de la comisión, la legislación finlandesa se aplica también a la trata de personas, el tráfico agravado de personas y los delitos mencionados en el capítulo 34 bis cometido fuera de Finlandia. La versión inglesa del Código Penal Finandés se puede consultar en la siguiente página web: <http://www.finlex.fi/en/laki/kaannokset/1889/en18890039.pdf>.

³⁴³ Más información sobre este asunto en: <http://www.redress.org/downloads/publications/legalremedies-final-spanish.pdf>. En este Informe de Acciones Legales Para las Víctimas de “Crímenes Internacionales”, la Federación Internacional de los Derechos Humanos trata el tema de las legislaciones nacionales que prevén el principio de justicia universal, entre otras, Finlandia. Analizando las normas finlandesas afirman que hay 4 temas implicados en la decisión de activar la jurisdicción de los tribunales nacionales: 1) la presencia del reo en el territorio, aunque no se haga mención de esta exigencia en la sección 7 capítulo 1 del Código Penal; la discrecionalidad ejecutiva de acuerdo con la sección 12 capítulo 1 del mismo Código, por el que solo el Fiscal General puede ordenar la apertura de las investigaciones; el tema de las inmunidades así como establecido en la sección 15 capítulo 1 del mismo Código y finalmente las reglas de prescripción sección 1 del capítulo 8, con explícita excepción a los crímenes que conllevan a cadena perpetua como el genocidio, no sujetos a prescripción.

³⁴⁴ Prosecutor v. Bazaramba, Court of Appeal of Helsinki, Finland, 30 March 2012.

³⁴⁵ La sentencia de primer grado, relativa al caso *Bazaramba*, se puede consultar en la siguiente página web: http://www.asser.nl/upload/documents/DomCLIC/Docs/NLP/Finland/Bazaramba_Press_Release_EN.pdf.

Suprema en 2012³⁴⁶.

Tanto en el Tribunal de primera instancia como en apelación se afirmó la competencia de los tribunales de Finlandia en las investigaciones y sanciones de dichos crímenes, rechazando las demandas de extradición hechas por Rwanda debido a la posibilidad de que los crímenes se quedaran en la más amplia impunidad en dicho territorio. También la Corte de Apelación afirmó el respeto de la Ley Penal finlandés sobre la aplicabilidad de dichas normas a extranjeros por crímenes cometidos en el extranjero. También en este caso, como es ahora la legislación española o la alemana, la Corte habla del respecto al requisito de un vínculo que podemos definir como legitimador para el ejercicio de esta tipología de jurisdicción, que en este caso es la residencia del acusado.

Se demostró que él residía establemente en territorio Finlandés desde hace tres años en el momento en el que empezaron las investigaciones. Hecho considerado suficiente para la aplicación de la Ley Penal a dicho sujeto. De hecho, por lo que se refiere a la aplicabilidad de la Ley Penal finlandesa a extranjeros el Código Penal establece:

Chapter 1 Section 6 - Offence committed by a Finn

(1) Finnish law applies to an offence committed outside of Finland by a Finnish citizen. [...]

(3) The following are deemed equivalent to a Finnish citizen:

(1) a person who was permanently resident in Finland at the time of the offence or is permanently resident in Finland at the beginning of the court proceedings, and (2) a person who was apprehended in Finland and who at the beginning of the court proceedings is a citizen of Denmark, Iceland, Norway or Sweden or at that time is permanently resident in one of those countries³⁴⁷.

³⁴⁶ Para más información sobre el caso, consultase la página web: <https://doc.es.amnesty.org/cgi-bin/ai/BRSCGI/ior530202012en?CMD=VEROBJ&MLKOB=32120785151>, página 28 y sucesivas.

³⁴⁷ Traducción: (1) Derecho finlandés se aplica a un delito cometido fuera de Finlandia por un ciudadano finlandés. [...] (3) A continuación se consideran equivalentes a un ciudadano finlandés: (1) una persona que tenía su residencia permanente en Finlandia en el momento del delito o tenga su residencia permanente en Finlandia a principios de los procedimientos judiciales, y (2) una persona que fue detenida en Finlandia y que, al inicio de la corte procedimiento es un ciudadano de Dinamarca, Islandia, Noruega o Suecia o en ese momento es residente permanente en uno de esos países.

3.7.11 Francia

Conforme a lo afirmado en el Informe presentado en 2009 por Francia, relativo al estado actual de la práctica estatal en tema de jurisdicción universal, en respuesta a la resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas 64/117³⁴⁸, en el Derecho francés, en los años 1995 y 1996, a través de las Leyes n. 95-1 y 96-432, se estableció una adaptación de la legislación francesa a las disposiciones de las resoluciones n. 827 y 955 del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas que establecían la creación de los Tribunales Penales Internacionales para el territorio de la ex-Yugoslavia y de Rwanda para juzgar las personas consideradas responsables de una de las graves violaciones al derecho internacional humanitario. Estas disposiciones resultaron muy importantes en cuanto adaptaron la legislación francesa al desarrollo del Derecho penal internacional *ad opera* de los Tribunales antes mencionados.

En cumplimiento de las obligaciones derivadas del Derecho penal internacional, en el artículo 113-8-1³⁴⁹ del código penal, se establece una jurisdicción general sobre el

³⁴⁸ Para más información véase la nota 200. El texto del informe se puede consultar en la siguiente página web: http://www.un.org/en/ga/sixth/65/ScopeAppUniJuri_StatesComments/France_E.pdf.

³⁴⁹ Artículo 113-8-1 Código Penal Francés en inglés: «(Inserted by Act no. 2004-204 of 9 March 2004 article 19 Official Journal of 10 March 2004) Without prejudice to the application of articles 113-6 to 113-8, French Criminal law is also applicable to any felony or misdemeanor subject to a penalty of at least five years' imprisonment committed outside the territory of the French Republic by an alien whose extradition to the requesting State has been refused by the French authorities either because the offence for which the extradition has been requested is subject to a penalty or to a safety measure that is contrary to French public policy, or because the person in question has been tried in the aforesaid State by a court which does not respect the basic procedural guarantees and the rights of the defence, or because the matter in question shows the characteristics of a political offence. Prosecution for the offences set out in the first paragraph may only be initiated at the request of the public prosecutor. It must be preceded by an official accusation, transmitted by the Minister of Justice, from the authorities in Updated 12/10/2005 - Page 2/132PENAL CODE the country where the offence has been committed and which has requested the extradition».

Traducción: «(Introducido por la Ley n. 2004-204 de 9 de marzo de 2004, art. 19, Diario Oficial de 10 de marzo de 2004) Sin perjuicio de la aplicación de los artículos 113-6 a 113-8, la ley penal francesa será aplicable también a cualquier delito grave o delito menor sujeto a una pena de al menos cinco años de prisión cometido fuera del territorio de la República francesa por un extranjero cuya extradición al Estado requirente ha sido negada por las autoridades francesas ya sea porque el delito por el cual se ha solicitado la extradición está sujeto a una pena o a una medida de seguridad que sea contraria al orden público francés, o porque la persona en cuestión ha sido perseguida en el Estado antes mencionado por un tribunal que no respeta las garantías procesales básicas y los derechos de la defensa, o porque el asunto en espectáculos de interrogación las características de un delito político. El enjuiciamiento por los delitos enunciados en el párrafo primero sólo podrá iniciarse a petición del fiscal. Debe estar precedida por una acusación oficial, transmitida por el Ministro de Justicia, de las autoridades del país en que el delito se ha cometido y que ha solicitado la extradición». El texto en inglés del artículo puede ser consultado en la

modelo de *aut dedere aut iudicare* y un reconocimiento explícito de una jurisdicción universal como resultado de los convenios y tratados internacionales en que Francia es parte. Mientras que el artículo 689-1 del Código de Procesal Penal³⁵⁰, se afirma que:

In accordance the international agreements referred to in the following articles, any person who has committed one of the crimes listed in these articles outside the territory of the French Republic may be prosecuted and convicted by the French courts if s/he is in France. The provisions of the present article apply also to any attempt to commit these crimes, whenever such is punishable by law³⁵¹.

Por lo tanto, como se evidencia en el informe antes mencionado:

Thus, exercise of universal jurisdiction in France requires the presence of the suspect within national territory at the time proceedings are initiated in France, and precludes the initiation of proceedings in the absence of that person. In practice, therefore, the jurisdiction of the courts is “quasi-universal”. It is also limited by the need to incorporate international agreements giving jurisdiction to the national judges into French law³⁵².

El listado de los crímenes perseguibles se encuentra en los artículos 689.2 Código de Procesal Penal y sucesivos³⁵³. esta atribución de jurisdicción está limitada del respeto de los principios de derecho penal como el *ne bis in idem*, y se limitará a los: *crimes relevant de la compétence de la Cour Pénal internationale*³⁵⁴.

siguiente página web: http://www.unodc.org/cld/en/legislation/fra/penal_code/book_i_-_title_i/article_113-1_-_113-12/article_113-1_-_113-12.html.

³⁵⁰ El texto del artículo 689-1 del Código de Procesal Penal se puede consultar en la siguiente página web: <http://www.legislationline.org/download/action/download/id/1674/file/848f4569851e2ea7eabfb2ffcd70.htm/preview>.

³⁵¹ Traducción: Según los acuerdos internacionales mencionados en los siguientes artículos, cualquier persona que haya cometido uno de los delitos enumerados en estos artículos fuera del territorio de la República Francesa puede ser procesada y condenada Tribunales franceses si está en Francia. Las disposiciones del presente artículo se aplican también a toda tentativa de cometer estos delitos, siempre que sean punible por la ley.

³⁵² Traducción: Por lo tanto, el ejercicio de la jurisdicción universal en Francia requiere la presencia del sospechoso en el territorio nacional en el momento del inicio de los procedimientos en Francia, y se opone al abrir el procedimiento en ausencia de esa persona. En la práctica, por lo tanto, la jurisdicción de los tribunales es "casi-universal". También está limitada por la necesidad de incorporar los acuerdos internacionales que dan competencia a los jueces nacionales en el derecho francés.

³⁵³ El texto de los del Código de Procesal Penal se puede consultar en la siguiente página web: <http://www.legislationline.org/download/action/download/id/1674/file/848f4569851e2ea7eabfb2ffcd70.htm/preview>.

³⁵⁴ Traducción: crímenes relevantes de competencia de la Corte Penal Internacional.

Además se prevén cuatro condiciones posteriores: jurisdicción sobre actos cometidos por un extranjero que resida en Francia (*personne résidant habituellement sur le territoire de la République*); sobre uno de los crímenes establecidos en el artículo 5 del Estatuto de la Corte Internacional Penal a la condición que: *les faits soient punis para la législation de l'État où été commis ou que cet État ou l'État dont elle a la nationalité soit partie à la convention précitée; monopole du ministère public pour initier les poursuites et absence de demande de remise ou d'extradition de la personne en cause*³⁵⁵.

Sobre la base de dichas normas, en el ordenamiento francés se han abierto casos basados en la jurisdicción penal universal como el relativo a la *Fédération Internationale des Ligues des Droits de l'Homme et al vs Ould Dah*³⁵⁶, causa que involucró también al Tribunal Europeo de Derechos Humanos a través de la Decisión del 17 de marzo de 2009, Ould Dah contra Francia, decisión que será analizada en el sexto capítulo de la presente tesis. La Corte de Gard, con sentencia confirmada en Casación, estableció su propia competencia para juzgar al imputado. Tanto en las sentencias de primer grado y de apelación como en las de la Corte de Casación, se establece la responsabilidad y la culpabilidad del imputado en base a tres argumentos:

- El crimen de tortura es un crimen previsto tanto por parte de las convenciones internacionales como por parte de las legislaciones internas a los Estados que han recibido y dado aplicación en sus propios ordenamientos a las convenciones,

³⁵⁵ Traducción: monopolio del Ministerio Público para iniciar el procedimiento y ninguna solicitud de entrega o la extradición de la persona interesada.

³⁵⁶ El caso al que nos referimos habla de un jefe militar, Ely Ould Dah, comandante en Mauritania que entre 1990 y 1991 cometió muchos delitos, de tortura y asesinatos, contra mauritanos de etnia africana que, como disidentes, fueron detenidos arbitrariamente, torturados y asesinados. En 1993, el Gobierno de Mauritania emitió una ley que permitía la más amplia impunidad a los sujetos que cometieron dichos actos entre 1989 y 1992. La ley de amnistía, que preveía la prohibición de un futuro ejercicio de jurisdicción penal sobre estos hechos. El imputado, encontrándose en Francia en 1998, fue detenido, por parte de las fuerzas francesas, sobre la base de algunas denuncias llevadas a cabo por dos asociaciones para la protección de los Derechos Humanos en Francia, como la *Fédération Internationale des Ligues des Droits de l'Homme*, debido a la violación de convenciones internacionales y en particular, por la violación de la convención sobre la prohibición de los actos de tortura de 1984, ratificada y entrada en vigor en Francia en 1987. Para mayor información sobre el caso véase la página web <http://echrblog.blogspot.com/2009/03/amnesty-and-torture.html>.

mismas que prevén, que por este crimen los Estados tienen la facultad de ejercer la jurisdicción penal universal. Por lo tanto los jueces franceses tenían la facultad de utilizar este medio para dar seguimiento a la obligación prevista en el derecho internacional y en el ordenamiento interno, de garantizar una represión y una sanción para estos actos.

- La ley de amnistía de Mauritania no se aplica al caso concreto, limitando o excluyendo del todo, la posibilidad de la instauración de un juicio sobre algunos crímenes internacionales, y poniéndose en contra de muchas normas internacionales que prevén la represión de estos actos y la imputación de los mismos a los culpables, más la reparación a las víctimas. De otra manera, se impediría la efectiva utilización del instituto de la jurisdicción penal universal.
- Además, la Corte de Casación establece la regularidad de los juicios llevados a cabo por el primer y el segundo grado de juicio que establecen la segura implicación y responsabilidad del imputado.

Terminados los recursos internos, el imputado decide llevar la cuestión ante la Corte CEDU por la violación de algunas normas internacionales en tema de ejercicio de jurisdicción penal, y de normas penales internas sobre los principios de no retroactividad de las normas penales. Delante de este Tribunal el acusado afirmaba la violación del principio la prohibición de retroactividad de las normas penales, establecida en el artículo 7 de la Convención Europea de Derechos Humanos, en el punto de la inclusión del crimen de tortura en el ordenamiento francés. Este órgano estableció que Francia no había incurrido en ninguna violación en cuanto la ratificación, en 1987, de la convención contra los actos de torturas de 1984, supone la adquisición por este país de las obligaciones derivadas de ella; es decir de perseguir los actos criminales constitutivos de tortura,

Un caso reciente es el relativo a *Pascal Simbikangwa*³⁵⁷, que trabajó para el Gobierno de Rwanda en los años en que se verificó el genocidio en este país, condenado a 25 años de cárcel, el 14 de marzo 2014, por complicidad en los crímenes de genocidio y crímenes contra la humanidad. Su juicio se celebró en 2014, Simbikangwa, amigo cercano de Juvénal Habyarimana, cuyo asesinato provocó tensiones étnicas en Rwanda y que era el accionista superior en *Free Radio-Televisión des Milles Collines*, fue acusado de haber participado en los crímenes de propaganda cometidos con este instrumento. De hecho, *Free Radio-Television* fue considerada una de las principales armas de propaganda hutus, de donde se publicitó abiertamente el genocidio de los tutsi.

3.7.12 Holanda

Los criterios de jurisdicción de las cortes nacionales holandesas están establecidos en el Código Penal holandés (*Wetboek van Strafrecht*). En sus artículos 2 al 8 encontramos los criterios que regulan la atribución de jurisdicción a las cortes nacionales. El artículo 2 prevé el principio de territorialidad y establece: «The criminal law of the Netherlands applies to anyone who commits any offense within the Netherlands³⁵⁸». En base al dictado del sucesivo artículo 4, se establece el criterio de extra territorialidad de la jurisdicción, pero únicamente limitada a algunos casos previstos en el artículo 5, como el principio de la

³⁵⁷ Durante el conflicto de Rwanda, era Jefe del Servicio Central de Información de este país. Después del conflicto que culminó en el genocidio, en 2005 parte para Mayotte con una identidad falsa. El 28 de octubre de 2008 fue arrestado y en el momento de su detención, su verdadera identidad la estableció la policía francesa, descubriendo que él era buscado por la Interpol. Efectivamente él estaba siendo investigado por Rwanda que lo acusó el 3 de marzo de 2008 por genocidio, complicidad y conspiración de genocidio y de crimen organizado. El 13 de febrero de 2009, “el Colectivo de las partes civiles para Rwanda” presentó una denuncia en Mayotte. Ahí mismo se abrió una investigación judicial. En julio de 2009 fue transferido a la cárcel de Saint-Denis en la isla de la Reunión. El 29 de marzo de 2013 fue acusado de complicidad en el genocidio y de complicidad en los crímenes contra la humanidad y condenado a 25 años de prisión el 14 de marzo de 2014, en calidad de autor e instigador al genocidio en Rwanda. Para mayor información sobre los hechos véase la página web: <http://www.trial-ch.org/es/recursos/trial-watch/trial-watch/profils/profile/3552/action/show/controller/Profile.html>.

³⁵⁸ Traducción: La Ley Penal holandesa se aplica a todas las personas que cometen un delito en territorio holandés.

personalidad activa, pero no de la personalidad pasiva. Este último criterio, de la personalidad pasiva, se activará exclusivamente en el caso en que haya una obligación clara, prevista en un tratado o convenio internacional que se aplique en el territorio holandés, como ejemplo se puede mencionar el caso de la convención sobre la prevención y sanción de los crímenes cometidos en contra de las personas protegidas incluidos los agentes diplomáticos. Similares restricciones se produjeron en tema de jurisdicción universal, de hecho: «It is only accepted if the obligation arises from customary or conventional international law. The main objections are the risks of double jeopardy, conflicts of jurisdiction, the shifting of responsibilities, and the obstruction of justice³⁵⁹» (Reydams, 2010: 2).

Siempre en esta óptica restrictiva, el legislador holandés se muestra crítico en cuanto a la fórmula de *aut dedere aut judicare* prevista en muchos tratados internacionales sobre todo por el hecho de la ausencia de una jerarquía, a nivel internacional, en los principios relativos a la determinación de los criterios para la atribución de la jurisdicción y por la falta de claridad en la existente relación entre la extradición y la persecución. Por lo tanto, por jurisprudencia constante, se admite una extensión de jurisdicción en este país solamente cuando un convenio internacional prevea, de forma obligatoria y inequívoca, el ejercicio de jurisdicción universal sobre determinados crímenes internacionales, así establecidos en el mismo código penal en los artículos 4 (3), 4 (4), 4(7) y 4 (8)³⁶⁰.

³⁵⁹ Traducción: Sólo se acepta si la obligación deriva del derecho consuetudinario y convencional. las principales objeciones son: los peligros de doble juicio, los conflictos de jurisdicción, el desplazamiento de las responsabilidades, y la obstrucción de la justicia.

³⁶⁰ Como explica Reydams (2004:13) «The reluctance to exercise extraterritorial jurisdiction is motivated by human rights concerns and international comity. Ratification of international criminal law conventions does not usually lead to any extension of jurisdiction, unless the convention contains an unequivocal obligation to do so. Even then a reservation is usually made to the effect that the Netherlands will only prosecute a foreign suspect if a request for extradition has been received and refused». Traducción: «la duda en ejercer la jurisdicción extraterritorial está motivada por las preocupaciones relativas a los derechos humanos y por la civilidad internacional. La ratificación de los convenios internacionales de derecho penal no suele dar lugar a una prórroga de la jurisdicción, a menos que el convenio contiene una obligación inequívoca de hacerlo. Incluso entonces una reserva se hace por lo general en el sentido de que los Países Bajos sólo procesarán a un sospechoso extranjero si la solicitud de extradición se ha recibido y se ha negado».

En cuanto a los crímenes sobre los que los tribunales internos pueden ejercer una jurisdicción que exceda los límites territoriales, podemos ver como después de la adopción en 2003 del *International Crimes Act (ICA)*³⁶¹ los tribunales nacionales tienen la capacidad de conocer casos de genocidio y crímenes contra la humanidad cometidos también en los casos en los que no se encuentre una relación directa entre el crimen y el Estado del foro, y si son cometidos después de la entrada en vigor de dicha norma, 1 de octubre de 2003. Esto significa que hasta 2003 los tribunales holandeses no estaban autorizados a ejercer una jurisdicción de carácter universal sobre los actos de genocidio o los crímenes en contra de la Humanidad. Desde la creación de esta norma, se puede ejercer esta tipología de jurisdicción para perseguir los crímenes en contra del Derecho Internacional humanitario sin violar el principio de no retroactividad de la normativa penal (Reydams 2007:14).

Los actos cometidos con anterioridad a la entrada en vigor del ICA pueden ser perseguidos en Holanda bajo los requisitos establecidos en la *Criminal Law in Wartime Act (Wet Oorlogsstrafrecht)* del 10 de julio de 1952, enmendada en 1990, que define la competencia de los tribunales nacionales en relación de algunas obligaciones internacionales³⁶² ratificadas por dicho país, entre otras, las relativas a los crímenes de guerra y el crimen de tortura. De hecho esta ACTA se ha modificado en varios puntos relativos a la inclusión de las graves violaciones a los Derechos Humanos. Como se lee en el informe presentado por el Comité contra la tortura del 5 enero 2000³⁶³, después de 1997,

³⁶¹ Para profundizar el tema véase el informe presentado por Holanda en respuesta a la resolución 64/117 (véase la nota 200), sobre la aplicación del principio en este país. El informe se puede consultar en la web: http://www.un.org/en/ga/sixth/65/ScopeAppUniJuri_StatesComments/Netherlands.pdf.

³⁶² Entre otras violaciones perseguibles encontramos: el crimen de piratería, con base en una costumbre internacional. Esto significa que se permite a los tribunales holandeses conocer causas sobre la violaciones de las Convenciones sobre el alta mar o la Convención de 1988 sobre la represión de los actos que afectan a la seguridad marítima y del comercio marítimo, siempre que se respete el requisito de la presencia del acusado en el territorio estatal.

³⁶³ Se lee en el Informe, CAT/C/44/Add.8, del 5 enero de 2000: A special National War Criminals Investigation Team – the NOVO – has been set up to target not only crimes under the Criminal Law in Wartime Act, but other crimes against humanity as well, such as torture Traducción: Se ha establecido un equipo de investigación nacional especial de criminales de guerra, el NOVO, que se encarga no sólo de los delitos tipificados en la Ley de derecho penal en tiempo de guerra sino de otros crímenes de lesa humanidad, como por ejemplo la tortura en el sentido de la Convención. El informe se puede consultar

momento en que la Suprema Corte Holandesa emitía la sentencia en el caso *Knesevic*³⁶⁴, se abren los debates internos sobre la posibilidad de ampliar la utilización del principio de jurisdicción universal a otras amenazas a la paz como en el caso del crimen de tortura³⁶⁵.

La norma *International Crimes Act* tiene una enorme importancia, de un lado, en cuanto ha venido incorporando en el ordenamiento holandés los avances del Derecho penal internacional, del otro en cuanto ha ampliado listado de los crímenes bajo los cuales se puede ejercer la jurisdicción penal universal. En las premisas del acto se puede ver como el intento es una adecuación a las obligaciones internacionales derivadas de la ratificación de tratados internacionales: *Whereas We have considered that it is necessary, partly in view of the Statute of the International Criminal Court, to adopt rules concerning serious violations of international humanitarian law*³⁶⁶. Mientras por lo que se refiere al listado de los crímenes:

Anyone who commits one of the following acts shall be guilty of a crime against humanity and liable to life imprisonment or a term of imprisonment not exceeding thirty years or a sixth category fine, if such acts are committed as part of a widespread or systematic attack directed against any civilian population, with knowledge of the attack³⁶⁷.

La práctica holandesa en el ejercicio de esta tipología de jurisdicción muestra como este Estado ha contribuido de forma significativa en la lucha contra la impunidad y con ello en

en: http://www.bayefsky.com/reports/netherlands_cat_c_44_add.8_1999.pdf.

³⁶⁴ Sentencia del 11 de noviembre de 1997 sobre el caso *Knesević*, un serbio bosnio acusado de haber cometido crímenes de guerra, como asesinato, deportación a un campo de concentración, intento de violación en el territorio de la antigua Yugoslavia. Texto de la sentencia se puede consultar en: [http://www.icrc.org/applic/ihl/ihlnat.nsf/0/24ab487a98917ce5c1256a09003d6a27/\\$FILE/Knesevi%20case%20%20Decision%20of%20the%20Supreme%20Court%20of%2011%20November%201997%20-%20in%20English.pdf](http://www.icrc.org/applic/ihl/ihlnat.nsf/0/24ab487a98917ce5c1256a09003d6a27/$FILE/Knesevi%20case%20%20Decision%20of%20the%20Supreme%20Court%20of%2011%20November%201997%20-%20in%20English.pdf).

³⁶⁵ Como explica Reydams (2004), Después de la ratificación del la Convención sobre la tortura y de la aprobación del *Torture Act (Act implementing the Convention against Torture of 1988)*, ha conllevado a la modificación también del listado de crímenes establecidos en el artículo 4 del Código Penal. Esto en perspectiva de hacer eficaz la facultad de ejercer la jurisdicción universal sobre los casos de tortura.

³⁶⁶ Traducción: Mientras que hemos considerado que es necesario, debido en parte del Estatuto de la Corte Penal Internacional, a adoptar normas relativas a violaciones graves del derecho internacional humanitario.

³⁶⁷ Traducción: Cualquiera persona que cometa uno de los siguientes actos, será culpable de un delito contra la humanidad y condenado a cadena perpetua o una pena de prisión no superior a treinta años o una categoría sexta multa, si esos actos sean cometidos como parte de un ataque generalizado o sistemático dirigido contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque.

el intento de perseguir las graves violaciones contra el Derecho Internacional. Este país seguirá contribuyendo a incrementar el debate internacional sobre la necesidad y utilidad de una jurisdicción extraterritorial debido a la propuesta avanzada por el legislador holandés de crear un *foro necessitatis* para permitir el acceso a la justicia a las víctimas de crímenes internacionales, en todo caso en que otro foro, más cercano a los hechos o que tiene otro criterio de conexión con las víctimas o victimarios, no se pueda activar así como se demuestre la imposibilidad de acceder a una corte internacional³⁶⁸.

En lo referente al ejercicio de la jurisdicción universal, el asunto *Pinochet*³⁶⁹ ha sido un punto importante para abrir el debate interno sobre la necesidad encontrar un foro donde perseguir crímenes internacionales. En 1994, cuando el ex presidente chileno estaba en visita en Ámsterdam, el *Chili Komitee*, presenta una denuncia formal penal, fundamentada en la Convención contra del crimen y de los actos de tortura de la ONU, que tanto Chile como Holanda ratificaron a finales de los años 80. Como explica Reydamms (2004: 6) «Chili Komitee Nederland v Pinochet illustrates the dilemmas created by the transitory presence in a third country of a person suspected of a crime to which an *aut*

³⁶⁸ Sobre este aspecto véase el apartado 2.5 de esta tesis.

³⁶⁹ Por lo que se refiere al análisis de los hechos, podemos ver como este caso es el primero en que una organización no gubernamental lleva un juicio penal en un país totalmente ajeno a la causa judicial en contra del que en este momento tenía el cargo de presidente chileno, Augusto Pinochet, acusado de diferentes crímenes en contra de la humanidad contra de la población chilena y de extranjeros en Chile durante su mandato como presidente. En este caso el ministerio público se negó, por diferentes razones, a investigar los crímenes cometidos en Chile al final de los años 80. Entre las razones podemos mencionar: el ministerio público sostiene que los Países Bajos no tienen jurisdicción sobre estos crímenes, en cuanto en base a los criterios previstos en la misma convención, de un lado, no se ha demostrado que Holanda no quiere extraditar el presunto culpable en Chile, lugar donde se cometieron los hechos, para que allí se puedan llevar a cabo las investigaciones y los procesos, del otro lado no se respeta el requisito de la presencia del imputado en el territorio Holandés desde el momento en que no se sabe si Pinochet se ha marchado del país. Otro aspecto por lo cual se niega el juicio es el de la inmunidad que algunas personas, debido al cargo desempeñado en su propio país, tienen en virtud de normas internacionales o nacionales, diversamente de lo que algunos años después decidió la *House of Lords* en el caso mencionado al principio de este capítulo que tiene como protagonista el mismo Pinochet al que no se otorgó la inmunidad por haber desempeñado cargos públicos en cuanto no hay posibilidad de otorgar inmunidades para la comisión de un crimen internacional; En cualquier caso, también en esta situación se negará la posibilidad de empezar un procedimiento penal en su contra debido a sus condiciones de salud. Finalmente, pero no menos importante, resultan los problemas prácticos que el ministerio público ve a la hora de empezar un juicio en un territorio totalmente ajeno a los hechos, un país que no tiene ningún tratado con Chile que le permitiría de poder investigar los hechos sucedidos en este territorio, recoger las pruebas y llevar a Holanda los testigos.

dedere aut judicare convention applies³⁷⁰».

En relación a los crímenes de guerra en 1998 se constituyó un grupo de trabajo especializado en dichos actos: NOVO (*Nationaal Opsporingsteam Voor Oorlogsmisdriiven*)³⁷¹. La unidad especial sobre crímenes de guerra empezó a trabajar en 2002 y desde este momento coopera con otras unidades como las relativas a la inmigración y el *Prosecution Service (Landelijk Parket)*. Desde Febrero de 2006 esta unidad se ha ocupado de casos especiales: *IF cases* sobre los crímenes antes mencionados. Algunos de los casos que estuvieron al centro de estudio de esta unidad fueron los relativos a los crímenes de guerra cometidos en territorio afgano como el caso *Hesam y Jalalzoy*³⁷², condenados a 20 años de prisión el primero y a nueve el segundo por actos de tortura y otros crímenes de guerra, u otros casos relativos a los crímenes cometidos en Iraq, en Liberia, en Sierra Leona o en la República Democrática del Congo.

Para evaluar el trabajo y la cooperación instaurada entre los departamentos de inmigración, demandas de asilo, refugiados etc., uno de los casos más interesantes es el relativo al asunto *Nzapali*³⁷³, donde las autoridades que se ocuparon de la demanda de asilo y la inmigración, consideraron que el acusado no tenía los requisitos necesarios para pedir el estatus de refugiado y, debido a su posible participación en la comisión de crímenes en la República Democrática de Congo, decidieron pasar el análisis del caso a la Unidad especializada con el fin de determinar si había la posibilidad de abrir un procedimiento en

³⁷⁰ Traducción: *Chili Komitee Nederland v Pinochet* ilustra los dilemas creados por la presencia transitoria en un tercer país de una persona sospechosa de un delito al que se aplica una convención *aut dedere aut dejudicare*.

³⁷¹ Para profundizar el tema véase Human Rights Watch, *State of Art* (2006: 73), consultable en: <http://www.hrw.org/reports/2006/ij0606/>.

³⁷² Sentencia confirmada en apelación el 29 de enero de 2007, de la *Hague District Court*. Este caso es relativo a dos miembros del Ejército afgano acusados de crímenes de guerra perpetrados en Afganistán en la década de los 80. (*Trial Judgment in the case against Heshamudin H, 14-10-2005 en: http://www.haguejusticeportal.net/index.php?id=5104; Trial Judgment in the case against Habibullah J., 14-10-2005 en: http://www.haguejusticeportal.net/index.php?id=5105*).

³⁷³ Más información sobre el caso consultase: Human Rights Watch, "Netherlands: Congolese Torturer convicted," *A Human Rights Watch Press Release*, April 7, 2004, [online], en la página web: <http://hrw.org/english/docs/2004/04/07/congo8406.htm>.

su contra.

Otro de los casos que merece ser citado por su importancia es el referente al asunto *Bouterse*³⁷⁴, un líder de la República de Surinam, en el que se admitió que la jurisdicción universal había alcanzado en la actualidad el estatus consuetudinario, pero donde al mismo tiempo se evidenciaba la prohibición de los juicios en ausencia en la legislación pre-ICA y la no retroactividad de las normas penales relativas a los crímenes de tortura cometidos antes de la entrada en vigor del *Torture Convention Act*.

3.7.13 Italiana

Por lo que se refiere a la legislación italiana, en esta última no se prevé ninguna norma específica que autorice el ejercicio por parte de los tribunales nacionales de la jurisdicción universal; no obstante, el Código Penal italiano, establece algunas derogas al principio de territorialidad de la jurisdicción³⁷⁵. En su artículo 7³⁷⁶ establece la persecución

³⁷⁴ Decisión de la Corte de Apelación de Ámsterdam del 20 de noviembre de 2000, que establece la persecución de los crímenes cometidos en la República de Surinam por Bouterse, entre otros, torturas y ejecuciones sumarias, en diciembre de 1982. (Decision of 20 November 2000 by the fifth three-judge section charged with dealing with civil matters on the complaint — with the petition numbers R 97/163/12 Sv and R 97/176/12). El texto de la decisión se puede consultar en: [http://www.icrc.org/applic/ihl/ihl-nat.nsf/0/274ebdfa57c67762c1257706003512d4/\\$FILE/Bouterse%20case%20-%20Amsterdam%20Court%20of%20Appeals%20decision%20of%2020.11.2000%20-%20in%20English.pdf](http://www.icrc.org/applic/ihl/ihl-nat.nsf/0/274ebdfa57c67762c1257706003512d4/$FILE/Bouterse%20case%20-%20Amsterdam%20Court%20of%20Appeals%20decision%20of%2020.11.2000%20-%20in%20English.pdf).

³⁷⁵ En el informe presentado por Italia de 2011, en respuesta a la resolución 65/33 (véase la nota 200) de la Asamblea de las Naciones Unidas sobre el Estado actual del ejercicio de la jurisdicción universal por parte de los tribunales internos, se afirma que: «Italy exercises universal jurisdiction over crimes against international law. According to a broad provision in the Italian Criminal Code (article 7, 5), the foreigner that commits a crime abroad is punished under Italian law whenever this is provided for by special legislation, or by international conventions. Italy has pledged to co-operate in the suppression of all serious crimes by adopting multilateral conventions, bilateral and multilateral extradition treaties and treaties providing for mutual legal assistance in criminal matters». Traducción: «Italia ejerce la jurisdicción universal sobre crímenes contra el derecho internacional. Conforme a la amplia previsión en el Código Penal Italiano (artículo 7, 5), el extranjero que comete un crimen en el exterior es punible bajo la ley italiana en todos los casos en que está establecido por una legislación especial, o por los tratados internacionales, tratados bilaterales o multilaterales de extradición y tratados que establezcan una asistencia penal mutua». El texto del informe se puede consultar en la siguiente página web: http://www.un.org/en/ga/sixth/66/ScopeAppUniJuri_StatesComments/Italy.pdf.

³⁷⁶ El artículo 7 del Código Penal Italiano establece: Reati commessi all'estero. È punito secondo la legge italiana il cittadino o lo straniero che commette in territorio estero taluno dei seguenti reati: [...] 5) ogni altro reato per il quale speciali disposizioni di legge o convenzioni internazionali stabiliscono l'applicabilità della legge penale italiana. Traducción: Es punido según la Ley italiana el ciudadano o el extranjero que comete en territorio extranjero uno de los siguientes delitos: [...] 5) los otros delitos por los

de un crimen, cometido por extranjeros o por un italiano en el exterior del Estado, bajo las obligaciones que derivan de los convenios y tratados en que Italia es parte, entre estas, la convención sobre la prevención y persecución de los actos de genocidio. Podemos ver como dicha norma regula en territorio italiano el principio de jurisdicción universal sin sujetar este último a ningún vínculo nacional, en línea con la concepción inicial de la jurisdicción universal, haciendo referencia directa a las fuentes internacionales que obligan a Italia a perseguir conductas de interés supranacional. En otras palabras actuaría como adaptación de la legislación interna al desarrollo del Derecho Internacional en materia.

En lo relativo a los casos en que los tribunales italianos han tenido la oportunidad de enfrentarse a graves violaciones del Derecho Internacional como el genocidio o crímenes de guerra podemos mencionar los procesos relativos a los casos *Hass*³⁷⁷, *Kappler*³⁷⁸ e *Priebke*³⁷⁹, por los crímenes conocidos en Italia como el *eccidio delle Fosse Ardeatine*³⁸⁰. Mientras que en lo referente a los crímenes cometidos en el exterior podemos citar los casos relativos a los crímenes cometidos en territorio rwandés como *Seromba*, de 2002, y *Uwayezu*, de 2009, sobre los crímenes de genocidio cometidos en territorio de Rwanda en 1994. En el primer caso Athanse Seromba fue detenido y

que disposiciones de ley especiales o convenios internacionales establezcan la aplicabilidad de la ley italiana. Se puede consultar el texto del artículo en: <http://www.brocardi.it/codice-penale/libro-primo/titolo-i/art7.html>.

³⁷⁷ Para más información sobre este caso véase la página web: <http://www.trial-ch.org/en/resources/trial-watch/trial-watch/profiles/profile/3908/action/show/controller/Profile.html>. Sentencia del Tribunal Militar de Roma del 22 de julio de 1997, consultable en la página web: http://www.difesa.it/GiustiziaMilitare/RassegnaGM/Processi/Priebke_Erich/Pagine/08_22-07-97.aspx; Sentencia de la Corte de Apelación Militar en Roma del 7 de marzo de 1998, consultable en la página web: http://www.difesa.it/GiustiziaMilitare/RassegnaGM/Processi/Priebke_Erich/Pagine/13_07-03-98.aspx; Sentencia de la Corte Suprema de Casación del 16 de noviembre de 1998, consultable en la página web: http://www.difesa.it/GiustiziaMilitare/RassegnaGM/Processi/Priebke_Erich/Pagine/15_sentenza_16-11-98.aspx.

³⁷⁸ Para más información sobre este caso véase la página web: <http://www.trial-ch.org/en/resources/trial-watch/trial-watch/profiles/profile/3703/action/show/controller/Profile.html>.

³⁷⁹ Para más información sobre este caso véase la página web: <http://www.trial-ch.org/en/resources/trial-watch/trial-watch/profiles/profile/579/action/show/controller/Profile.html>.

³⁸⁰ Masacre llevada a cabo el 24 de marzo de 1944 por las tropas de ocupación Nazi (oficiales de la Policía de Seguridad y de las SD en servicio en Roma) que derivó en la muerte de 335 personas (detenidos civiles y militares).

entregado al Tribunal Penal Internacional para Rwanda³⁸¹ donde fue condenado a cadena perpetua, mientras que Emmanuel Uwayezu, sobre el cual estaba pendiente una orden de detención emitida por Rwanda por su presunta complicidad en el genocidio, y que se encontraba en territorio italiano y que fue localizado en Empoli, fue detenido en 2009. Sin embargo la Corte de Apelación de Florencia negó la extradición en enero de 2010.

3.7.14 Israel

El ejercicio de la jurisdicción universal en este país está disciplinado por diferentes normas internas como el *Crime Genocide Law*³⁸² de 1950, para prevenir y sancionar los actos de genocidio, y la Ley penal de Israel de 1977³⁸³, en su forma enmendada en 1994, que Sección 16, titulada «Delitos contra el derecho de gentes» establece:

- a) The penal laws of Israel shall apply in respect of external offences for the committing of which the State of Israel has undertaken, in multilateral international treaties open to accession, to penalize; this will also apply even where the person committing the offence is not an Israeli citizen or resident, and irrespective of the place of committing of the offence.
- b) The qualifications specified in Section 14(b)(2) and (3), and (c), shall also apply in respect of the applicability of the penal laws of Israel under this Section.

Section 14 of the Law states:

- (b) ... (2) A qualification for penal liability under the laws of that State [i.e. another State] does not apply; (3) The person has not yet been acquitted of that offence in that State or, having been convicted, he has not served the sentence imposed on him in respect of that offence. (c) No penalty more grave than what

³⁸¹ Caso ICTR-2001-66-A, Sentencia del 6 de febrero de 2002: <http://www.unict.org/Portals/0/Case/English/Seromba/judgement/061213.pdf>; Confirmada en apelación el 12 de marzo de 2008: http://www.unict.org/Portals/0/Case/English/Seromba/decisions/080312-Appeals_judg.pdf.

³⁸² El texto en inglés se puede consultar en: <http://preventgenocide.org/il/law1950.htm>.

³⁸³ Para más información sobre la legislación de Israel véase el informe presentado por el Gobierno en 2010 en respuesta a la resolución 64/117 (véase la nota 200), sobre la aplicación del principio de jurisdicción universal en este país. El texto del informe se puede consultar en: http://www.un.org/en/ga/sixth/65/ScopeAppUniJuri_StatesComments/Israel.pdf.

could have been imposed under the laws of the State where the offence was committed shall be imposed in respect of the offence³⁸⁴.

En lo referente al ejercicio de la jurisdicción universal en dicho Estado seguramente el punto de partida resulta ser el caso *Eichmann*³⁸⁵. De este asunto resulta relevante comentar que, aunque el Tribunal de Distrito israelí haya decidido activarse en virtud del principio de jurisdicción universal en su versión pura, acabó determinando su competencia en base a la legislación nacional de Israel que confiere jurisdicción a sus tribunales sobre los crímenes cometidos contra el pueblo judío³⁸⁶. Sobre este aspecto, hay autores que sostienen que en realidad no se trataría de un ejercicio de jurisdicción universal debido a la conexión entre el crimen y las víctimas consideradas como nacionales. Se hablaría en este caso de protección de los intereses nacionales del Estado de Israel (Fawcett 1962).

De hecho, este Tribunal basó el juicio sobre la ley dictada en 1950 que incluye, entre otros, el crimen de genocidio y crímenes contra la humanidad, pero al mismo tiempo pone como requisito que dichos delitos sean cometidos a daño del pueblo judío. Esto conllevó, como hemos mencionado, que algunos expertos afirmasen que en realidad no hubo ejercicio de la jurisdicción universal en cuanto los tribunales israelíes activaron su jurisdicción por el criterio de personalidad pasiva. Como afirma Liivoja (2014: 304):

In case with a potentially “mixed” jurisdictional basis, courts have often either emphasized the particular significance of universal jurisdiction or failed to explore seriously the alternative bases of jurisdiction. In *Eichmann* for instance,

³⁸⁴ Traducción: a) Las leyes penales de Israel se aplicarán respecto a los delitos externos para la comisión de los cuales el Estado de Israel se ha comprometido, en tratados internacionales multilaterales abiertos a la adhesión, a sancionar; esto también se aplicará cuando la persona que comete el delito no es un ciudadano o residente de Israel, y con independencia del lugar de comisión del delito. b) Los requisitos especificados en la Sección 14 (b) (2) y (3), y (c), se aplicarán también con respecto a la aplicabilidad de las leyes penales de Israel en virtud de la presente sección. El artículo 14 de la ley establece: (b) ... (2) la calificación de la responsabilidad penal en virtud de la legislación en ese Estado [es decir, otro Estado] no se aplica; (3) La persona no ha sido absuelta de ese delito en ese Estado o, después de haber sido declarado culpable no ha cumplido la condena que se le impuso en relación con ese delito. (c) Ninguna pena más grave que la que podría haber sido impuesta en virtud de las leyes del Estado donde se cometió el delito, podrá ser impuesta.

³⁸⁵ Attorney General of Israel v. Eichmann, 36 I.L.R. 277, 304, Israel S. Ct., 29 de mayo de 1962.

³⁸⁶ Sobre este aspecto, entre otros, Bassiouni (2001b y 2014).

even though the Supreme Court subscribed to the District Court's views as to the applicability of the protective and passive personality principles, it is most emphatically stated that the "state of Israel... was entitled, pursuant to the principle of universal jurisdiction and in the capacity of a guardian of international law and agent for its enforcement"³⁸⁷.

Para quien escribe, más coherente resulta la posición de Bassiouni (2014: 465), en conformidad con esta ley de 1950, el alcance de la jurisdicción del Estado de Israel es, universal pero al mismo tiempo encuentra su fundamento en una conexión de nacionalidad con la víctima que coloca dicha base jurisdiccional bajo la teoría de la personalidad pasiva. En otras palabras, podemos decir que en este caso asistimos al ejercicio de jurisdicción universal condicionada por el requisito de una conexión relevante con el Estado del foro, la nacionalidad de las víctimas. De acuerdo con esta postura se encuentra la Corte Suprema israelí porque en dicho asunto va más allá, afirmando que la citada ley de 1950 se aplica no solo a los judíos sino también a los polacos, eslovenos, checos y gitanos.

Este caso resultó ser un muy importante antecedente en el ejercicio de la justicia universal, estableciendo al mismo tiempo los criterios y los límites para su aplicación. Por eso a nivel histórico parte de la doctrina internacional empieza su análisis de las praxis estatales relativas a la persecución de crímenes internacionales partiendo de este caso, donde un tribunal estatal afirma rotundamente la no contrariedad a los principios y normas de Derecho Internacional general del ejercicio de la justicia universal para defender los intereses y valores de la Comunidad Internacional en su conjunto. Como explica Ollé Sesé (2008: 466):

Se puede concluir, de acuerdo con la opinión del juez Lord Millet, emitida en el

³⁸⁷ Traducción: «En caso de bases jurisdiccionales potencialmente "mixtas", los tribunales han enfatizado a menudo la especial importancia de la jurisdicción universal o han dejado de explorar seriamente las bases alternativas de competencia. En Eichmann, por ejemplo, a pesar de que el Tribunal Supremo suscribió a las Cortes del Distrito la aplicabilidad de los principios de protección y de la personalidad pasiva, se afirmó categóricamente que el "estado de Israel tenía derecho, en virtud del principio de la jurisdicción universal y en la capacidad de un guardián de la ley y como agente internacional de su cumplimiento.

caso Pinochet, que el caso Eichmann es autoridad en tres proposiciones: (i) ninguna norma de DI prohíbe a un Estado ejercer jurisdicción penal extraterritorial sobre crímenes cometidos por extranjeros en el extranjero; (ii) los crímenes de guerra y atrocidades de la escala y carácter internacional del Holocausto son crímenes sometidos a la de jurisdicción universal conforme al DI consuetudinario; y (iii) aunque el autor cometa esos crímenes en el curso de sus funciones oficiales, no impide el ejercicio de jurisdicción por un tribunal estatal.

Si en un principio podemos decir que la legislación y la praxis israelí se mostraban favorables al ejercicio de la jurisdicción universal sobre las graves violaciones de los tratados internacionalmente ratificados, actualmente podemos ver como la postura del Gobierno israelí ha cambiado. Es evidente que a raíz de las causas abiertas, por ejemplo en España³⁸⁸ o Reino Unido³⁸⁹ o en Bélgica³⁹⁰, relativas a los crímenes cometidos por Israel en territorio palestino, dicho país se ha mostrado menos favorable a la creación de normas internacionales vinculantes sobre la jurisdicción universal. En muchas circunstancias el Gobierno israelí ha afirmado que el uso excesivo de la justicia universal en países europeos está amenazando su pacíficas relaciones económicas y diplomáticas con esos Estados.

3.7.15 Noruega

En la legislación de Noruega encontramos diferentes Actas que establecen la relación de complementariedad en el ejercicio de la jurisdicción, en particular en el caso de comisión de crímenes internacionales, entre los tribunales internos y los tribunales internacionales. Un ejemplo de lo dicho es el Acta de 1994 relativa a la incorporación de las normas de Derecho penal internacional derivadas por los Estatutos y la jurisprudencia

³⁸⁸ Para más información véase el apartado 5.9 del quinto capítulo de esta tesis.

³⁸⁹ Véase el apartado 3.7.16 de este capítulo sobre el caso *Doron Almog*.

³⁹⁰ Véase el apartado 3.7.15 de este capítulo sobre el caso *Sharon*.

de los Tribunales Penales Internacionales para la ex-Yugoslavia y para el Rwanda³⁹¹, o el Acta de 2001 (ICC Act 2001)³⁹² sobre la implementación del Estatuto de Roma en la legislación de este País, que establece las normas de cooperación entre Noruega y la Corte Penal Internacional. Además de esto, como afirman Blix-Nilsen y Eriksen (2007: 2), el *Gjennomføringsloven*, es decir el *ICC Act* de 2001, reconoce el principio de la jurisdicción universal respecto de algunos delitos graves, *core crimes* (genocidio, crímenes contra la humanidad y de guerra). Esta norma hace referencia a lo establecido en las Secciones 12 (4) Código Penal noruego³⁹³, que extiende la jurisdicción de los tribunales nacionales a los delitos cometidos por extranjeros en un país extranjero: «is a felony also punishable according to the law of the country in which it is committed, and the offender is resident in the realm or is staying therein³⁹⁴».

Mientras que, como es explicado en el Informe presentado por Noruega sobre el estado actual de aplicación del principio de justicia universal en dicho país³⁹⁵, el *Criminal Procedural Act*³⁹⁶, modificado en 1981, establece las disposiciones relativas a los requisitos procedimentales para el ejercicio de la jurisdicción en los casos de crímenes internacionales. Entre los requisitos encontramos la presencia del sospechoso en este país, en los casos que éste último no tenga la nacionalidad o no resida en Noruega.

Pasando al análisis de los casos, aunque todavía no se han producido condenas

³⁹¹ Act N. 38 24/06/1994 relating to the incorporation into Norwegian law of the UN Security Council Regulation on the establishment of international tribunals for crimes committed in the former Yugoslavia and Rwanda <http://www.ub.uio.no/ujur/ulovdata/lov-19940624-038-eng.pdf>.

³⁹² ICC Act 2001, Act relating to the implementation of the Statute of the International Criminal Court of 17 July 1998 (the Rome Statute) in Norwegian law, Act No. 65 of 15 June 2001; el texto en inglés della norma: ICC Act de 2001, se puede consultar en la página web: [http://www.icrc.org/applic/ihl/ihlnat.nsf/0/328c47a0efe19411c1256b36005d3165/\\$FILE/Act%20%2065%20of%2015%20June%202001%20.pdf](http://www.icrc.org/applic/ihl/ihlnat.nsf/0/328c47a0efe19411c1256b36005d3165/$FILE/Act%20%2065%20of%2015%20June%202001%20.pdf).

³⁹³ El texto en inglés del Código puede ser consultado en: <http://www.ub.uio.no/ujur/ulovdata/lov-19020522-010-eng.pdf>.

³⁹⁴ Traducción: «el delito punible también de acuerdo con la ley del país en el que se comete, y el delincuente reside en el reino o se queda en el mismo».

³⁹⁵ Informe de 2010 en respuesta de la resolución 64/117 (véase la nota 200) del Sexto Comité de la Asamblea de las Naciones Unidas, sobre la aplicación del principio de jurisdicción universal en las prácticas estatales: http://www.un.org/en/ga/sixth/65/ScopeAppUniJuri_StatesComments/Norway.pdf.

³⁹⁶ El texto en inglés puede ser consultado en: <http://www.ub.uio.no/ujur/ulovdata/lov-19810522-025-eng.doc>.

sobre la base de la jurisdicción universal en Noruega, como se afirma en el *Universal Jurisdiction in Europe: The State of the Art* de *Human Rights Watch*³⁹⁷ (2006:82 y sucesivas), el país ha identificado numerosos sospechosos en su territorio. Se afirma que más de setenta casos han sido examinados hasta ahora relativos a sospechosos que buscaban asilo en Noruega; los crímenes se refieren a los territorios de Irak, Afganistán, África (en particular Rwanda) y los Balcanes. Tanto que en 2005 el gobierno de Noruega decidió dejar la investigación de dichos casos a una unidad penal especializada en crímenes internacionales. El llamado: Servicio de Investigación (*Norway's National Criminal Investigation Service- NCIS*). La unidad tiene el papel de crear una lista detallada de todos los casos con el fin de establecer directrices para la selección y priorización de las investigaciones.

Un asunto que ha tenido fuertes repercusiones en territorio Noruego fue el caso relativo a *Michel Bagaragaza*³⁹⁸, relativo a los crímenes de genocidio cometidos en Rwanda. El tribunal noruego en 2006 pidió al Tribunal Penal Internacional para Rwanda el poderlo juzgar bajo su legislación; posibilidad rechazada por el Tribunal Internacional³⁹⁹, no teniendo Noruega la jurisdicción adecuada para poder examinar el asunto; De hecho la Ley noruega establecía la prohibición de aplicar retroactivamente las normas relativas a la persecución de crímenes internacionales sobre hechos que se habían verificado con anterioridad respecto a la entrada en vigor de dichas normas. Después de este caso el legislador noruego decidió enmendar la legislación en relación a los crímenes internacionales y la compatibilidad de los principios penales con estos últimos, en particular en lo referente a las reglas de prescripción.

³⁹⁷ El informe se puede consultar en: <http://www.hrw.org/reports/2006/06/27/universal-jurisdiction-europe>.

³⁹⁸ Bagaragaza, ex director gerente de la OCIR-Tea y miembro del comité local del Movimiento Republicano para el Desarrollo y la Democracia (MRND), fue acusado de complicidad y conspiración en los crímenes de genocidio de 1994.

³⁹⁹ THE PROSECUTOR v. Michel BAGARAGAZA Case No. ICTR-05-86-AR11bis, IN THE APPEALS CHAMBER ICTR, sentencia de la Corte de Apelación del Tribunal Internacional para el Rwanda; el texto de la sentencia del Tribunal para el Rwanda se puede consultar en la página web: http://www.fichl.org/uploads/media/ICTR_Appeals_Chamber_Decision_in_the_Bagaragaza_case.pdf.

3.7.16 La legislación del Reino Unido

The United Kingdom acknowledges that there is a further limited group of crimes which some States consider to attract universal jurisdiction, including genocide and crimes against humanity, but there is a lack of international consensus on the issue. These crimes are not underpinned by treaties providing for universal jurisdiction. Accordingly, a careful study of state practice and opinio iuris would be required to determine whether they are established under customary international law as crimes of universal jurisdiction and whether there are conditions for the exercise of such jurisdiction⁴⁰⁰.

Esta es la posición que el Reino Unido ha expresado en el Informe emitido en abril de 2011 en respuesta a la resolución 65/33⁴⁰¹ de la Asamblea General de la Naciones Unidas sobre la aplicación del principio de jurisdicción universal en la práctica estatal⁴⁰². Como se evidencia en el mismo documento, en este territorio se ha ejercitado la jurisdicción extraterritorial con relación a delitos internacionales y ha sido creado un sistema legal apto a determinar la características, requisitos y límites de esta jurisdicción en relación a las diferentes tipologías de crímenes tomados en consideración.

En relación al crimen de piratería, ha sido incorporada en la legislación nacional la convención sobre el *Law of the Sea*, a través del *Merchant Shipping and Maritime Security Act* de 1997. Por este crimen la legislación inglesa no establece ningún nexo territorial.

Por lo que se refiere a los las graves violaciones de los Convenios de Ginebra y sus Protocolos Adicionales, en 1957, modificado en 2009, en base al *Geneva Conventions Act*, se ha establecido la jurisdicción de los tribunales nacionales. También en este caso no se

⁴⁰⁰ Traducción: El Reino Unido reconoce que existe un grupo limitado de delitos sobre los que algunos Estados puedan considerar la jurisdicción universal, como el genocidio y los crímenes contra la humanidad, pero a falta de un consenso internacional sobre el tema. Estos crímenes no están respaldados por Tratados que prevén jurisdicción universal. En consecuencia, se requiere un estudio cuidadoso de la práctica estatal y la opinio iuris para determinar si son establecidos en el Derecho Internacional Consuetudinario como crímenes de jurisdicción universal y si existen condiciones para el ejercicio de esta jurisdicción.

⁴⁰¹ Véase la nota 200.

⁴⁰² El texto del informe se puede consultar en la siguiente página web: http://www.un.org/en/ga/sixth/66/ScopeAppUniJuri_StatesComments/UK&Northern%20Ireland.pdf.

establecían vínculos territoriales. Mientras que el *War Crimes Act* de 1991 ha sido la base para algunos juicios como el caso *Szymon Serafinowicz and Andrzej Sawoniuk*. En base a este Acto se prevé la jurisdicción de los tribunales nacionales sobre los crímenes de guerra cometidos en Alemania o en los territorios ocupados por Alemania durante la Segunda Guerra Mundial. Se establece un requisito para aplicar esta tipología de jurisdicción: que el acusado hubiera tenido la nacionalidad o fuera residente en el Reino Unido.

Pasando al crimen de tortura, el *Criminal Justice Act* de 1988 fue la base de algunos juicios frente a los tribunales nacionales como el caso *Faryadi Zardad*, condenado a 20 años de cárcel por actos de tortura y secuestros. En base a la sección 134 se establecía el principio de jurisdicción universal por dichos actos sin ningún tipo de conexión con el foro.

En 2001, el *International Criminal Court Act*, ha venido modificando la disciplina de los crímenes internacionales cometidos fuera de este país, este Acto, modificado en 2009, ha introducido algunos requisitos para la utilización de la jurisdicción universal a los crímenes de genocidio, guerra y contra de la humanidad. Este Acto se aplica desde el 1 de enero de 2001.

Por lo que se refiere a los casos enfrentados por los tribunales ingleses después del famoso asunto *Pinochet*, resulta muy importante mencionar el caso *Fayaradi Zardad*⁴⁰³, un líder de la milicia acusado de cometer torturas en Afganistán en la década de 1990, que involucró a varios países en las investigaciones, entre ellos Estados Unidos, Dinamarca y Holanda. Zarzad fue acusado en virtud de la Sección 134 del *Criminal Justice Act* de 1988 y del párrafo §1(1) del *Taking of Hostages Act* 1982, Actos que extendían la competencia de los tribunales internos sobre determinados crímenes internacionales como la tortura, cuando son cometidos por una persona que resida en el Reino Unido, ya sea en el

⁴⁰³ R v. Zardad (Cent. Crim. Ct. July 18, 2005) (Eng.); see also R v. Zardad, [2007] EWCA (Crim) 279 (Eng.).

momento de la comisión del ilícito o cuando inicie el procedimiento. En 2005 Zardad fue condenado a 20 años de prisión y esta fue la primera sentencia de condena a un torturador por hechos cometidos fuera de Inglaterra⁴⁰⁴.

Otro caso seguramente interesante es *Doron Almog*⁴⁰⁵, General israelí acusado de la demolición de 59 casas en Rafah, Franja de Gaza, el 10 de enero de 2002, constituyente crimen de guerra contra de civiles en cuanto no justificado por la necesidad militar⁴⁰⁶. Además de esto, fue acusado del asesinato de Noha Shukri Al Makadma el 3 de marzo de 2003 como resultado de la demolición una casa y del asesinato de Mohammad Abd Elrahman el 30 de diciembre 2001, y finalmente del lanzamiento de una bomba de una tonelada sobre el barrio de Al Daraj de la ciudad de Gaza el 22 de julio 2002.

En septiembre de 2005 Almog fue a Inglaterra presenciar a una conferencia sobre el autismo infantil, decidió no salir de su avión y regresar a Israel después de que la Embajada de Israel en Londres le advirtió acerca de una orden de arresto⁴⁰⁷ en relación a los crímenes antes mencionados. De esta forma logró evadir su detención y el posible juicio en su contra en Inglaterra⁴⁰⁸.

3.7.17 La legislación de Senegal

El artículo 98 de la Constitución de Senegal, enmendada en 2008, establece: «The treaties or agreements regularly ratified or approved have, on their publication, an authority superior to that of the laws, under reserve, for each treaty or agreement, of its application

⁴⁰⁴ Más información sobre el caso en: <http://www.trial-ch.org/en/resources/trial-watch/trial-watch/profiles/profile/329/action/show/controller/Profile/tab/legal-procedure.html>.

⁴⁰⁵ Para más información sobre el caso Doron Almog véase la página web: <http://www.theguardian.com/uk/2005/sep/12/israelandthepalestinians.warcrimes>.

⁴⁰⁶ Artículo 147 de la Convención de Ginebra (IV) relativa a la protección de los civiles en tiempo de guerra del 12 Agosto del 1949. El texto se puede consultar en: <http://www.icrc.org/ihl/WebART/380-600169>.

⁴⁰⁷ Orden de detención emitida el 10 de septiembre de 2005, sobre la base de las graves violaciones a los Convenios de Ginebra y sus Protocolos Adicionales.

⁴⁰⁸ Véase el Informe Israeli Ex-General Evades London Arrest on War-Crimes Charge: <http://www.labournet.net/world/0509/almog1.html>.

by the other party⁴⁰⁹». Entre otros Tratados Internacionales firmados y ratificados por este país están los relativos a la persecución y sanción de los crímenes internacionales como la tortura. En cumplimiento de las obligaciones internacionales derivadas por dichas convenciones, el legislador ha modificado en los últimos años la legislación penal y procesal para poder reprimir dichas conductas en territorio senegalés, también en el caso en que sean cometidas en el exterior.

Estas modificaciones legislativas son frutos también del papel jugado por diferentes actores internos y internacionales que pidieron enmiendas al Código Penal y Procesal para permitir un ejercicio efectivo de la jurisdicción sobre determinadas graves conductas. Entre los actores cabe recordar el Comité contra la tortura⁴¹⁰, la Corte Internacional de Justicia y la Unión Africanas en lo relativo al famoso caso *Habré*⁴¹¹, a menudo definido como el *Pinochet* de los países africanos.

Como consecuencia de las presiones internacionales, en 2007 el legislador promulgó un texto legislativo para otorgar a los tribunales nacionales la competencia para conocer de casos de genocidio, crímenes contra la humanidad, crímenes de guerra y torturas, incluso cuando éstos hubiesen sido cometidos fuera del territorio de Senegal.

Pasando al caso *Habré*, ex dictador de Chad, en exilio en Senegal, como hemos visto en el apartado relativo a la legislación Belga, este último fue inculcado una primera vez en Senegal en 2000, cuando 7 víctimas presentaron una denuncia, pero los tribunales senegaleses resolvieron que él no podía ser juzgado. Una vez demostrada la imposibilidad de poder abrir juicios contra el acusado en el país donde se cometieron los crímenes y en

⁴⁰⁹ Traducción: «Los tratados o acuerdos ratificados o aprobados tienen, en su publicación, una autoridad superior a la de las leyes, bajo reserva, para cada tratado o acuerdo, de su aplicación por la otra parte». El texto del artículo se puede consultar en la siguiente página web:
<http://www.wipo.int/edocs/lexdocs/laws/en/sn/sn014en.pdf>.

⁴¹⁰ El Comité contra la tortura en su comunicación 181/2001 de 19 de mayo de 2006, declaró que Senegal violó la Convención contra la Tortura de la que es parte, al no haber incorporado la legislación interna las modificaciones necesarias para cumplir con el contenido de este instrumento.

⁴¹¹ Véase el apartado 3.7.5 de este capítulo, relativo al caso *Habré* delante de los tribunales belgas: *Questions relating to the obligation to prosecute or extradite (Belgium v. Senegal), Judgment, International Court of Justice, 20 July 2012* (<http://www.icj-cij.org/docket/files/144/17064.pdf>).

Senegal, sus víctimas decidieron presentar una denuncia en Bélgica. En Septiembre de 2005, luego de cuatro años de investigación, un juez belga inculpó a Habré en Bélgica y pidió su extradición a Senegal, donde el acusado se encontraba. La disputa entre Bélgica y Senegal relativas al proceso de extradición duraron más de tres años y conllevaron a una demanda de Bélgica frente la Corte Internacional de Justicia, en la que se le pedía a la Corte de ordenar a Senegal de extraditar o juzgar al acusado. Efectivamente el 20 de Julio de 2012, este órgano ordenó de juzgar a Habré sin demora a falta de extraditarlo. En abril de 2012, y bajo la presidencia de Macky Sall, la Unión Africana y Senegal acordaron crear la Cámaras Extraordinarias Africanas⁴¹².

Estas últimas fueron constituidas con la función de poder juzgar determinados delitos internacionales, entre otros los crímenes cometidos en el territorio del Chad y están compuestas por cuatro secciones: una sección de instrucción (cuatro jueces senegaleses), una Cámara de acusación (tres jueces senegaleses), una Cámara de Primera Instancia y una Cámara de Apelación, (dos jueces senegaleses) y un Presidente de otro país perteneciente a la Unión Africana). La legislación procesal aplicable a dichos órganos es la senegalesa.

Gracias a este importante paso, Habré fue inculcado por crímenes contra la humanidad, crímenes de guerra y tortura, y puesto bajo orden de detención por los jueces de instrucción senegaleses; el proceso se prevé comience en 2015 delante de dichas Cámaras.

⁴¹² Creadas después de la sentencia del Tribunal CEDEAO (Tribunal de Justicia de la Comunidad Económica de África Occidental (CEDEAO), un órgano pensado para la resolución de controversias entre Estados, el texto de la sentencia se puede consultar en la siguiente página web: <http://www.chambresafricaines.org/index.php/1-affaire-habre/552-d%C3%A9cision-de-la-cour-de-justice-de-la-cedeao.html>) del 18 de noviembre de 2010, con el fin de crear unas salas extraordinarias de carácter internacional para juzgar retroactivamente determinados crímenes internacionales, estas salas llegan en un momento crucial para la justicia africana que deberá demostrar tener la capacidad de cumplir con las obligaciones internacionales derivadas por el Derecho Internacional penal.

3.7.18 Suiza

En el informe⁴¹³ sobre la aplicación del principio de jurisdicción universal en territorio Suizo se afirma que:

Switzerland subscribes to the “conditional” or “limited” interpretation of universal jurisdiction, in which the exercise of universal jurisdiction is subject to two conditions (i) The person suspected of the offence is in Swiss territory; (ii) The suspect is not extradited to another competent jurisdiction In the Swiss legal system, universal jurisdiction is therefore a jurisdiction exercised subsidiarily, when no other jurisdiction with a stronger jurisdictional link (territoriality or nationality, for example) can prosecute the perpetrator of the crimes in question. Moreover, the exercise of universal jurisdiction is reserved for serious crimes⁴¹⁴.

Pasando al análisis de la legislación suiza, la Ley de 1981 que establece las normas de auxilio internacional en materia penal, *Loi fédérale sur l'entraide internationale en matière pénale*, *recueil systématique du droit fédéral* 351.1, prevé las normas aplicables en caso de extradición cuando falta un tratado específico con el Estado que la requiere. En su artículo 2 establece la regla a través de la cual se rechaza la extradición de un sujeto si se demuestra que, en el Estado que quiere proceder a juzgarlo, el proceso sería falseado o si el Estado no garantiza que el imputado no será sometido a tratamientos inhumanos o que afecten a su integridad física y psíquica.

Más contundente en tema de jurisdicción universal, resulta el artículo 6 bis del Código Penal suizo que consagra el principio de que estamos hablando cuando este último

⁴¹³ Switzerland's position on the appropriateness of discussing universal jurisdiction in the Sixth Committee of the General Assembly of the United Nations. General Assembly decision in its resolution 65/33 (véase la nota 200). El texto se puede consultar en la siguiente página web: [http://www.un.org/en/ga/sixth/66/ScopeAppUniJuri_StatesComments/Switzerland%20\(F%20to%20E\).pdf](http://www.un.org/en/ga/sixth/66/ScopeAppUniJuri_StatesComments/Switzerland%20(F%20to%20E).pdf).

⁴¹⁴ Traducción: Suiza adhiere a la interpretación "condicional" o "limitada" de la jurisdicción universal, en la que el ejercicio de la jurisdicción universal está sujeta a dos condiciones (i) La persona acusada del delito se encuentre en territorio suizo; (ii) El sospechoso no es extraditado a otra competente jurisdicción. En el sistema jurídico suizo, la jurisdicción universal es ejercitada subsidiariamente, cuando otra jurisdicción competente y con un vínculo jurisdiccional fuerte (territorialidad o nacionalidad, por ejemplo) no puede enjuiciar al autor de la delitos en cuestión. Por otra parte, el ejercicio de la jurisdicción universal está reservado para los delitos graves

esté previsto en una obligación internacional ratificada por Suiza y en el caso en que el autor se encuentre en el territorio⁴¹⁵ donde se celebrará el juicio y siempre que se respeten los principios de *ne bis in idem* y de *lex mitior*.

1 Le présent code est applicable a quiconque aura commis a l'étranger un crime ou un délit que la Confédération, en vertu d'un traite international, s'est engagée a poursuivre, si l'acte es réprimé aussi dans l'Etat ou il a été commis et si l'auteur se trouve en Suisse et n'est pas extradé à l'étranger. La loi étrangère sera toutefois applicable si elle est plus favorable à l'inculpé.

2 L'auteur ne pourra plus être puni en Suisse: s'il a été acquitté dans l'Etat où l'acte a été commis, pour le même acte par un jugement passé en force; s'il a subi la peine prononcée contre lui à l'étranger, si cette peine lui a été remise ou si elle est prescrite⁴¹⁶.

Esta disposición ha sido ampliada en relación también a los crímenes sobre los que se puede extender la jurisdicción, a través de la inclusión del artículo 6 bis en el código penal de 1982, sobre los actos de terrorismo y del artículo 12 bis, en el año 2000, sobre los actos que constituyen el crimen de genocidio. Sobre la base de esa ley, Suiza sometió a proceso y condenó en 1999 al ruandés Fulgence Niyonteze⁴¹⁷ a catorce años de prison, sentencia confirmada en apelación en 2000⁴¹⁸, por haber participado a los crímenes de genocidio en Rwanda.

⁴¹⁵ Sobre este aspecto De Moerloose y Perissi (2014), hablan de un modelo de competencia casi universal, debido al requisito de la presencia del acusando en territorio suizo en el momento del *dépôt de la plainte*.

⁴¹⁶ Traducción: 1 Este código es aplicable a cualquier persona que cometa un delito en el extranjero o por delitos que la Confederación, en virtud de un tratado internacional, se ha comprometido a perseguir si el acto también es reprimido en el Estado en que se cometió y el agente se encuentra en Suiza y no es extraditado al extranjero. El Derecho extranjero, sin embargo, se aplica si es más favorable al reo. 2 El autor no puede ser castigado en Suiza si fue absuelto por la misma conducta en el Estado donde el delito fue cometido por una sentencia; si ha sido pronunciada sentencia en su contra el extranjero, si la pena ha sido establecida o prescrita.

⁴¹⁷ Véase entre otros, Schabas (2008) y Reydamas (2002).

⁴¹⁸ TRIBUNAL MILITAIRE D'APPEL 1A, Audience du 15 mai au 26 mai 2000, Palais de Justice, salle G3. Se le en la sentencia: - à la peine de quatorze ans de réclusion, sous déduction de l'367 (mille trois cent soixante-sept) jours de détention préventive. - aux frais de première instance, fixés à fran et à ceux d'appel, fixés à francs, soit un total de francs. - à l'expulsion du territoire de la Confédération Suisse pour une durée de quinze ans. Traducción: - La sentencia de catorce años de prisión en virtud de deducción de l'367 (un mil trescientos sesenta-siete) días prisión preventiva. - A expensas de Primera Instancia fijó en CHF y los de apelación establecido en francos, para un total de francos. - La expulsión de la Confederación Suiza por un período de quince años. La sentencia de condena se puede consultar en la siguiente página web: http://www.trial-ch.org/fileadmin/user_upload/documents/APPEL_FN.pdf.

Además, para los crímenes de guerra, el código penal militar, promulgado por la ley federal de 13 de junio de 1927 y modificado hasta el 29 de febrero de 2000, establece que las jurisdicciones militares pueden conocer crímenes cometidos en el extranjero por parte de extranjeros siempre que el autor se encuentre en el país y no pueda ser extraditado o entregado a un tribunal penal internacional. La base de esta jurisdicción universal la encontramos en el combinado dispuesto de los artículos 9, 108 y 109 que ponen las bases para su ejercicio en los casos de las violaciones de las leyes o de las costumbres de la guerra. El artículo 9 señala en su párrafo 1: “*Le présent code est applicable aux infractions commises en Suisse et à celles qui ont été commises à l'étranger*⁴¹⁹.” Los artículos 108 - 109 constituyen también una base para la jurisdicción universal por “*infractions commises contre le droit des gens en cas de conflit armé*⁴²⁰.”

En 2001 Suiza ratificó el Estatuto de Roma, adaptando al mismo tiempo la legislación nacional a las obligaciones internacionales derivadas por dicha ratificación. Introdujo en el código penal, entre otras novedades, la noción de crímenes contra la humanidad y los elementos constitutivos de crímenes de guerra, haciendo explícita la necesidad de remitirse al código militar y al Estatuto de Roma. Además, «les articles introduits aux titres 12 bis et 12 ter du Code pénal suisse [...] reflet du droit international coutumier et conventionnel et permettent une adaptation aux évolutions du droit⁴²¹» (Moerloose y Perissi; 2014: 14).

Recientemente el caso *Khaled Nezzar*⁴²² ha reactivado en territorio suizo el debate acerca del ejercicio y bajo qué condiciones de la jurisdicción universal. Nezzar, que se

⁴¹⁹ Traducción: este código es aplicable a los delitos cometidos en Suiza y los que son cometidos en el extranjero.

⁴²⁰ Traducción: las infracciones cometidas en contra del derecho de gentes y en caso de conflicto armado.

⁴²¹ Traducción: artículos introducidos en los títulos 12 bis y 12 del ter del Código Penal suizo [...] reflejan el derecho internacional consuetudinario y convencional y permiten una adaptación a la evolución del derecho.

⁴²² Khaled Nezzar ex ministro de la Defensa de Argelia fue considerado responsable de diferentes delitos internacionales como la eliminación de los opositores, desapariciones forzadas, ejecuciones extrajudiciales cometidos durante el primer año de la llamada *sale guerre* (1992-2002).

encontraba en Ginebra, fue detenido y inculcado por crímenes de guerra en 2011, sin embargo fue puesto en libertad con la promesa de estar presente durante el procedimiento por dichos actos. Siempre en 2011, Nezzar interpuso recurso al Tribunal penal federal basado sobre la supuesta inmunidad que tienen los ministros de un Estado extranjero. En 2012 el recuso fue denegado por dicho tribunal que diferenciando los casos de inmunidades *ratione materiae* y *ratione personae*, ha establecido que, por lo referente a la inmunidad *ratione materiae* el desarrollo actual del Derecho Internacional ha venido creando excepciones a la aplicación de las inmunidades en caso de comisión de crímenes internacionales: «Il serait à la fois contradictoire [...] on affirmait vouloir lutter contre ces violations graves aux valeurs fondamentales de l'humanité et [...] l'on admettait une interprétation large des règles de immunité fonctionnelle»⁴²³.

3.8 Conclusiones capítulo

Como hemos explicado en el segundo capítulo de esta tesis, en el sistema penal internacional, la creación de cortes internacionales como la Corte Penal Internacional, puede ser considerada un mecanismo útil, una alternativa, para no dejar los crímenes impunes. De todas formas, debido a las limitaciones y obstáculos que estas cortes encuentran, no pueden ser el único instrumento apto a determinar las responsabilidades penales de los hechos y a reparar las víctimas.

Como declara el Preámbulo del Estatuto de Roma, la impunidad se ha convertido en uno de los “males de nuestro tiempo: el fracaso en la persecución de los crímenes graves es considerado algo tan malo, si no peor que el propio crimen. En la actualidad, la jurisdicción universal es la técnica favorita empleada para prevenir la impunidad por los crímenes internacionales; la

⁴²³ Traducción: Sería contradictorio [...] afirmar de querer luchar contra las graves violaciones a los valores fundamentales de la humanidad [...] y admitir una interpretación amplia de la regla de la inmunidad funcional. Tribunal Penal Federal Suizo, Caso *Khaled Nezzar*, decisión de 25 julio de 2012.

jurisdicción universal es uno de los métodos más efectivos para disuadir y prevenir la comisión de crímenes internacionales, incrementando las posibilidades de persecución y sanción de sus autores (Blanco Cordero, 2008: 101).

Por lo tanto, el fundamento de la justicia universal reside en proteger los intereses fundamentales no solo de los Estados sino de la Comunidad Internacional en su conjunto; intereses que se ven amenazados en el momento en que se cometen graves violaciones del Derecho Internacional que afectan a toda la humanidad. Si este es su fundamento, es fácil entender como el objetivo de esta justicia sea de colmar aquellas lagunas, faltas en el sistema penal internacional, para que resulte efectivo el ejercicio de la acción penal contra los responsables de las conductas criminales antes mencionadas y se asegure con ello no dejar a a dichos sujetos la posibilidad de encontrar lugares en el mundo, donde poder quedar impunes: *Safe havens*. Como explica Comellas Aguirrezábal (2010: 107):

la jurisdicción universal es una herramienta útil e incluso necesaria para combatir la tradicional impunidad de la que suelen gozar los responsables de los más graves crímenes internacionales, garantizar que normas internacionales fundamentales no queden «en letra muerta», y hacer valer los derechos de las víctimas.

En este capítulo, partiendo del fundamento, objetivos y características del principio de jurisdicción universal, hemos intentado dar una panorámica de las problemáticas ligadas a esta tipología de jurisdicción. De hecho:

La **jurisdicción universal** no se encuentra tan bien establecida en el derecho internacional convencional y consuetudinario como sus más entusiastas defensores, incluyendo importantes organizaciones de derechos humanos, pretenden que está. Dichas organizaciones han confeccionado listas de países que ellos alegan se basan en la **jurisdicción universal**. En el hecho, las disposiciones legales que ellas citan no apoyan esa proposición, o a lo menos no en la forma inequívoca que ellas indican (Bassiouni, 2001b: 4).

Partiendo del concepto de jurisdicción penal universal, se han analizado los tratados internacionales, fuentes directas de derecho internacional, y costumbres internacionales, que expresan la *opino juris y praxis* de los Estados y finalmente normas de *soft law*, como resoluciones, códigos de conducta en tiempo de guerra, informes, declaraciones y principios en tema de jurisdicción penal universal. Todo este material nos ha dado un entorno sobre el que poder analizar, lo más cercano posible, las normativas internas a los Estados y su jurisprudencia en los casos en que los tribunales nacionales han tenido que utilizar esta tipología de jurisdicción. Partiendo del crimen de piratería, los Estados han ampliado sus criterios de jurisdicción a otros crímenes que por su naturaleza afectan a la Humanidad en su conjunto; sin embargo, no todos los países han admitido y utilizado los mismos criterios a la hora de desarrollar su propia competencia. Algunos han utilizado criterios más restringidos a la hora de determinar que crímenes pueden ser juzgados, o criterios que de cualquier forma ligan el crimen cometido al territorio en que se procede a juicio. En muchos casos, las normas que establecen esta jurisdicción han tenido que chocar con otros principios básicos del derecho penal: *ne bis in idem*, no retroactividad de la norma penal, *lex mitior* etc.

Algunos, más que otros, como Bélgica, España, Francia, Alemania o Holanda han contribuido de manera importante tanto desde una perspectiva legislativa como jurisprudencial.

Conforme a lo afirmado por Ferrer Lloret (2008: 216), cuando se habla de justicia universal se debe tener en cuenta la práctica legislativa y jurisprudencial de los Estados, sobre todo de aquellos que como España, han tenido un papel importante en la implementación del principio y su utilización en casos concreto.

De conformidad con este Derecho comparado, nos declaramos partidarios de la jurisdicción universal territorial como solución más realista y viable. Solución, que, por referirnos a nuestro ámbito geográficos más próximo, de aplicarse con

efectividad por todos los Estados de nuestro entorno europeo, podría suponer nada menos que el continente europeo iba a dejar de cobijar a los autores de genocidio, crímenes de guerra u crímenes contra la humanidad y otros crímenes tipificados convencionalmente, como la tortura, como así ha ocurrido en un buen número de casos en las últimas décadas (Ferrer Lloret; 2008: 216-217).

Como consideración final, podemos decir que el estudio de las normas que a nivel internacional abarcan el principio de jurisdicción universal, junto con la praxis estatales en materia, nos debería orientar hasta el futuro de dicho principio. Su evolución depende en gran medida de la creación de normas vinculantes a nivel internacional como puede ser un tratado internacional que discipline con claridad los elementos, características y límites de esta tipología de jurisdicción y para que la futura praxis de los Estados sea más homogénea y predecible⁴²⁴. Como explicaba Brown (2001: 397), este principio debería evolucionar en el sentido de ser considerado como norma de *jus cogens* y con ello determinar una obligación *erga omnes* en relación a los delitos de genocidio, de lesa humanidad, de tortura y de guerra, evitando de esta forma de seguirnos cuestionando la naturaleza de este principio sobre dichos actos: «Through this process the duty to prosecute universal jurisdiction crimes, and perhaps even the duty to prevent them, could eventually gain recognition as compelling *jus cogens* norms from which no derogation is permitted⁴²⁵».

⁴²⁴ Sobre este aspecto véase, entre otros, Blanco Cordero (2008), en el que la autora analiza los informes nacionales presentados por los Estados durante el Coloquio Preparatorio de la IV Sección el XVIII Congreso Internacional de Derecho Penal de septiembre de septiembre, 2009. Han sido presentado 14 informes nacionales, representando diferentes partes del mundo: Alemania, Bélgica, Croacia, España, Estados Unidos de América, Finlandia, Francia, Holanda, Hungría, Italia, Rumania, Suecia y Turquía más dos informes adicionales se ocupan de la cuestión desde una perspectiva global y europea. En ellos se puede resaltar la necesidad evidenciada por los Estados de la creación de normas claras y univocas sobre los elementos y límites de esta tipología de jurisdicción. Además han sido avanzadas muchas propuestas para alcanzar un acuerdo internacional, en forma de tratado sobre las condiciones para su aplicación. El análisis de los informes se puede consultar en la siguiente página web: http://www.cairn.info/zen.php?ID_ARTICLE=RIDP_791_0101.

⁴²⁵ Traducción: A través de este proceso el deber de perseguir delitos de jurisdicción universal, y quizás incluso el deber de prevenirlos, con el tiempo podría ser reconocido como *jus cogens* que no admiten ninguna excepción.

Cuarto capítulo

La particular experiencia Española en tema de Jurisdicción Penal Universal: sus altibajos

El tiempo pasa, la impunidad permanece
Amnistía Internacional⁴²⁶ (18/06/2013)

4.1 Introducción

La jurisdicción, desde siempre considerada como una manifestación de la soberanía de un Estado⁴²⁷, encuentra límites que se concretizan cuando entra en juego con la de otros Estados. En muchos casos el concepto de soberanía jurisdiccional territorial estricta y de no injerencia en los asuntos internos de un Estado⁴²⁸ ha sido utilizado como justificación de algunas políticas estatales que sistemáticamente violaban los Derechos Humanos⁴²⁹. En

⁴²⁶ La jurisdicción universal, una herramienta contra la impunidad, documento de Amnistía Internacional en: https://www.es.amnesty.org/uploads/media/AIEl_tiempo_pasa_la_impunidad_permanece._Resumen_ejecutivo.pdf.

⁴²⁷ Como explica Sánchez Legido (2004:21): «Si la soberanía es el atributo jurídico-político esencial de la estatalidad, la noción de jurisdicción, en sentido amplio y referida al Estado en su totalidad, haría referencia al conjunto de competencias inherentes a la soberanía».

⁴²⁸ Este tema ha sido abordado en el capítulo primero en el apartado 1.5.

⁴²⁹ Sobre este punto véase Remiro Brotóns (1999: 46) en su libro sobre el caso Pinochet y los límites de la impunidad, donde el autor expone el problema de la intervención de Estados terceros en asuntos de orden judicial que corresponden a otros Estados, como en los casos donde los hechos se han verificado. El autor enfrenta la temática analizando los discursos del Gobierno chileno de diciembre de 1998, como el discurso hecho en la ceremonia de saludo de fin de año al Cuerpo Diplomático acreditado en Chile, en Santiago el 28 de diciembre de 1998. En este caso Eduardo Frei Ruiz-Tagle, Presidente de la República chilena declara: «al ponerse en entredicho la plena vigencia de principios jurídicos tan esenciales para nuestra soberanía como el Derecho que nos corresponde para hacer justicia respecto de los hechos acaecidos en nuestro territorio». De la misma forma se expresa el abogado de Chile (alegado escrito) ante el Comité de Apelación de la Cámara de los Lores: «La República interviene para afirmar su propio

otras palabras, podemos ver como por mucho tiempo ha significado: defender el derecho de cada Estado a perpetrar, dentro de sus fronteras, actos violentos, crímenes en contra de su población y de extranjeros presentes en su territorio, garantizando al mismo tiempo, la más amplia impunidad por estos hechos⁴³⁰.

Con el paso de los años, este principio ha sido balanceado con otros, como los relativos a la represión de los crímenes internacionales. De hecho, las instancias internacionales han empezado a abrir la puerta a una posible injerencia en los asuntos internos, en particular en el caso en que el Estado no respete los estándares previstos a nivel internacional y cometa uno de los actos prohibidos por las convenciones internacionales en defensa de los Derechos Humanos.

Injerencia que ha sido reconocida también como un valioso instrumento en la lucha contra la impunidad manifestándose también en la utilización de la jurisdicción universal⁴³¹, siempre si se demuestra la existencia de un interés nacional, también si no es

interés y derecho a que este asunto se ventile en Chile. [...] La posición del gobierno chileno acerca de la inmunidad del Estado no busca un escudo personal para el senador Pinochet, sino defender la soberanía nacional de Chile, de acuerdo con principios de Derecho internacional generalmente aceptados». También en el famoso caso en contra de Abdulaye Yerodia Ndombasi, ex ministro de asuntos exteriores de la República del Congo, acusado en Bélgica, por el trámite de la jurisdicción universal, de haber fomentado el odio racial contra la población tutsi, fue presentada una demanda delante de la Corte Internacional de Justicia donde las autoridades congoleesas afirmaban que la orden de detención contra Yerodia Ndombasi implicaba una: «Violación del principio según el cual un Estado no puede ejercer (su autoridad) sobre el territorio de otro Estado y del principio de igualdad soberana de todos los Miembros de la Organización de Naciones Unidas, proclamado por el artículo 2, apartado 1, de la Carta de Naciones Unidas» (*Requête introductive d'instance enregistrée au Greffe de la Cour le 17 octobre 2000, Mandat d'arrêt du 11 avril 2000*, consultado en la página web de la Corte Internacional de Justicia: [Http://www.cij-icj.org](http://www.cij-icj.org) el 20 de marzo de 2014).

⁴³⁰ Debemos recordar que el Derecho Internacional clásico, como hemos mencionado en el primer capítulo de esta tesis, apartado 1.1, se caracterizaba por considerar a los Estados como los únicos sujetos internacionales; «esta concepción tenía por consecuencia que el Derecho internacional se desentendiera de la forma en la que un Estado trataba a sus nacionales: al maltratarlos no violaba los derechos de ningún Estado, ya que el trato a sus nacionales formaba parte de la jurisdicción exclusiva del Estado. Ningún Estado tenía derecho a intervenir en favor de los nacionales de otros Estados» (Castillo, 2003: 36).

⁴³¹ Como hemos visto en el tercer capítulo de esta tesis, apartados 3.3 y sucesivos, el principio de justicia universal, se caracteriza, en primer término, porque no se vincula con ninguno de los elementos tradicionales que constituyen la estatalidad. Por lo tanto dicha regla se diferencia de los otros títulos de jurisdicción como el principio de territorialidad, de personalidad o nacionalidad activa, personalidad o nacionalidad pasiva o el principio de protección de intereses estatales. Cabe recordar que también el principio de universalidad responde a una exigencia sentida no por el Estado sino por la Comunidad Internacional en su conjunto; en defensa de los intereses propios de esta última. Como explica García Arán (2000a, 67) hablando del principio en el ordenamiento español: «el Estado se reserva la competencia para perseguir hechos cometidos por españoles o extranjeros fuera del territorio nacional

exclusivo de un Estado, o internacional que la justifique. Jurisdicción de un Estado, que trasciende la esfera de intereses individuales y específicos (Sánchez Legido, 2004: 40) sobre crímenes ocurridos fuera del territorio en el que se procede al juicio, cometidos también por extranjeros a daño de otros extranjeros y que por lo tanto serían competencia de los tribunales internos de otro país en el que se verificaron los actos ilícitos.

Debido al hecho de que la extensión de la jurisdicción penal a hechos ocurridos fuera del territorio nacional y que afectan por tanto intereses de otros Estados, ha sido un tema desde siempre muy controvertido en los debates internacionales (Schachter, 1991), la extensión extraterritorial de la jurisdicción debe poder ser justificada ya sea por la existencia de intereses particulares pero no exclusivos cada país o por un interés de defensa y cooperación compartido por la generalidad de los Estados. El Tribunal Internacional de Justicia, sentencia de 11 de julio de 1996, en el asunto relativo a la aplicación del Convenio para la prevención y la represión del crimen de Genocidio declara:

Por lo que se refiere a la naturaleza del Convenio sobre el genocidio [...], los Estados contratantes no tienen intereses propios sino que tienen exclusivamente, todos y cada uno, un interés común, el de preservar los fines superiores que constituyen la razón de ser al Convenio⁴³²».

En este último caso, resulta indiscutible el reconocimiento internacional de la facultad de perseguir autores de crímenes que por su naturaleza afectan al bienestar de la Comunidad Internacional, en protección de intereses considerados superiores y meritorios de una tutela especial. De hecho, considerando que el *jus cogens* garantizaría la superioridad de los Derechos Humanos prohibiendo los actos como el genocidio, las torturas y otras violaciones, los Estados están facultados en aplicar una jurisdicción extraterritorial para perseguir los delitos más graves.

cuando lesionan determinados bienes jurídicos reconocidos por toda la comunidad internacional y en cuya protección ésta se encuentra interesada».

⁴³² Asunto Bosnia-Herzegovina c. Yugoslavia, sentencia de 11 de Julio de 1996. La sentencia fue consultada en la página web: [Http: www.icj-cij.org/](http://www.icj-cij.org/) el día 20 de marzo de 2014.

La *ratio* de esa afirmación esta que no sería legítimo, al estado actual del desarrollo humano, permitir que frente a crímenes tan graves se dejara abierta la puerta a la cultura de la impunidad, sino que a ésta última resultaría necesario contraponerse a través de la utilización de una justicia que sea no solo ideal sino también efectiva. Efectividad que se obtiene solamente compartiendo globalmente la represión de los crímenes y la salvaguardia de los Derechos Humanos.

Como hemos afirmado en el segundo capítulo de esta tesis, en el apartado 2.4, es por medio de la jurisdicción universal, entendido como complemento en el sistema de justicia penal internacional, que se pueden superar los obstáculos que no permiten hoy en día a la víctimas el recibir justicia y condenar a los responsables de las graves violaciones a los Derechos Humanos delante de un tribunal internacional o de los tribunales de los países involucrados en dichas violaciones.

La persecución de los crímenes internacionales por distintos tribunales nacionales sobre la base del principio de jurisdicción universal ha venido a contribuir, con sus avances y retrocesos, a una *globalización de la justicia*. En efecto, la lucha contra la impunidad ha permitido combatir aberrantes agujeros en la justicia internacional que parecían enquistados desde hace décadas. [...] Ahora bien, por todos es sabido, que los exiguos recursos materiales y personales del TPI, como sus limitaciones estatutarias y condicionamientos políticos, no garantizan el pleno acceso a la justicia de las víctimas. Es por ello, que el mecanismo de la jurisdicción universal contribuye en la medida de lo posible a paliar estas deficiencias (Esteve Moltó, 2011: 2).

Cuando hablamos del ejercicio extraterritorial de la jurisdicción penal debemos tomar en consideración la experiencia española que ha sido fundamental para el desarrollo de los criterios y límites para la aplicación de la jurisdicción penal universal. De hecho, España es uno de los países que en el último siglo se ha hecho portavoz de la lucha sistemática a todas las formas de impunidad, previstas en otros Estados. Estas formas de impunidad tienen como consecuencia principal el hecho de dejar a las víctimas de las

graves violaciones a los Derechos Humanos, sin posibilidad de una justa reparación y sin determinar las relativas responsabilidades.

4.1.1 El complejo camino de la justicia universal en el territorio español

A nivel histórico podemos afirmar que el sentimiento de justicia global tiene raíces muy profundas en el territorio español. Ya a finales siglo XV, podemos ver que en la Historia de la Nueva España se empezó a hablar de intereses superiores que debían ser defendidos también si eran violados fuera de la península ibérica. Nacido en Sevilla en 1484, Bartolomé de las Casas⁴³³, fraile católico español, abrió en España el debate sobre los crímenes, que hoy serían llamados de lesa humanidad, cometidos por los españoles en América. Tuvo ciertamente un importante papel en la defensa de los nativos americanos y por eso pasó a la historia por haber sustentado la existencia de derechos inviolables que pertenecen a todos los hombres y que por lo tanto deben ser respetados por parte de todos los Estados.

El primer antecedente español de formulación de la justicia universal lo encontramos en 1556, cuando Diego de Covarrubias⁴³⁴ sustentó, en su *practicarum quaestionum*, que el autor de algunos delitos que se consideran ser muy graves, puede ser perseguido en el Estado donde los comete y también en el que se refugia. En la célebre controversia de Valladolid (1550- 551)⁴³⁵, que se refiere al trato de los nativos, celebrada

⁴³³ Famoso por haber emprendido una campaña para la defensa de los Derechos Humanos de los indios denunciando los abusos perpetrados por los conquistadores y por haber propuso cambios legislativos para poner fin a dichos actos delictivos. Como afirma García García (2011: 81), la figura de Bartolomé de las Casas se presenta como sumamente ligada a la teoría y práctica de los Derechos Humanos: «fue el defensor de los indios y, por ende, defensor de los hombres, de todos los hombres, de todos los oprimidos en todos los tiempos y en todos los lugares. Defenderá sus derechos como seres humanos, personas racionales y libres, y luchará por conseguir para ellos la dignidad, la libertad, la justicia, preservar su cultura, su tierra y sus bienes».

⁴³⁴ Diego de Covarrubias y Leyva fue uno de los más importantes juristas del siglo XVI español.

⁴³⁵ Sobre este caso véase, entre otros, Ana Manero Salvador (2009), Francisco Fernández Buey (1992) que sintetizan la controversia y las diferentes posturas y intereses de las partes.

en el Colegio de San Gregorio en la ciudad vallisoletana, Covarrubias apoyó a De las Casas frente a Ginés de Sepúlveda, quien sostenía que los indios no tenían derechos y se les podía someter a los más crueles tratos impunemente.

Sin embargo es hasta después de los crímenes cometidos a lo largo del siglo XX, que en la legislación española se estableció claramente el principio de jurisdicción penal universal para los crímenes internacionales. Con ello, tanto en la legislación nacional como en la jurisprudencia de los tribunales internos y del Tribunal Constitucional, empezaron a crearse reglas enfocadas a reprimir dichas conductas. El legislador, apoyado por la jurisprudencia del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional por lo menos en ese momento, se mostró favorable a la creación de un marco de reglas que permitiera la persecución y represión penal de ilícitos que trascienden el solo Estado y que involucran los intereses de la Comunidad Internacional en su conjunto.

Al mismo tiempo, cabe constatar que este proceso no ha sido siempre lineal; ha visto momentos de rupturas y de choques entre los posicionamientos de los órganos judiciales, pero al final se logró llegar a un punto de compromiso entre los intereses en juego: políticos, económicos, y procesales; balanceando al mismo tiempo, las necesidades nacionales con las obligaciones internacionales de justicia y de represión de los crímenes internacionales.

A través de numerosas sentencias, emitidas por los tribunales internos, se había construido un sistema que reconocía y atribuía a la jurisdicción española, una portada universal, cuando se trataba de actos que por su naturaleza resultaban ser considerados como crímenes internacionales. En la sentencia número 237 de 2005⁴³⁶, fallo del 26 de septiembre de 2005 referente a la denuncia interpuesta por Rigoberta Menchú Tum con relación a la comisión de posibles delitos de genocidio ocurridos en Guatemala, entre los

⁴³⁶ Véase la Sentencia del Tribunal Constitucional de España No. 237, 26 de setiembre de 2005, referente al caso de genocidio en Guatemala, apartado 5.4 del quinto capítulo de esta tesis.

años 1978 y 1986, el Tribunal Constitucional (STC) explicitó la base de esta universalidad de la competencia jurisdiccional del Estado y de sus órganos, en línea con las obligaciones establecidas a nivel internacional, con el fin de conocer y perseguir graves crímenes a través de un procedimiento judicial.

La base se fundamentaba en la Protección y defensa de los Derechos Humanos.

Según este Tribunal:

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 (pragmáticamente 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.

Por lo tanto, la doctrina internacional llegó a la conclusión de que en España se había producido una forma de institucionalización de la universalidad⁴³⁷. Universalidad en defensa de los Derechos Humanos y de las libertades civiles, políticas y económicas; defensa que en Derecho Internacional ha adquirido una superioridad frente a otros principios y reglas internacionales, como las que prevén inmunidades o amnistías e indultos.

Este sistema, que ve su formalización en la Ley del Poder Judicial número 6 de 1985 y que permitió abrir procesos de importancia mundial, está siendo actualmente

⁴³⁷ En este sentido, hablando del esfuerzo por institucionalizar la universalidad, podemos decir que el carácter esencial de los valores comunes de la Comunidad Internacional, cuya salvaguardia está en peligro, apunta a la necesidad/obligación de avanzar en el proceso de creación de un marco de reglas y principios para que la jurisdicción universal sea efectiva. Esta necesidad refleja también el compromiso de los Estados en la asunción de las responsabilidades que a todos ellos incumben en la prevención, represión y reparación de todas aquellas actividades delictivas graves de trascendencia internacional. Este proceso resulta importante en la lucha contra la impunidad también si partimos de otra perspectiva; si pensamos a los límites y obstáculos que los tribunales internacionales tienen a la hora de enfrentarse a un crimen internacional, la jurisdicción universal, como ya fuera expresado en el tercer capítulo de esta tesis, apartado 3.1, llega a ser un útil y eficaz aliado. Como explica Angel Sánchez Legido (2002: 28): «la jurisdicción universal sigue siendo imprescindible para combatir la impunidad de los responsables de las más graves atrocidades»

amenazado por la reforma operada en España a través de la Ley Orgánica número 1 de 2014. Si ya en el pasado habían sido muchos los intentos de limitar u obstaculizar la jurisdicción universal, podemos ver como por un lado, con la ley de reforma de 2009 se logra desnaturalizar casi en su totalidad el principio de jurisdicción universal mientras que por otro lado, se decide poner fin al valioso trabajo de los jueces españoles en los casos más discutidos como Tibet, Guantánamo o Couso con la reciente Ley Orgánica de reforma 1 de 2014.

Pero como hemos ya mencionado, la erosión del principio de jurisdicción universal en territorio español no es un fenómeno nuevo. Los tentativos de limitar u obstaculizar su utilización por parte de los tribunales españoles han sido muchos y en diferentes ocasiones han sido objetos de numerosas críticas por parte de la doctrina interna e internacional y de las organizaciones internacionales que se ocupan de la protección y defensa de los Derechos Humanos.

En estos momentos, y tras la última reforma, cabe preguntarnos: ¿Se puede seguir hablado de jurisdicción universal en España? Seguramente el futuro no es muy esperanzador y lo más preocupante de todo es que el retroceso que las modificaciones legislativas conllevan, repercuten no solo en el territorio español sino en las legislaciones y jurisprudencia de los tribunales de otros países. Esto en cuanto, como hemos mencionado al principio de este capítulo, España no ha sido un país más en la lucha contra la impunidad, ha sido su portavoz.

En términos de praxis internacional, la postura restrictiva del Estado español, también si es contrabalanceada por otros Estados que ejercen esta tipología de jurisdicción, tendrá un peso y consecuencias importantes; por lo tanto deberá ser objeto de profundizaciones y análisis más detalladas en los próximos años.

A lo largo de este capítulo se hará mención de estas problemáticas tomando en

consideración las diferentes normas nacionales que han constituido y constituyen límites significativos para la operatividad de dicho principio en suelo español. Para lograr este resultado hemos decidido profundizar el tema con el auxilio de la doctrina española que a lo largo de estas últimas décadas ha analizado minuciosamente la aplicación del principio de jurisdicción universal a la luz de las diferentes normas y de la jurisprudencia de los tribunales nacionales.

De esta forma, partiendo del estudio de la legislación española, particularmente de la Ley Orgánica del Poder Judicial n.6 del 1985, atacada en diferentes ocasiones y objeto de diferentes modificaciones legislativa, se abordarán las reformas que han determinado importantes cambios en lo relativo a los criterios para poder activar esta jurisdicción, a través de la Ley Orgánica número 1 del 2009 y de la Ley Orgánica número 1 de 2014. Al mismo tiempo se tomará en consideración el choque que se ha producido entre la jurisprudencia del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional.

Desde ahora resulta importante decir que ambas reformas han sido fundamentadas en la presunta reconciliación del interés común por evitar la impunidad de crímenes contra la humanidad, genocidio entre otros, con un interés concreto del Estado en la protección de determinados bienes como el de la economía procesal. Pero, contrariamente a lo que establece el principio de jurisdicción penal universal, imponen condiciones para el ejercicio, por parte de los tribunales internos, de esta clase de jurisdicción. En particular introducen el requisito de encontrar una conexión entre el crimen cometido fuera del territorio nacional con el Estado español. Lo que contradice a la misma *ratio* de la jurisdicción universal, que por su naturaleza no necesita de una conexión entre el crimen y el Estado que procede al juicio.

Esto nos introducirá a las preguntas que sustentan el quinto capítulo de esta tesis sobre las consecuencias jurídicas que esta reforma conlleva sobre algunas reflexiones

relativas a la aplicación de la nueva ley a los casos pendientes de juicio y sobre el futuro ejercicio de la jurisdicción penal universal. Estas preguntas son:

¿Porqué España, que se había hecho portavoz de la lucha a la impunidad, dio un paso atrás, modificando la ley que permite a los jueces nacionales el poder juzgar a extranjeros por crímenes cometidos fuera del territorio español y en contra de extranjeros⁴³⁸? ¿Es también un paso atrás para la justicia universal, la protección de los Derechos Humanos y para la construcción de una cultura de paz?

Desde ya, puedo afirmar que la que escribe está convencida de que esto supone un paso atrás en la defensa de las víctimas de crímenes como el genocidio o de lesa Humanidad; defensa de la cual, hasta entonces, el Estado español había sido un referente mundial desde el caso Pinochet, abierto en 1996.

Estas preguntas y reflexiones pueden ayudar a comprender mejor cómo los tribunales internos podrían dar actuación a estas leyes. Por ahora el futuro de la jurisdicción penal universal en España es incierto debido al hecho de que será solo la *praxis* jurisprudencial sucesiva la que nos diga si efectivamente se ha producido un daño irreparable para los avances en materia de Derechos Humanos, o si todavía se puede encontrar remedio para seguir con los juicios empezados y llevar a cabo nuevas investigaciones.

⁴³⁸ En este sentido véase, entre otros, Angel Sánchez Legido (2002: 28) cuando enfrenta la temática relativa a las tendencias nacionales e internacionales en tema de jurisdicción universal, tema tratado con anterioridad en el tercer capítulo de este trabajo en los apartados 3.6 y sucesivos. Efectivamente, si a principio de los noventa hay una tendencia general en la defensa de los Derechos fundamentales y en considerar la jurisdicción universal como el mecanismo más adecuado para la prevención y persecución de los crímenes internacionales, a la hora de enfrentar problemas relativos a choques diplomáticos con otros Estados soberanos, hay una tendencia en salvaguardar los intereses económicos y políticos estatales frente a los intereses comunitarios. Esto se refleja en la actitud de los Gobiernos en modificar la legislación relativa a esta tipología de jurisdicción, introduciendo límites para su ejercicio. El autor afirma de hecho que: «[...] nuestros tribunales, que amparándose en la *textura abierta* del art. 23.4 LOPJ, colocaron nuestra práctica interna en la vanguardia de los espectaculares desarrollos experimentados por el Derecho Internacional penal, en general, y por el principio de universalidad, en particular, durante la década de los noventa. Sin embargo, tales desarrollos, incómodos políticamente por osar anteponer la lucha contra la impunidad a otros intereses -al parecer más relevantes-, se baten últimamente en franca retirada».

4.2 La legislación española

Ley Orgánica del Poder Judicial, número 6 del 1 de julio de 1985, establece las normas sobre la potestad y administración de la justicia. Dividida en seis libros, representa el cuerpo jurídico sobre los órganos que ejercen la potestad judicial, su organización y división en el territorio español y finalmente sobre las reglas para resolver los conflictos entre jurisdicciones competentes.

La potestad jurisdiccional está tutelada por la Constitución española que garantiza el respeto a los principios esenciales y necesarios para su correcto funcionamiento; entre otros se garantiza la imparcialidad, la independencia, la inamovilidad, la responsabilidad y la legalidad. El artículo 1 de la Constitución española de 1978 establece que: «España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político». Esto con el fin, entre los establecidos en su preámbulo: de «colaborar en el fortalecimiento de unas relaciones pacíficas y de eficaz cooperación entre todos los pueblos de la tierra».

En este cuadro jurídico, el principio de justicia universal, se materializa a través del Libro Primo, "de la extensión y límites de la jurisdicción y de la planta y organización de los juzgados y tribunales", Título Primo, "de la extensión y límites de la jurisdicción", artículo 23, párrafo 4, de la Ley 6 de 1985⁴³⁹. Con este artículo el legislador ha querido atribuir una portada universal a la jurisdicción española, a tutela de los valores superiores declarados en la Constitución, en el ámbito de los crímenes previstos en esta Ley y en correspondencia de su gravedad y proyección internacional. Por lo tanto esta norma:

claramente nació para la atribución de jurisdicción extraterritorial a

⁴³⁹ Como explica Prada Solaesa (2014: 22), la previsión contenida en este artículo no es en si el fundamento de la jurisdicción universal, sino la norma interna que faculta a los tribunales españoles para actuarla fijando su extensión y su condiciones de ejercicio, dentro de la perspectiva establecida a nivel internacional.

nuestros tribunales, en relación con determinada tipología delictiva, para permitir la actuación de la jurisdicción española en determinados casos, en relación a determinadas clases de delitos, fundamentalmente para dar cumplimiento a los tratados internacionales [...] por afectar bienes jurídicos considerados de carácter supranacional (Prada Solaesa, 2014:22).

En base a esta norma se estableció la competencia de la jurisdicción española a juzgar los delitos de genocidio y terrorismo, entre otros, cometidos en el extranjero aunque cometidos por personas extranjeras.

Artículo 23. Párrafo 4:

(...)

Igualmente será competente la jurisdicción española para conocer de los hechos cometidos por españoles o extranjeros fuera del territorio nacional susceptibles de tipificarse, según la ley penal española, como alguno de los siguientes delitos:

- a. Genocidio.
- b. Terrorismo.
- c. Piratería y apoderamiento ilícito de aeronaves.
- d. Falsificación de moneda extranjera.
- e. Los delitos relativos a la prostitución y los de corrupción de menores o incapaces.
- f. Tráfico ilegal de drogas psicotrópicas, tóxicas y estupefacientes.
- g. Tráfico ilegal o inmigración clandestina de personas, sean o no trabajadores.
- h. Los relativos a la mutilación genital femenina, siempre que los responsables se encuentren en España.
- i. Y cualquier otro que, según los tratados o convenios internacionales, deba ser perseguido en España.

Como ha sido explicado por los jueces del Tribunal Supremo en el comentario a la Ley Orgánica del Poder Judicial, esta ley se situó en un cuadro político y jurídico

caracterizado por un desarrollo impresionante en el ámbito del derecho internacional y de los Derechos Humanos.

La competencia internacional de los jueces penales españoles ha evolucionado de modo vertiginoso en el último cuarto del siglo XX debido al fenómeno de la globalización provocado principalmente (...) por la integración europea, especialmente a raíz de la creación del espacio europeo de libertad, seguridad y justicia, y por la irrupción de los jueces penales españoles aplicando el principio denominado de justicia universal. (Escribano Testaut Pedro y otros, 2010: 147)

En este momento de gran evolución, también el Estado español vio nacer el principio de justicia universal. A norma del artículo 23 de la ley de 1985 se establecían en sustancia, los casos de extensión de la jurisdicción española al conocimiento de delitos cometidos también fuera del territorio nacional. Por lo tanto, debido a la naturaleza de determinados crímenes, como los internacionales, se previó la jurisdicción universal sin la necesidad de encontrar una conexión con el Estado.

La opción de las jurisdicciones nacionales que, como la española o la alemana, se convierten a su vez en subsidiarias de la Corte Penal Internacional en la persecución de delitos que no hayan sido cometidos en territorio español o por nacionales puede ser sorprendente en el marco de una legislación que, como la LOPJ en su art. 23.4, establece un principio de justicia universal puro o sin límites. (...) el contenido del principio de justicia universal queda intacto, invocándose para la extensión de la jurisdicción española en todos aquellos casos en los que la CPI no tenga competencia objetiva o bien haya decidido no intervenir (Rodríguez Yagüe, 2007: 23-24).

Conforme a las Convenciones Internacionales de las cuales España es parte, se estableció que por los crímenes de genocidio, de piratería, y otros delitos previstos en los Tratados Internacionales como graves violaciones de los Derechos Humanos, los tribunales nacionales pueden ser competentes a conocer y a determinar la responsabilidad de los autores de estos actos, cometidos fuera del territorio, por extranjeros, en contra de extranjeros. El fundamento de este principio radica en los siguientes argumentos,

resumidos por Martínez Rivas (2010: 362-363):

a) El bien jurídico universal: en consecuencia de la comisión de un crimen que por su gravedad daña bienes universales, se producen efectos jurídicos en todo el planeta. «Por lo tanto, tales delitos también producen efectos jurídicos “en España”, lo que justifica que los tribunales españoles del orden penal puedan y deban intervenir en el enjuiciamiento de estas gravísimas conductas».

b) Inexistencia de monopolios jurisdiccionales penales estatales en relación con estas conductas: «Ningún Estado debe asumir un “monopolio” del enjuiciamiento de estas conductas gravísimas, porque todos los Estados están afectados por las mismas».

c) Existencia derivada de los compromisos internacionales: «el artículo 23.4 facilita la represión de determinados delitos relevantes para la Comunidad Internacional sobre los que existe un consenso internacional y en relación con los que España se ha obligado, frente y junto a otros Estados, a perseguirlos».

La doctrina española e internacional han interpretado los criterios y los límites para la aplicación del principio de justicia universal en el territorio español, conforme a la evolución y al desarrollo que estos últimos han vivido gracias a la jurisprudencia de los tribunales estatales.

Desde 1985 la Ley dedicada, entre otros aspectos jurisdiccionales, a la extensión y límites de la Jurisdicción española (Ley Orgánica del Poder Judicial, LOPJ), probablemente con una concepción más voluntarista que pragmática vino a establecer que los Juzgados y Tribunales españoles, conforme a las normas de competencia y procedimiento, tendrían jurisdicción incluso para conocer de asuntos penales en los que la comisión del delito no hubiese tenido lugar en el territorio español, ni los imputados fueran ciudadanos españoles, ni siquiera las víctimas lo fueran y aun los bienes jurídicos afectados no tuvieran directa relación con España, siempre que se tratara de determinadas categorías delictivas especialmente graves y de trascendencia especial para la dignidad humana. Era una concreción legal del llamado *principio de universalidad o de justicia universal*, sin mayores matizaciones —así lo manifestó el Tribunal

Constitucional en su sentencia 237/2005, en el caso del llamado «genocidio maya», frente a la interpretación de la Sala 2.^a favorable a la existencia de límites implícitos (Bujosa Vadell, 2009: 1)

De esta forma, y debido al desarrollo posterior del principio en la jurisprudencia nacional española, podemos ver como este principio no ha tenido desde su creación una vida fácil. De hecho, esta justicia ha sido varias veces puesta en discusión; en particular se situó al centro de un atento debate jurisprudencial entre el Tribunal Supremo y el Tribunal Constitucional español. La misma doctrina se ha interrogado en numerosas ocasiones sobre su ejercicio y los requisitos que las normativas internas imponen para su aplicación.

Un claro ejemplo de lo dicho, es la disputa relativa a la naturaleza absoluta del principio, donde por absoluta entendemos que es libre de cualquier elemento de conexión entre el crimen cometido y el territorio en que se procede a juicio, como fue explicado en el tercer capítulo de esta tesis, apartado 3.3.1. En este asunto se asiste a una fuerte contraposición entre la postura del Tribunal Supremo expresada en la sentencia de 25 de febrero de 2003⁴⁴⁰, que sustentó la necesidad de encontrar un elemento de conexión del crimen internacional y España, y la sentencia del Tribunal Constitucional de 26 de septiembre de 2005⁴⁴¹. En esta última, el Tribunal Constitucional afirma que la presunta exigencia de encontrar un elemento/vínculo de conexión entre el crimen internacional y el Estado en que se procede a juicio, es contraria al derecho de tutela judicial efectiva; este tema que será profundizado a lo largo de este capítulo.

Por lo tanto, podemos ver como, anulando la sentencia de 2003 y confirmando la competencia de los tribunales españoles, el Tribunal Constitucional rebate todo lo dicho

⁴⁴⁰ Sentencia del Tribunal Supremo (España) – STS 327/2003 Sobre falta de competencia de la jurisdicción española para enjuiciar delitos de genocidio, torturas y terrorismo cometidos en Guatemala, Sala de lo Penal, de 25 de febrero de 2003 Recurso 803/2001.

⁴⁴¹ Que anula la sentencia del Tribunal Supremo 327/2003, Tribunal Constitucional (España) – STC 237/2005 Sobre competencia de la jurisdicción española para enjuiciar delitos de genocidio, torturas y terrorismo cometidos en Guatemala, de 26 de septiembre de 2005, por la que se confirma la competencia de la jurisdicción española para enjuiciar delitos cometidos en Guatemala.

por el Tribunal Supremo y además afirma que:

(...) El artículo 23.4 LOPJ otorga, en principio, un alcance muy amplio al principio de justicia universal (...), es obligado concluir que la LOPJ instaura un principio de justicia universal absoluto, es decir, sin sometimiento a criterios correctivos de corrección o procedibilidad, y sin ordenación jerárquica alguna con respecto al resto de reglas de atribución de competencia, puesto que, a diferencia del resto de los criterios, el de justicia universal se configura a partir de la particular naturaleza de los delitos objeto de persecución. (STC 237/2005, de 26/09)

No obstante las muchas críticas y las dificultades encontradas en su camino, el artículo 23.4 LOPJ ha sido la base jurídica de muchos casos abiertos a partir del famoso caso Pinochet⁴⁴² de 1996, que ha interesado a tres diferentes jurisdicciones de tres diferentes países⁴⁴³, cuyas consecuencias no han tardado a llegar a nivel internacional.

Efectivamente, una de las múltiples consecuencias de este caso ha sido, como explica Kai Ambos (1999: 331), que: «después del caso Pinochet, los ex dictadores, cuando sus actuaciones no sean perseguidas por su propio país, corren el peligro de quedar expuestos a la persecución penal extranjera».

Además de esto, un claro ejemplo de la importancia internacional y repercusiones del caso sobre legislaciones y jurisprudencia de otros países, se puede encontrar en el año 2004, cuando la Corte Suprema chilena, con una decisión que pasó a la Historia, confirmó el fallo del Tribunal de Apelación sobre el caso de la operación Condor⁴⁴⁴,

⁴⁴² Este caso será profundizado en el capítulo 5 de esta tesis en el apartado 5.1.

⁴⁴³ Sobre este caso véase los apartados 3.7.5 y 3.7.10.

⁴⁴⁴ La Operación Cóndor consistió en la coordinación de los servicios de inteligencia de las dictaduras del Cono Sur entre los años 70 y 80 para la persecución y exterminio de opositores en Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Paraguay y Uruguay. Resumiendo los hechos que llevaron a dicho pronunciamiento podemos ver que: El 29 de enero de 2001, el juez Juan Guzmán dictó el procesamiento y arresto domiciliario a Augusto Pinochet. El 8 de marzo, la Corte de Apelaciones confirmó dicho procesamiento, pero rebajó de autor a encubridor los cargos. El 1 de julio 2001, la Corte Suprema sobreseyó definitivamente a Pinochet, en este caso basándose en la "demencia vascular" que le había sido detectada. El 2 de julio de 2002 Pinochet renuncia al cargo de senador vitalicio pero se acoge al "Estatuto de los ex presidentes que le otorga un nuevo foro o inmunidad. El 28 de mayo de 2004 la Corte de Apelación de Santiago aprueba el desafuero del ex presidente y el 25 de agosto del mismo año la Corte Suprema de

negó la inmunidad a Pinochet, abriendo la vía para un posible juicio en este país. Este fallo ha representado un punto muy importante en el camino hacia la lucha a la impunidad y restablecimiento de la verdad y justicia en el lugar donde los crímenes habían sido perpetrados. Sin embargo, debido a la enfermedad del ex dictador chileno, este procedimiento nunca se pudo celebrar.

A raíz de este caso, comenzaron en el territorio español numerosos juicios de importancia fundamental para la justicia internacional. Los asuntos más importantes serán profundizados en el próximo capítulo de la presente tesis. Antes de ello resulta necesario un análisis de las modificaciones legislativas que han tenido consecuencias bastante negativas sobre dichos juicios.

4.3 Las Leyes Orgánicas 15 de 2003 y 18 de 2003

En el difícil camino recorrido por los tribunales españoles en tema de persecución de crímenes internacionales, los obstáculos o limitaciones al principio de jurisdicción universal empezaron a ser siempre más evidentes en la medida en que los intereses de política exterior y relaciones diplomáticas con otros países resultaban de una cierta forma afectados por este afán de justicia de los tribunales nacionales. Si a esto agregamos el hecho que la coexistencia de diferentes instrumentos internos e internacionales para la represión de dichos actos implican también concurrencia de jurisdicciones sobre los mismos hechos, la situación no podría presentarse más compleja y problemática.

La adaptación de la legislación española a las normas de Derecho penal internacional, en particular a aquellas que se refieren a la persecución de crímenes internacionales, sin duda ha sido un proceso complicado y que a lo largo de los últimos

Justicia confirma dicho fallo, dejando en condiciones de ser juzgado al ex presidente por su eventual participación en la denominada Operación Condor.

viente años ha significado importantes cambios que no siempre han estado exentos de críticas. Como señala Bujosa Vadell (2008: 901) a través de las palabras de Fix-Zamudio que ya en 1988 hablaba de los problemas de la justicia: «Cada vez existen más relaciones, y por ellos también conflictos, entre la aplicación de las disposiciones de la Constitución y aquellas que pertenecen al campo transnacional, algunas de las cuales forman parte directa, o a través de mecanismos de incorporación, del orden jurídico interno».

De hecho un ejemplo de relación/conflicto entre normas internas e internacionales surgió en territorio español con la creación de la Corte Penal Internacional. Partiendo de la consideración que: «La eficacia de cualquier sistema de administración de justicia penal depende, entre otros factores, del correcto funcionamiento de los mecanismos de cooperación y asistencia judicial internacional» (Malarino, 2007: 581), debemos recordar que la Corte Penal Internacional, siendo un instrumento internacional, sin la cooperación de los Estados parte de su Estatuto, no podría ejercer su competencia; cooperación que se concretiza, entre otros aspectos, en asegurar la eficacia y eficiencia del principio de complementariedad para permitir a dicho órgano ejercer su jurisdicción en los casos previstos por el Estatuto, en adecuar las legislaciones internas, y finalmente en dar ejecución de las decisiones de dicho órgano.

España, al firmar el Estatuto de la Corte el 18 de julio de 1998, manifestó todo su apoyo a este tribunal ratificando sucesivamente su Estatuto el 4 de octubre de 2000 a través de la Ley Orgánica n. 6 de 2000. Como señala Márquez Carrasco (2000 : 359-360), siendo el Tratado de Roma el ejemplo más evidente del desarrollo de la Comunidad Internacional en el camino hacia la lucha contra la impunidad, el apoyo a la Corte y consecuentemente la adecuación de las normas internas, son fundamentales para que este órgano pueda trabajar⁴⁴⁵.

⁴⁴⁵ De todas formas, como bien afirma Olásolo Alonso (2009: 31-32) el Estatuto de Roma: «se configura

En base al principio general de Derecho Internacional *pacta sunt servanda*⁴⁴⁶, los Estados parte del Estatuto han aceptado las obligaciones derivadas de él, relativas a las adaptaciones de las normativas nacionales a las normas internacionales sobre crímenes internacionales⁴⁴⁷. «Lo que se requiere de los Estados Partes es que adopten la legislación adecuada para la colaboración con la Corte y evitar así, directa o indirectamente, la creación de paraísos y refugios para los criminales internacionales» (Odello 2005: 297).

Como explica la Profesora Gil Gil (2006: 2) el debate interno español, después de la ratificación se centró en evaluar las adaptaciones de la legislación española a las exigencias del Estatuto⁴⁴⁸. Adaptaciones que dieron lugar a una reforma del Código penal, mediante la Ley Orgánica 15 de 2003 que implementa las disposiciones relativas a los delitos y a los principios generales de Derecho penal y por la que se modifica la Ley Orgánica n. 10 de 1995; y la de cooperación y asistencia a la Corte penal internacional a través la ley 18 de 2003.

Partiendo de la primera norma podemos ver como dicha ley, en palabras de la exposición de motivos de dicha LO del 2003, trataba de definir y regular «los delitos que permiten coordinar nuestra legislación interna con las competencias de la Corte Penal

como un instrumento de *ultima ratio* al servicio de la protección de los valores superiores de la Comunidad Internacional frente a aquellas conductas que por su excepcional gravedad pueden afectarlos seriamente». El mismo autor sigue explicando este concepto en estos términos: «Conforme al principio de complementariedad, la Corte constituye una jurisdicción de *ultima ratio* que sólo puede, primero activarse, y posteriormente ejercitarse, ante la inacción, la falta de disposición o la incapacidad de las jurisdicciones nacionales. De esta manera se consagra el principio de primacía formal de las jurisdicciones nacionales».

⁴⁴⁶ Este principio se encuentra claramente establecido en la fórmula *pacta sunt servanda* contenida en el Preámbulo y en el art. 2 de la Carta de las Naciones Unidas y en varios tratados internacionales como en el artículo 26 del Convenio de Viena sobre el Derecho de los tratados de 1969. También si el Estatuto de la Corte Penal Internacional no hace expresa mención del principio, se considera como universalmente aceptado en el Derecho Internacional general.

⁴⁴⁷ Evidentemente, España, al ser parte de la Conferencia Diplomática de Plenipotenciarios, es consciente que el Estatuto de Roma tendrá que incidir en diferentes aspectos de su derecho interno. Sobre este punto véase Fernández Aparicio (2006: 2438); el autor identifica diferentes aspectos sobre los que la ratifica del Estatuto de la Corte Penal Internacional va a incidir: el ámbito constitucional, el ámbito procesal penal, el ámbito penal y finalmente el ámbito del derecho penitenciario.

⁴⁴⁸ El principio de complementariedad fue una de las cuestiones más debatidas en España.

Internacional»⁴⁴⁹. Podemos ver como, además de modificar los delitos en caso de conflicto armado, sumó los delitos de lesa humanidad (art.607 bis) y ciertas reglas de imputación específicas, relativas a cuestiones importantes como la responsabilidad por omisión del superior con respecto a los delitos de sus subordinados y la relevancia de la obediencia debida. Pero en este proceso de implementación de normas internacionales en la legislación interna, el legislador se aleja en algunos casos de lo que se prevé en el Estatuto, creando situaciones de incertidumbre y levantando críticas por parte de la doctrina especializada. Como expone Feijoo Sánchez (2011:14):

La reforma de este Capítulo llevada a cabo en el año 2003, supone, por tanto, junto con la LO 18/2003, de 10 de diciembre, de Cooperación con la Corte Penal Internacional, la implementación del Estatuto de la Corte Penal Internacional en el ámbito del Derecho español. La reforma del 2003 viene a completar lagunas de punición en relación a la regulación del Estatuto, si bien, como no puede ser de otra manera, el alcance de los delitos contra la Comunidad Internacional en el Derecho interno no se corresponde exactamente con el alcance de las normas del Estatuto de Roma (en unos casos por exceso y, en otros, escasos, por defecto, lo cual en teoría podría dar lugar –de forma altamente improbable- con base en el principio de complementariedad a que en este último caso pudiera intervenir el Tribunal Penal Internacional con respecto a hechos cometidos en España que no se encuentran definidos como delito en el Código Penal español). Precisamente son las diferencias entre las garantías y los criterios de legitimación del Derecho Internacional y las garantías y los criterios de legitimación de un Derecho penal propio de un sistema constitucional las que tornan imposible un acoplamiento.

Además, como justamente afirma Gil Gil (2006: 20), por lo que se refiere a la

⁴⁴⁹ Como explica Fernández Aparicio (2006: 2443): «La Ley Orgánica 15/2003 viene a dar satisfacción a las lagunas punitivas que tras la aprobación del ECPI se evidenciaban en nuestro Derecho interno». El autor afirma la necesidad de colmar la laguna de la legislación española, de hecho: «nuestra legislación interna no regula ni ha regulado en ningún Código Penal con la excepción del genocidio, los crímenes contra la humanidad, ni han formado parte de nuestro derecho interno. El efecto es terrible por cuanto España ha sido hasta la Ley Orgánica 15/2003 un potencial refugio de criminales frente a persecuciones penales que no estén bajo la jurisdicción de los tribunales *ad hoc* de la ex Yugoslavia y Ruanda. Es decir, España no podía castigar por estos delitos aun cuando el delito se hubiera cometido en España y menos aun si lo hubiera cometido en el extranjero».

tipificación del delito de lesa humanidad, su redacción dista bastante de la prevista en el Estatuto de Roma⁴⁵⁰, en particular en lo que se refiere a los crímenes de apartheid y persecuciones: «La regulación del CP español al separarse de esta concepción, hará que para el Derecho y la jurisprudencia internacional son constitutivas de crímenes contra la humanidad, no pueden sin embargo ser calificadas como tales conforme a la legislación interna».

Otras problemáticas han surgido en tema de crímenes de guerra. La reforma en este aspecto ha sido cuestionada en cuanto se decidió no ampliar las conductas punibles, por ejemplo en relación a las armas químicas y bacteriológicas, o las conductas de comisión de delitos contra la libertad sexual en personas protegidas.

Seguramente la ley que representa el primer obstáculo⁴⁵¹ verdadero para la aplicación del principio de jurisdicción universal es la Ley Orgánica número 18 de 2003 de cooperación con la Corte Penal Internacional⁴⁵². En un intento de facilitar y reducir el trabajo para los tribunales internos, el legislador pretendió regular algunos aspectos orgánicos, procesales y procedimentales que permitían la aplicación concreta del

⁴⁵⁰ Como explica la autora en su obra sobre las bases para la persecución penal de crímenes internacionales en España, en el Código Penal se ha seguido, para la tipificación del delito de lesa humanidad, la propuesta realizada por el Grupo de Estudios de Política Criminal. La propuesta se centraba en desgajar los crímenes de apartheid y de persecuciones de las conductas constitutivas de crimen de lesa humanidad. En otras palabras, los crímenes antes mencionados «no se entienden como modalidades de crímenes contra la humanidad sino como especificaciones del contexto en el que deben ser realizadas todas las modalidades para constituir crímenes contra la humanidad» (Gil Gil, 2006:20).

⁴⁵¹ Como subraya Olánso Alonso (2009: 226), en el debate parlamentario, lo que generó mayores problemas fue el proyecto del artículo 7.2 de la Ley Orgánica 18 de 2003, es lo que se pone en directo contraste con lo previsto en la Ley Orgánica 1 de 1985: «Durante el debate parlamentario, algunos apuntaron que este proyecto restringía el alcance del principio de justicia universal, tal y como se recoge en el artículo 23(4) LOPJ, puesto que impediría su aplicación en relación con los delitos previstos en el ER. Como resultado, paradójicamente, la creación de la Corte supondría el principio del fin del principio de justicia universal en España»

⁴⁵² Como señala Díaz Pita (2005: 2) la Ley 18 de 2003, evidencia la concurrencia de jurisdicción y competencia entre la Corte Penal Internacional y los tribunales españoles basada en el principio de complementariedad: «La Jurisdicción y competencia que, conforme a lo dispuesto en el Tratado de Roma, ejerce la CPI, y la Jurisdicción y competencia de los órganos judiciales españoles, es cierto que concurren o pueden concurrir en el enjuiciamiento de los tipos delictivos tasados a los que el Tratado de Roma hace referencia. Esa concurrencia, esa coincidencia de la Jurisdicción de la CPI y de la Jurisdicción de los órganos judiciales penales españoles, se expresa en el Tratado de Roma con la denominación de principio de complementariedad».

Estatuto⁴⁵³.

Según la exposición de motivos de la ley, dando satisfacción a la obligación asumida por España, de igual forma que los otros Estados parte del Estatuto de Roma, de cooperar con esa Corte, se otorga prioridad a la competencia de la CPI en aquellos asuntos en los que el autor del delito no sea español. Quedándose en competencia de los tribunales nacionales los casos en los que el victimario sea español o el delito se consuma en España. En otras palabras, según el dictamen legislativo, las relaciones entre los tribunales españoles y la Corte penal internacional se fundamentaría en el principio de complementariedad⁴⁵⁴ interpretado por el legislador español de forma diametralmente opuesta respecto a la previsión del Estatuto de Roma.

De hecho, si analizamos desde cerca el principio de complementariedad, expresado en el Preámbulo y el artículo 1 del Estatuto y que se concreta en el artículo 17; se afirma que: siendo prioritaria la jurisdicción de los Estados, la Corte intervendrá cuando el Estado, que tiene jurisdicción sobre los hechos, no quiera o no pueda hacerlo.

La complementariedad opera, por tanto, en caso de concurrencia de jurisdicciones. Pero cabe afirmar que si la jurisdicción de la CPI es complementaria de las jurisdicciones nacionales -con primacía de éstas-, dichas jurisdicciones nacionales pueden "complementar" la jurisdicción de la CPI en

⁴⁵³ Como bien explica Héctor Olásolo (2007: 349 - 350), el legislador español a través de esta ley ha mostrado un empeño efectivo en cumplir las obligaciones que le impone el Estatuto de Roma incluyendo también obligaciones adicionales de forma individual, como las relativas al procedimiento de entrega a la Corte. Sin embargo: «existen ciertos aspectos de la regulación contenida en la LOCCPI que se apartan llamativamente de esta tendencia. [...] Pero, sin duda, lo que constituye una mayor fuente de preocupación es la inversión del principio de complementariedad de la Corte en el artículo 7.2 y 7.3 LOCCPI en relación con los delitos cometidos por no españoles fuera de España».

⁴⁵⁴ Este principio, así como disciplinado en el Estatuto de Roma prevé que, de cometerse alguno de los crímenes de competencia de la Corte como genocidio, lesa humanidad o crímenes de guerra, en el territorio de un Estado Parte o por algunos de sus nacionales, no corresponde, en primera instancia, a la Corte intervenir, sino que es un deber de los Estados parte del Tratado ejercer su propia jurisdicción penal. Además, el Estatuto de Roma afirma que el ejercicio de la jurisdicción penal por parte de los Estados es un deber y no de una mera facultad o potestad que pueda ser discrecionalmente ejercitada, cuyo preámbulo prevé al respecto: recordando que es deber de todo Estado ejercer su jurisdicción penal contra los responsables de crímenes internacionales. De esta forma el principio de complementariedad tiene como finalidad dar primacía a los tribunales de los Estados en cuanto son los que se encuentran en mejor posición para juzgar un caso. Mientras que se justificaría la intervención de un tribunal internacional si aquellos fueran renuentes a poner en práctica sus propios mecanismos jurisdiccionales o si lo hicieran de un modo incompatible con sus obligaciones bajo el derecho internacional.

aquellos supuestos en que ésta, o no exista, o no se ejerza⁴⁵⁵ (García Arán;2004: 273) .

Para entender la interpretación a esta regla dada por el legislador español tenemos que analizar a detalle la norma establecida en la Ley Orgánica 18 de 2003. El artículo 7.1 prevé que la atribución de la potestad última para decidir sobre la remisión a la Corte de un caso pertenece al Gobierno español, de forma que se puedan valorar todas las implicaciones en la política exterior del Estado consecuentemente a la remisión a la Corte de un asunto⁴⁵⁶. Mientras que el artículo 7.2 establece que el Ministerio Fiscal y los órganos judiciales españoles se abstendrán de proceder (salvo las primeras diligencias urgentes) cuando se trate de un delito competencia objetiva de la Corte, ya sea cuando tengan conocimiento de una denuncia o querrela o sea de oficio. Siempre que los delitos no hayan sido cometidos en el territorio español y sus presuntos autores no sean nacionales españoles.

En estos supuestos, únicamente se limitarán a informar al denunciante, querellante o solicitante de la posibilidad que tienen de acudir directamente al Fiscal de la CPI. Se evita con ello la concurrencia simultánea de dos instrucciones judiciales sobre el mismo hecho.

Artículo 7. De la solicitud para iniciar una investigación por el Fiscal de la Corte.

1. Corresponde exclusivamente al Gobierno, mediante Acuerdo del Consejo de Ministros, a propuesta conjunta del Ministro de Asuntos Exteriores y del

⁴⁵⁵ En otras palabras, la autora afirma que: para evitar la impunidad por crímenes internacionales, puede hablarse del *principio de complementariedad recíproca*, entre la CPI y los Estados que ejerzan la justicia universal.

⁴⁵⁶ Héctor Olásolo (2007: 323 - 324) afirma que un sector de la doctrina española ha mostrado algunas preocupaciones en relación a lo establecido por dicho artículo: «puesto que deja exclusivamente en manos del Ejecutivo la propuesta y decisión sobre la remisión de situaciones de crisis a la Corte y sobre la presentación de solicitudes de revisión de las decisiones de la Fiscalía de la Corte de no investigar o de finalizar una investigación sin iniciar enjuiciamiento alguno. En opinión del autor, el proceso debiera haber incluido también el dictamen consultivo del Consejo General del Poder Judicial para así dar entrada a otras consideraciones al margen de las meramente políticas, puesto que algunos de los presupuestos para la activación de la jurisdicción latente de la Corte con respecto a una determinada situación de crisis consisten en la existencia de indicios razonables de criminalidad y en la admisibilidad de esa situación».

Ministro de Justicia, decidir la presentación de la denuncia de una situación ante el Fiscal de la Corte, de conformidad con lo prevenido en los artículos 13, párrafo a), y 14 del Estatuto, y en su caso, para instar de la Sala de Cuestiones Preliminares que el Fiscal reconsidere su decisión de no iniciar actuaciones, conforme al artículo 53.3.ª) del Estatuto.

2. Cuando se presentare una denuncia o querrela ante un órgano judicial o del Ministerio Fiscal o una solicitud en un departamento ministerial, en relación con hechos sucedidos en otros Estados, cuyos presuntos autores no sean nacionales españoles y para cuyo enjuiciamiento pudiera ser competente la Corte, dichos órganos se abstendrán de todo procedimiento, limitándose a informar al denunciante, querellante o solicitante de la posibilidad de acudir directamente al Fiscal de la Corte, que podrá, en su caso, iniciar una investigación, sin perjuicio de adoptar, si fuera necesario, las primeras diligencias urgentes para las que pudieran tener competencia. En iguales circunstancias, los órganos judiciales y el Ministerio Fiscal se abstendrán de proceder de oficio.

La promulgación de esta Ley ha provocado una gran discusión doctrinal⁴⁵⁷. Algunos, en particular el Grupo Parlamentario Mixto, han visto en la regulación del artículo 7.2 de la Ley una injustificada restricción de la esencia del principio de justicia universal y de su regulación en el artículo 23.4 LOPJ. Igualmente, como confirmado por Bujosa Vadell (2008), Parte de la doctrina española ha señalado que supone una contradicción con el principio de complementariedad puesto que según el art. 17.1 del Estatuto la jurisdicción nacional en virtud del principio de justicia universal es prioritaria a la CPI y no al revés, como ha pretendido con su regulación la legislación española.

⁴⁵⁷ La cooperación, como elemento esencial para permitir a la Corte de trabajar, ha sido reconocida reiteradamente; véanse, entre otros, Arcos Vargas Marycruz (2000) y Márquez Carrasco (2000). Nadie de hecho duda de la importancia de una reglamentación interna sobre la cooperación y asistencia judicial con la Corte Penal Internacional. En efecto, como explica Bassiouni (2005), es en materia de cooperación donde queda manifestado que la Corte Penal Internacional es una institución internacional, y no supranacional. Ahora bien, lo que se critica es como estos principios han sido interpretados e introducidos en el ordenamiento español. Como explica Gisela Elsner (2007: 15): «la importancia de la Corte Penal Internacional es indudable. [...] En virtud del principio de complementariedad, se traduce también en un estímulo para que los Estados juzguen los crímenes graves, ya que, de no hacerlo, entiende en tales casos la Corte Penal Internacional». Además es verdad que a raíz del artículo 86 y 88 del Estatuto de Roma se establece la obligación de los Estados parte de cooperar con la Corte y de adaptar el derecho procesal nacional, pero esta adaptación tiene que ser orientada a facilitar y apoyar el trabajo de la Corte y no fundamentada en la economía procesal de los Estados.

Como afirmado por la doctrina nacional y por las organizaciones internacionales como Amnistía Internacional: el deber de respetar las obligaciones de Derecho Internacional no puede ser eludido⁴⁵⁸, el principio de complementariedad, a raíz del cual son los Estados los que deben proceder primeramente al enjuiciamiento de los presuntos responsables de crímenes que enumera el Estatuto, establece un régimen de no sustitución de la jurisdicción de los tribunales nacionales a favor de la jurisdicción penal internacional de la Corte Penal Internacional, así como establecido en el mismo Estatuto. Mientras que la ley española, por el contrario, invierte dicho principio, rechazando casos judiciales que deberían ser atendidos por sus propios tribunales en primer término.

Es fácilmente demostrable como ese principio consagrado en la Ley Orgánica 18 de 2003, resulta ser el inverso al consagrado por el Estatuto de Roma y constituye una clara violación al mismo⁴⁵⁹. De hecho Héctor Olásolo (2007: 321) afirma que:

El autor tiende a compartir la posición de aquellos que consideran que los párrafos segundo y terceros del artículo 7 LOCCPI invierten el contenido de la relación entre la Corte y las jurisdicciones nacionales, tal y como se define por el principio de complementariedad. En opinión del autor, la prohibición de actuar impuesta a los órganos judiciales, al Ministerio Fiscal y a los departamentos ministeriales, así como la obligación de informar a los denunciadores o solicitantes de la posibilidad de transmitir la *noticia criminis* a la Fiscalía de la Corte, tiene su origen en una visión de la Corte como sustituto de la jurisdicción española en la persecución penal de los delitos cometidos por no españoles fuera de España.

⁴⁵⁸ El texto del documento se puede consultar en la siguiente página web: <http://www.colectivodeabogados.org/IMG/pdf/amr230082006maindoc.pdf>.

⁴⁵⁹ Como explica Gil Gil (2006: 59): «en principio no parece mal que se ceda la competencia a la CPI en el entendimiento de que la competencia de un órgano internacional puede ser preferible a la de la nacional bajo el principio de jurisdicción universal [...] el principio de complementariedad está pensado no sólo para proteger la soberanía de los Estados cuando estos reclaman la competencia por los principios de territorialidad o personalidad, sino también como mecanismo de colaboración en la tarea de impartir justicia ante la mencionada limitación de las posibilidades, no sólo legales, sino prácticas, de actuación de la Corte». Además, si a la errónea interpretación del principio de complementariedad unimos otros datos importantes, como el hecho que la formulación del artículo 7 impide al juez o fiscal el dirigirse a la Corte y el hecho de que el Gobierno no resulta obligado a presentar demanda frente a dicho órgano, teniendo en consideración los intereses políticos que podrían comprometerse tras presentar la demanda, España: «infringe sus obligaciones de lucha contra la impunidad de estos delitos como Estado parte en el Estatuto de Roma» (Gil Gil, 2006: 59).

En un intento de mitigar dichas críticas, el legislador introdujo en el artículo 7 el punto 3 que seguramente deja las puertas abiertas para una aplicación marginal del principio antes mencionado, pero que no elimina del todo las preocupaciones emergentes y la criticidad de las previsiones ahí contenidas.

Artículo 7. De la solicitud para iniciar una investigación por el Fiscal de la Corte.

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.

Podemos decir que, con el objetivo de regular las relaciones entre la Corte Penal Internacional y los tribunales nacionales, el legislador parece favorecer o dar la primacía a la jurisdicción internacional seguramente a beneficio de la economía procesal y de la salvaguardia de las relaciones diplomáticas con otros Estados y sus intereses políticos. Como explica Cristina Rodríguez Yagüe (2007:12):

Especial interés muestra el legislador español, y así queda plasmado en la propia Exposición de Motivos de la LO 18/2003, en la regulación de los eventuales conflictos competenciales que puedan producirse entre la Corte y los órganos jurisdiccionales españoles, para los que establece los mecanismos de resolución en sus artículos 7 y 8. Lo trascendental de esta regulación, concretamente del art. 7.2, es que va a matizar el principio de jurisdicción universal, limitando la jurisdicción de los tribunales españoles cuando ejerzan su competencia en virtud del principio de justicia universal y restringiendo el contenido del principio formulado con carácter general en el art. 23.4 LOPJ y, con ello, la competencia extraterritorial española.

Aunque resulta necesario mencionar que parte de la doctrina, entre otros García Arán (2004), como señala Cristina Rodríguez Yagüe (2007: 15), no vio una efectiva amenaza al principio de jurisdicción universal debido a que este mismo estaría sujeto a limitaciones

propias derivadas del ejercicio de jurisdicción de la Corte Penal Internacional:

Para otros, en cambio, no supone sino una restricción relativa del alcance del principio de justicia universal, permitida por el Estatuto de la CPI, puesto que en la búsqueda por la impunidad no tiene por qué ser necesaria la prevalencia de la justicia universal ejercida por los tribunales nacionales sobre la jurisdicción de la Corte.

No obstante lo dicho, no cabe duda de que el intento del legislador fue el de obstaculizar la jurisdicción universal a favor de la ejercitada por la Corte Penal Internacional. Como afirma Gil Gil, si analizamos la jurisprudencia del Tribunal Supremo en el caso Guatemala⁴⁶⁰ y la Ley de Cooperación, podemos ver como en el ordenamiento español fueron introducidas las primeras e importantes limitaciones a principio de jurisdicción universal.

Resulta además llamativo el hecho de que el legislador no haya reservado siquiera para la jurisdicción nacional los casos de delitos perseguibles bajo el principio de jurisdicción universal en los que se vean afectados víctimas y intereses españoles [...]. Ahora, por el juego de la LO de Cooperación y esta jurisprudencia, el principio de justicia universal se ve sumamente limitado. Por un lado sucede que si por naturaleza del delito son competentes los tribunales españoles bajo el principio de justicia universal, según el TS no pueden, sin embargo, actuar salvo que haya víctimas españolas [...]. Pero por otro lado ahora, según la LO de Cooperación, aunque haya víctimas españolas tampoco podrán actuar los tribunales españoles si pudiera ser competente sobre el caso la Corte (Gil Gil, 2006 : 59-60).

Lo cierto es que en términos procesales la Ley de Cooperación ha optado por restringir el alcance del principio de jurisdicción universal puesto que el Estatuto de Roma en la realidad permite su utilización incluso frente a la competencia de la Corte Penal Internacional. De todas formas, las limitaciones no han impedido el ejercicio de este principio por parte de los tribunales nacionales. Como afirma Cristina Rodríguez (2007:

⁴⁶⁰ Esta sentencia será objeto de estudio en el apartado 5.4 del capítulo quinto de esta tesis.

15) la regulación establecida en los artículos 7 y 8 de la LO 18/2003 no ha logrado vaciar de contenido el principio de justicia universal.

Su finalidad no es crear espacios de impunidad ni impedir la actuación de los órganos jurisdiccionales españoles ante crímenes internacionales cometidos en otros territorios. Su fin no es otro que priorizar la Corte por delante de las jurisdiccionales nacionales con el objeto de evitar que éstas se conviertan en sustitutos de la Corte, con las disfunciones ya no sólo de índole política sino también práctica puede producir la excesiva acumulación de asuntos ante la AN española, ante una generosa regulación del principio de justicia universal en el art. 23.4 LOPJ.

Sin embargo, no deja de ser un punto de inflexión bastante importante de este repaso a los obstáculos que encuentra esta tipología de jurisdicción en el territorio español.

4.4 La pre anunciada reforma del principio de justicia universal

La polémica surgida en España desde el auto del procesamiento de Pinochet ha abierto el debate sobre la utilización de la jurisdicción universal como mecanismo en defensa de los Derechos Humanos en el territorio Español; debate que como explica Esteve Moltó (2008: 233), ha generado profundas repercusiones sobre la efectividad de dicho principio a favor de las víctimas de crímenes internacionales. Parte de la doctrina, entre otros García Sánchez (2004), afirma que uno de los problemas actuales del principio de jurisdicción universal, es la falta de normas claras y unívocas a nivel internacional. Por lo tanto la autora reflexiona sobre los efectos negativos derivados de la aplicación del principio en territorio español.

Además también pueden existir en algunos casos inconvenientes desde el punto de vista político, y en concreto desde la perspectiva de la política exterior de los Estados, pues como se ha demostrado en casos recientes ocurridos en nuestro país, como en el «caso *Pinochet*», la aplicación del principio de competencia universal puede ocasionar conflictos entre los Gobiernos de los Estados

implicados, conflictos que pueden suponer obstáculos para la colaboración jurídica entre los países. De ahí que no sólo se defienda el establecimiento de una Corte Penal Internacional desde una perspectiva jurídica —que garantiza una mayor imparcialidad de los jueces—, sino desde una perspectiva política, pues evitaría estos conflictos entre los Estados a los que hemos aludido (García Sánchez, 2004: 271).

Desde este caso, «esta cuestión de la justicia universal no ha permanecido pacífica» (Esteve Moltó, 2008: 234). De hecho, la reticencias de jueces y políticos han llevado a numerosos cambios en el entendimiento de los requisitos y límites de esta clase de jurisdicción. Es en este contexto, y bajo estas condiciones, que tenemos que analizar la problemática Ley Orgánica número 1 de 2009.

El 3 de noviembre de 2009 fue publicada en el Boletín Oficial del Estado Español la Ley Orgánica 1 de 2009, complementaria a la Ley de reforma de la legislación procesal, para la implementación de la nueva oficina judicial. A través de esta ley se modificó la Ley Orgánica 6 de 1985, del primero de julio, sobre el poder judicial. Esta normativa se insertaba en un proyecto más amplio de reforma del sistema judicial español; un sistema que prometió ser más eficiente y rápido, además de economizar de la justicia.

Fue aprobada con la mayoría absoluta de los votos; en particular votaron a favor: el Partido Socialista (PSOE) y el Partido Popular (PP), mientras que el Partido Nacionalista Vasco (PNV), el Bloque Nacionalista Gallego (BNG), la Esquerra Republicana de Catalunya (ERC), La Izquierda Unida (IU) y el Partido Verde Europeo (ICV), votaron en su contra.

La Ley Orgánica del Poder Judicial fue modificada en varios puntos. En particular, en tema de justicia universal relativa a los crímenes de genocidio, lesa humanidad, terrorismo, piratería y otras graves violaciones a los Derechos Humanos, el artículo 23 LOPJ fue ampliado y en parte modificado.

La versión original del artículo 23.4, como transcrita en el segundo apartado de este

capítulo, preveía la competencia de la justicia española a perseguir penalmente los crímenes indicados en el párrafo 4 del mismo artículo: delitos de genocidio, terrorismo, piratería y sustracción ilícita de aviones, delitos ligados a la explotación de la prostitución, tráfico ilegal de drogas y otros crímenes que según las disposiciones contenidas en los tratados y en las convenciones internacionales, están en la jurisdicción española.

Estos actos podían ser perseguidos también en el caso en que no se encontraba una conexión directa con el territorio español y no necesitando ser cometidos por ciudadanos españoles ni que la víctima tuviese la nacionalidad española. De hecho, la jurisdicción de los tribunales españoles se determinaba, en virtud del texto original del artículo 23.4 de la Ley Orgánica 6 de 1985, en virtud de la aplicación del criterio de universalidad, criterio que se ponía a lado de otros criterios útiles para la determinación del *foro conveniens*, como el criterio de la territorialidad, o el de la personalidad, activa o pasiva, que ligan la determinación de la autoridad judicial competente al lugar donde el crimen ha sido cometido o a la nacionalidad del sujeto que actúa o de las víctimas. La reforma de 2009 supuso la inclusión de nuevos crímenes⁴⁶¹ en el listado del artículo 23.4 y la introducción de requisitos para que los tribunales españoles pudiesen conocerlos.

La aprobación de esta reforma fue acompañada de numerosas críticas. La más importante se sustentó en la intención de frenar los procesos en base al criterio de universalidad; intención que se ponía como un paso atrás a los estándares de tutela de los Derechos Humanos que gracias al trámite de este criterio se habían podido lograr. Por el contrario, quienes estuvieron a favor de esta reforma, afirmaban que en cualquier caso, la competencia de la jurisdicción española, relativa a los crímenes internacionales, habría

⁴⁶¹ Sobre este punto tenemos que acordarnos de que ya en 2007, el legislador había modificado el listado de los delitos previstos en el párrafo 4, a través de la Ley Orgánica 13 de 2007. Esta norma introdujo algunos crímenes enjuiciables por las autoridades españolas, como el de la inmigración clandestina o el tráfico ilícito de personas. La *ratio* de esta introducción se encontraba en el hecho de que el desarrollo del derecho internacional permitió reconocer la existencia de una obligación internacional por algunas violaciones graves a los Derechos Humanos que involucran a toda la Comunidad Internacional para la represión de dichas violaciones.

sido garantizada y que los responsables de estos actos y los hechos habrían sido sancionados con base en esta clase de jurisdicción, dando a las víctimas una justa reparación por lo sufrido.

Lo que preocupó a la doctrina internacional fueron las repercusiones que esta ley habría podido tener no sólo sobre los nuevos procesos, sino sobre los que ya estaban ante los tribunales españoles, como el caso Tíbet, el caso de los crímenes de guerra cometidos en Gaza, el genocidio en Guatemala, las torturas en Guantánamo o los actos de piratería cometidos en las costas de Somalia. En estos procedimientos la competencia del tribunal español, bajo los parámetros introducidos, fue amenazada debido a que los jueces tuvieron que encontrar, para seguir teniendo abierto el procedimiento, una conexión directa de los crímenes con el territorio español, en conformidad con lo que prevé el nuevo artículo 23 LOPJ.

Efectivamente, partiendo del análisis de las justificaciones que han provocado estos cambios, Del Carpio Delgado (2009) explicó que la preocupación principal que el Gobierno ha tenido, de adaptar y modelar la legislación española a las de otros Estados que prevén el principio de justicia universal, ha surgido solo después de 2008⁴⁶², año en que los tribunales españoles se hacen eco de las muchas denuncias sobre crímenes cometidos en Estados Unidos, Israel y China y por nacionales de estos últimos países, mientras que esta misma preocupación no afectó los intereses estatales de España cuando a ser investigados y juzgados eran los crímenes cometidos durante las dictaduras latinoamericanas.

De hecho, resultó que, a raíz las denuncias presentadas por víctimas tibetanas o palestinas, tanto China como Israel, se manifestaron en contra de dichas querellas y

⁴⁶² Otros autores, como Pardo Gato (2011), hacen referencia al hecho de que justamente en el marco temporal inmediatamente posterior a las denuncias sobre los crímenes cometidos por nacionales de China o de Estados Unidos, se activó de manera forzosa el debate sobre la necesidad, por problemas político-diplomático-económicos, de poner límites al ejercicio de la jurisdicción universal por parte de los tribunales españoles. Dicho autor, menciona las decisiones en particular sobre el caso Guantánamo, entre las causantes del cambio de orientación legal que ocurrió en España en 2009.

amenazaron a España con que la eventual investigación de los hechos provocaría tensiones en las relaciones diplomáticas y económicas entre los países, sustentando que no permitirían una interferencia en los asuntos internos por parte de un Gobierno extranjero. Además, la Embajada de China solicitó al Gobierno tomar: «medidas inmediatas y efectivas» para que la querrela presentada fuera retirada lo antes posible.

Estas medidas fueron evidentemente inmediatas y efectivas, como auspiciaban dichos países. Así, el Gobierno se propuso la modificación del artículo 23.4 en el menor tiempo posible para limitar la utilización del principio de jurisdicción universal tanto desde una perspectiva formal, introduciendo criterios para poderlo activar delante de un tribunal estatal español, como material, modificando el catálogo de los crímenes perseguibles.

Definitivamente podemos ver como estos pensamientos no fueron abstractos, sino basados en un análisis profundo de la modificación introducida en 2009 donde resultó emblemática la no inclusión de los crímenes de guerra en el catálogo de delitos perseguibles *ex lege*, lo que, como explica Del Carpio Delgado (2009) este elemento demostró la clara voluntad de frenar el ejercicio de esta jurisdicción en España.

Naturalmente, también si tenemos en consideración la previsión del artículo 23.4 apartado h) donde se previó una cláusula abierta para la inclusión de otras conductas ilícitas punibles, el hecho de no mencionar los crímenes de guerra expresamente, junto con el crimen de genocidio o los crímenes en contra de la humanidad, resultó ser una fuerte señal a favor de una limitación y cierre de esta tipología de jurisdicción.

En conclusión, podemos ver como la Ley 1 de 2009 reflejó también la fuerte tensión existente en el ámbito político-diplomático de este país y también la polémica relación de los órganos judiciales nacionales, representativa de una controvertida relación entre el Tribunal Supremo, el Tribunal Constitucional y la Audiencia Nacional; relación complicada que podría dejar sin efecto los avances de una protección eficaz de los

Derechos Humanos y con ello reducir la persecución de los crímenes internacionales.

Como veremos en el próximo capítulo del presente trabajo, la limitación al principio de jurisdicción penal ha tenido en los últimos años importantes consecuencias sobre estos casos. De hecho el 4 de abril de 2010 se archivó la investigación relativa al caso Tíbet abierta en 2008, destino que también tuvo el caso Gaza.

Lo que pareció claro en 2009 fue que España, después de un decenio de batallas con la finalidad de promover una justicia global, intentado esclarecer numerosos crímenes internacionales, se arrepintió de su elección y encontró la manera de volver a la situación precedente. Seguramente sin la utilización de la jurisdicción universal España no habría pasado a la Historia como el país pionero en la persecución de crímenes internacionales, sin embargo se habría salvado de posibles polémicas con las grandes potencias económicas mundiales como China y Estados Unidos de América que han mostrado en varias ocasiones de considerar ilegítima la injerencia en sus asuntos internos.

Esta situación de tensión que se originó a raíz de los casos abiertos por la Audiencia Nacional sin duda, llevó a un fuerte pesimismo sobre el futuro desarrollo de una justicia verdaderamente global en este país. Este pesimismo ha sido recientemente confirmado en marzo de 2014, momento en que fue introducida la segunda reforma del principio de jurisdicción penal universal que de hecho degrada la regla hacia hacerla desaparecer. Pero antes de profundizar y analizar la segunda reforma, veamos de cerca los requisitos introducidos en 2009 y las críticas que han tenido tanto a nivel nacional como internacional.

4.4.1 La Ley Orgánica 1 de 2009

Fundamentada sobre la idea de homologar la legislación vigente en España con la de otros países que utilizan esta jurisdicción para perseguir crímenes internacionales, como hemos visto en los precedentes capítulos de esta tesis, entre otros, Francia, Bélgica y Holanda, esta reforma pareció orientada más bien a evitar futuros conflictos diplomáticos con otros Estados y a no afectar las relaciones internacionales de gran importancia económica por España.

Se lee en el preámbulo de la Ley 1 de 2009, que el fin de esta reforma fue:

[...] de un lado, incorporar tipos de delitos que no estaban incluidos y cuya persecución viene amparada en los convenios y costumbre del Derecho Internacional, como son los de lesa humanidad y crímenes de guerra. De otro lado, la reforma permite adaptar y clarificar el precepto de acuerdo con el principio de subsidiariedad y la doctrina emanada del Tribunal Constitucional y la jurisprudencia del Tribunal Supremo.

No obstante la previsión del preámbulo a la Ley de reforma, Del Carpio Delgado (2009) explica que las modificaciones introducidas de hecho han reducido y resultaron ser mucho más restrictivas respecto a las legislaciones de otros países por los criterios que prevén y que, contrariamente a la *ratio* del principio de justicia universal, basado exclusivamente en la naturaleza del crimen cometido, han vuelto a crear elementos de conexión entre el delito efectuado y el territorio español, como por ejemplo el hecho de que la víctima sea de nacionalidad española. Asimismo, podemos ver como la nueva ley no ha incluido explícitamente en el listado de los crímenes internacionales, sobre los cuales poder aplicar esta jurisdicción, a los crímenes de guerra, hecho que ha puesto en duda las reales intenciones del legislador a la hora de reformar el principio de jurisdicción universal.

Artículo 23 párrafo 4, reformado por la Ley 1/2009:

Igualmente, será competente la jurisdicción española para conocer de los hechos cometidos por españoles o extranjeros fuera del territorio nacional susceptibles de tipificarse, según la Ley española, como alguno de los siguientes delitos:

- a. Genocidio y lesa humanidad.
- b. Terrorismo.
- c. Piratería y apoderamiento ilícito de aeronaves.
- d. Delitos relativos a la prostitución y corrupción de menores e incapaces.
- e. Tráfico ilegal de drogas psicotrópicas, tóxicas y estupefacientes.
- f. Tráfico ilegal o inmigración clandestina de personas, sean o no trabajadores.
- g. Los relativos a la mutilación genital femenina, siempre que los responsables se encuentren en España.
- h. Cualquier otro que, según los tratados y convenios internacionales, en particular los Convenios de derecho internacional humanitario y de protección de los derechos humanos, deba ser perseguido en España.

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.

Resumiendo las novedades introducidas en la versión definitiva de la Ley 1/2009, podemos ver cómo tras las modificaciones realizadas por la Leyes Orgánicas: 3/2005 y 13/2007, han sido introducidos en el artículo 23.4 apartados f) y g), los delitos relativos a las prácticas de mutilación femenina o al tráfico ilegal o inmigración clandestina; al mismo tiempo se ha añadido el crimen de lesa humanidad en el apartado a) junto al crimen de

genocidio. Efectivamente el Preámbulo de la Ley Orgánica 1/2009 indica expresamente que:

En cumplimiento del mandato emanado del Congreso de los Diputados, mediante resolución aprobada el día 19 de mayo de 2009 con motivo de Debate del estado de la Nación, se realiza un cambio en el tratamiento de lo que ha venido en llamarse la «jurisdicción universal», a través de la modificación del artículo 23 de la Ley Orgánica del Poder Judicial para, de un lado, incorporar tipos de delitos que no estaban incluidos y cuya persecución viene amparada en los convenios y costumbre de Derecho Internacional, como son los de lesa humanidad y crímenes de guerra[...].

Han sido excluidos del presente listado los delitos de falsificación de moneda extranjera y los crímenes de guerra, dejando sin significado la previsión del Preámbulo de la Ley que prevé la incorporación de los crímenes de guerra. Aunque esta exclusión haya sido criticada por la doctrina especializada, se reconoció el hecho de que estos crímenes, no obstante no resultaban directamente mencionados en el dictado legislativo, pudieran ser considerados incluidos en la clausula genérica introducida en artículo 23.4 letra h.

En segundo lugar fueron establecidos criterios, que serán analizados en el próximo apartado de este capítulo, para que los jueces de la Audiencia Nacional pudieran perseguir los crímenes previstos en el listado así reformado. En particular se previó que se podían perseguir sólo los delitos: en que las víctimas tuviesen nacionalidad española o los en que los responsables estuvieran en el país, o faltando los precedentes requisitos, en los casos en que se encontrara una conexión relevante entre el delito y el territorio. Otra condición prevista en el nuevo artículo 23 párrafo 4 fue que el reato pudiera ser investigado sólo si se demostraba la inexistencia de juicios, sobre los mismos actos, en el territorio donde estos últimos habían sido cometidos o ante un tribunal internacional.

En tercer lugar, en caso de litispendencia, se previó la no competencia de la jurisdicción española en el caso de un procedimiento en el Estado extranjero o ante un

tribunal internacional sucesivo a aquello empezado en España. En este último caso la autoridad judicial española debería proceder a archivar la causa, en vía provisional. La norma citada no hacía referencia a la posibilidad de abrir otra vez una causa archivada provisionalmente.

Ahora bien, estas modificaciones llevaron a la consecuencia de limitar o reducir la posibilidad de las víctimas de tener justicia. Esto fue posible por la introducción de criterios y elementos más restrictivos para la aplicación de la justicia universal y en particular los relativos a la conexión entre el país que procede al juicio y el crimen cometido que supuso, como explica Luis Carlos Nieto García, magistrado y miembro investigador de la Federación Internacional de Ligas de Derechos Humanos (2009: 155):

no reconocer el carácter universal de los derechos humanos que deriva del reconocimiento de la dignidad intrínseca de todo ser humano y supone un retroceso muy importante y un camino en dirección contraria a la indicada en los tratados y convenciones de derechos humanos.

4.4.2 Sigue: los nuevos requisitos introducidos por la Ley Orgánica número 1 de 2009

Como hemos visto con la reforma del 3 de noviembre de 2009 se aprobó modificar la Ley Orgánica del Poder Judicial que consagra el principio de jurisdicción universal para restringir su contenido y alcance. De hecho, la reforma estableció una restricción del principio de jurisdicción universal hasta hacerlo casi inaplicable, Sin embargo no logró su objetivo y cinco años después el legislador intenta acabar con el principio a través de la Ley 1 de 2014.

Partimos nuestro análisis de los criterios establecidos por el legislador para crear un punto de conexión entre el delito cometido en el extranjero con los tribunales españoles, como el de la nacionalidad de las víctimas o la presencia del presunto autor del crimen en el territorio estatal. Podemos afirmar que a través de esta introducción el legislador quiso

apoyar la tesis del Tribunal Supremo, que en los últimos años se ha mostrado favorable a una reducción teleológica del artículo 23.4. En otras palabras, que el crimen debería presentar una conexión espacial con España, aunque la Ley 6/1985 nada expresaba al respecto. De hecho en muchas ocasiones, como en el caso *Guatemala*, este Tribunal sustentó que, al no encontrar dicha conexión, la jurisdicción española operó de manera agresiva y exorbitante, perturbando el orden internacional entre los Estados.

El texto del artículo 23.4 de 2009 previó que:

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 constatare 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.

Por lo referente a la presencia del presunto autor del delito en el territorio español, al estado actual, resulta ser un requisito necesario en algunos Estados para poder ejercer esta tipología de jurisdicción; un ejemplo de ello son las legislaciones belga y suiza; pero esto no indica que se haya creado, en derecho internacional, una regla según la cual la presencia en el territorio del presunto culpable sea un requisito indispensable para proceder.

Desde un punto de vista práctico, es difícil recolectar pruebas de delitos cometidos en el extranjero por extranjeros, lo cual puede llevar al Estado, por razones prácticas más que jurídicas, a exigir la presencia del acusado en el territorio para proceder. Pero ninguna de estas razones puede fundamentar una norma de Derecho internacional consuetudinario (Blanco Cordero, 2004: 8).

Realmente, conforme a lo expresado por muchos autores, Andrés Domínguez (2010) y Del Carpio Delgado (2009), entre otros, si bien la presencia del presunto

responsable resulta ser un requisito indispensable en el momento del enjuiciamiento y de la condena, no se puede decir lo mismo de las fases previas al juicio, como cuando se realizan investigaciones y se emiten órdenes de captura internacional. Sobre este punto, al no identificar las diferentes etapas del juicio y al no establecer normas sobre cuando la presencia del reo es indispensable o no, la ley de reforma quedó expuesta a muchas críticas.

Pasando al análisis de los otros vínculos que la reforma supone, podemos ver como por el trámite de la condición por la cual las víctimas deben tener nacionalidad española, el llamado principio de personalidad pasiva, se demuestra que la tutela y la persecución de los crímenes internacionales deben ser ligadas a un interés efectivo del Estado al cual se atribuye la jurisdicción. Este principio ya está previsto en la Ley penal y se refiere a la aplicación extraterritorial de la dicha Ley. Este requerimiento tiene un fundamento y una justificación diferente respecto al principio de jurisdicción universal en cuanto se posiciona en la defensa y salvaguardia de intereses propios de los Estados, en particular, se refiere a la protección por el Estado de sus nacionales en el extranjero.

Ahora bien, a través de la reforma realizada por la Ley 1 de 2009, este último se convirtió en un requisito indispensable para la activación de la justicia universal cuando no se encuentre, en el territorio estatal, el presunto autor o en el caso en que no exista o no se encuentre otro vínculo o punto de conexión entre el país que procede al juicio y el crimen cometido.

En los párrafos sucesivos, el texto del artículo 23.4 estableció la introducción de la condición de que exista y se pueda encontrar algún vínculo de conexión relevante con España. Requisito asentado en la necesidad de reducir el desgaste excesivo de los órganos judiciales o el exceso o abuso del derecho. Este requerimiento, por una interpretación doctrinal aceptada, se aplicaría en forma residual, es decir, en caso que falten los demás

previstos en el artículo 23.4: la presencia del reo en el territorio o la nacionalidad de las víctimas.

Finalmente, en el artículo 23.4 párrafo 3 ha consagrado el principio de subsidiariedad por lo que: la jurisdicción Española es subsidiaria respecto de los tribunales de otro país o de un tribunal internacional que haya previamente comenzado un procedimiento, lo que supone una investigación y una persecución efectivas de los hechos delictivos, siempre que se demuestre la falta de voluntad o de capacidad de los órganos judiciales competentes en la persecución de dichos crímenes.

4.4.3 Las críticas a las limitaciones establecidas por la Ley 1 de 2009

De esta forma hemos resumido los cambios más significativos introducidos por la ley de reforma, número 1 de 2009 y con ello podemos ahora pasar a la observación de las numerosas críticas que los rodean.

La consideración preliminar desde la cual se debe partir, es que desde antes de la pre anunciada reforma, en particular la doctrina española, había revelado que los soportes sobre cuya base se ha construido dicha ley para desterrar, limitar o en cualquier caso obstaculizar la aplicación del principio de justicia universal, resultaron ser varios y poco rigurosos.

Entre ellos podemos mencionar los argumentos de naturaleza técnico-jurídica, de naturaleza económica, pasando a los de política exterior, o a los de falta de capacidad de los tribunales internos para asumir esa carga de trabajo en detrimento de la justicia, hasta llegar, finalmente a sustentar que la reforma era necesaria para poner freno al egocentrismo o protagonismo de algunos jueces en el escenario internacional.

Como explicó Javier Chinchón Álvarez (2009), las declaraciones públicas sobre

esta reforma hechas por políticos demuestran claramente que la reforma estuvo orientada a adaptar la legislación sobre esta materia a los intereses económicos y diplomáticos del Estado. Por ejemplo, el ex-Ministro de los Asuntos Exteriores y Cooperación Miguel Ángel Moratinos en el Diario Público de 25 de mayo de 2009, afirmó que no se trató más que de una adaptación para que el principio de jurisdicción universal fuera más eficaz y cercano a los intereses españoles, lo cual, como explicó Chinchón Álvarez (2009) habría de llevarnos a concluir que, estaríamos frente a un principio cuyo fundamento ya deja de ser la persecución de crímenes internacionales que por su naturaleza afectan a la Comunidad Internacional y sus intereses y se convierte en un principio orientado a defender los intereses propios de España.

Posteriormente a la entrada en vigor de la reforma, la críticas, provenientes tanto del mundo académico como de las organizaciones que se ocupan de la defensa de los Derechos Humanos, fueron muchas y pueden ser divididas entre las que están relacionadas con la forma en que dicha ley fue adoptada y las que se refieren al contenido de la misma. Como explica la Profesora Montserrat Abad Castelos (2012: 81), en un interesante artículo que nos muestra el estado actual de la justicia universal y donde ella misma se pregunta si sigue existiendo la jurisdicción universal en España:

De una parte, por lo que se refiere a la forma, es de lamentar la precipitación con la que se han efectuado, aprovechando el trámite de enmiendas al Proyecto de Ley de Reforma de la Legislación Procesal para la implantación de la Oficina Judicial, y sustrayendo así la reforma al debate informado con el que una cuestión de este contenido debería contar.

Asimismo, tomando visión del «Manifiesto sobre la Reforma Legislativa que introducirá modificaciones al ejercicio de la Justicia Universal» del 2 de Junio de 2009, podemos ver también que en esta ocasión se criticó el momento y la sede en que se decidió actuar la reforma, es decir que los partidos políticos han aprovechado el trámite de

enmiendas al Proyecto de Reforma de la Legislación Procesal, sin tener en consideración el hecho que una restricción al principio de justicia universal necesita ser debatido en la sede legislativa.

Con las palabras de Martín Pallín, durante la mesa redonda de expertos sobre «la primacía del derecho internacional de los Derechos Humanos: su aplicación en España», en la que participaron entre otros Olle Sesé y Cuerda Riezu: «en este caso, la restricción de la jurisdicción universal que supuso esta reforma y, por tanto, del acceso a la tutela judicial efectiva y la lucha contra la impunidad, se realizó incumpliendo el procedimiento de tramitación parlamentaria que exigía la materia» (Martín Pallín, 2012: 31).

Pasando a las críticas relativas al contenido de la reforma podemos ver como esas se focalizaron en particular sobre la creación de vínculos, puntos de conexión entre el crimen cometido y España. Exigir una conexión relevante con el territorio resultó ser inapropiado en cuanto nos enfrentamos a crímenes que, afectando a la Comunidad Internacional, generan un compromiso global para su persecución: «La inclusión por tanto de estas nuevas condiciones en la reforma, es decir, “nacionalidad” del presunto autor, o “conexión relevante con España”, a mi juicio, altera y desnaturaliza el principio desde el punto de vista jurídico» (Abad Castelos, 2012: 83).

Las críticas a estos requisitos no se refieren exclusivamente a la limitación que suponen, sino van más allá. Muchos autores como Andrés Domínguez (2010) y Del Carpio Delgado (2009), manifestaron la preocupación relativa a la interpretación de este mismo requisito previsto en el artículo 23.4 LOPJ. De hecho, también interpretando la previsión normativa en el sentido que el momento en que se determina la nacionalidad de las víctimas se considera el momento que los crímenes son cometidos, dicha interpretación dejaría un vacío legal importante.

Para explicarlo con un ejemplo, pensemos un caso en que las víctimas resultan ser

extranjeras en el momento en que los actos delictivos son cometidos, pero posteriormente a estos hechos, por diferentes razones, adquieran la nacionalidad española, ¿en este caso operaría el artículo 23.4? La anterior y muchas otras preguntas sobre esta condición quedan, al estado actual, sin una respuesta.

Igualmente encuentra muchos ataques el otro requisito de conexión relevante para España. La mayoría de las críticas se concentran en el fundamento puesto a la base de este requisito. Si bien el legislador quiso operar una forma de auto restricción para evitar el exceso de procedimientos, el desgaste que estos generan y el abuso del derecho, en la práctica; debemos valorar que los asuntos actualmente basados en la jurisdicción penal universal solo ascienden al 0,035%⁴⁶³ de todos los casos pendientes ante la justicia Española.

La introducción de un vínculo con el territorio no puede por lo tanto ser justificada por razones de economía procesal; además, este criterio supone una reducción considerable del ámbito de tutela, en particular haciéndolo coincidir con la tutela de intereses estatales. En otras palabras, se superponen intereses estatales a los intereses y valores propios de la Comunidad Internacional.

Al interés común que supone la persecución de un delito contra la comunidad internacional, por el mero hecho de ser parte integrante de ésta, sobre la base de la solidaridad internacional, se superpone, pues, un interés nacional que nada tiene que ver con la naturaleza misma del delito ni con el fundamento del principio de justicia universal (Andrés Domínguez, 2010: 35).

Finalmente, también el principio de subsidiariedad consagrado en el artículo 23.4 párrafo 3 fue en varias ocasiones criticado en cuanto a determinar en qué ocasiones un

⁴⁶³ Como explica Ollé Sesé (2014: 47): «Tampoco eran de recibo otras razones ofrecidas en aquel momento para alcanzar esta limitación, como la carga de trabajo que suponía la instrucción de estas causas, las dificultades probatorias, o los criterios globales de eficiencia. Sólo el 0,035% de los procedimientos que se instruyen y juzgan en la Audiencia Nacional correspondían a los casos que aquí nos ocupan, y, en general, gran parte del impulso procesal de las mismas provenía, y así sigue sucediendo, de las acusaciones populares y particulares».

tribunal de otro país haya efectivamente empezado las investigaciones sobre un crimen internacional cometido en dicho país; muchas veces no resulta fácil y casi siempre está ligado a consideraciones de carácter político-diplomático.

La prueba de ello se encuentra en la archivación de los casos, como el caso Gaza, basado exclusivamente en datos recibidos por una investigación interna del ejército israelí, donde se afirma que Israel ha tenido: «una verdadera y real actuación administrativa primero y judicial después, para comprobar la comisión delictivas»⁴⁶⁴.

Los problemas que suscita la aplicación de este principio son muchos y de difícil clarificación. Además, si tomamos en consideración que el inicio de otro proceso ante otro tribunal conlleva la consecuencia inmediata del sobreseimiento provisional de la causa en España, tenemos que tomar en consideración las preguntas hechas por Pardo Gato (2011) y que pueden ser resumidas de esta forma: ¿qué seguridad existe de que la apertura de un procedimiento en el mismo país donde se cometieron los crímenes no sirva para garantizar la impunidad de los mismos?; ¿podrían contentarse, por ejemplo, los tribunales españoles con la apertura formal del procedimiento para decretar el sobreseimiento? y ¿deberíamos poner en marcha mecanismos para asegurarnos de que la decisión de sobreseimiento no supone una forma de obtener cierta impunidad?

En palabras de Montserrat Abad Castelos (2012: 86), la introducción del principio de subsidiariedad es la condición que resulta ser mas lesiva para la competencia penal de los tribunales estatales; esto en cuanto, retomando en consideración los casos llevados a cabo por la Audiencia Nacional; «puede llegar a bastar una investigación, incluso fraudulenta, de los hechos en cuestión en el país interesado para que las autoridades judiciales españolas desistan en su favor». También Chinchón Álvarez (2009) hace referencia a la problemática de formulación de la exigencia de que «no se ha(ya) iniciado

⁴⁶⁴ Auto del Pleno de la Sala de lo penal de la Audiencia Nacional de 9 de Julio de 2009.

procedimiento que suponga una investigación y una persecución efectiva», sobre todo en lo relativo al hecho de que, al estado actual, no nos encontramos en grado de probar cuando una investigación y persecución de los delitos en los países en que estos últimos han sido cometidos, es efectiva y determina las responsabilidades penales de los presuntos culpables, a restablecer la verdad de los hechos y a reparar a las víctimas por los daños sufridos.

Lamentablemente, las preocupaciones antes mencionadas crearon un cuadro de incertidumbre y nos prepararon a un posible escenario en que han sido afectados los juicios pendientes delante de un tribunal nacional y limitados los futuros⁴⁶⁵. Este tema será objeto de estudio en el próximo párrafo.

4.4.4 La reforma de 2009 en la jurisprudencia de los tribunales españoles

Para evaluar la aplicabilidad de la nueva Ley a los casos pendientes de juicio, son necesarias algunas observaciones de carácter general sobre algunos conceptos que entran en juego en derecho penal y en el derecho penal procesal. En primer lugar, las normas penales no tienen efectos retroactivos, en *malam partem*. Esto significa que se da aplicación a la norma penal vigente en el momento en que los actos son cometidos: principio de no retroactividad de la norma penal, ligado al principio general del *favor rei*.

En derecho penal, el principio de la ley más favorable, en latino *favor rei*, establece que la ley penal que varía de manera favorable al imputado es aplicable también en vía retroactiva. Esto representa una garantía para el reo y es al mismo tiempo un límite para el

⁴⁶⁵ Chinchón Álvarez (2009) mostró su preocupación frente a la posible interferencia de estas modificaciones no solamente *pro futuro*, sino bien en los juicios pendientes delante los tribunales nacionales. De hecho quien escribe compartió esta inquietud en cuanto todo lo mencionado conllevó a numerosas consecuencias negativas y a una notable perplejidad sobre el desarrollo del principio de jurisdicción universal. Todavía no estamos en grado de valorar el *quantum* exacto de los efectos negativos en relación a los procesos en marcha en la Audiencia Nacional, pero tenemos ya algunos resultados que nos hacen presagiar nada de bueno por el futuro.

juez, que deberá aplicar, en los juicios pendientes, las normas que resulten ser más favorables. La expresión latina se refiere, en derecho penal sustancial, a los preceptos que excluyen la existencia del ilícito o que producen efectos más leves a los que se verifican si no se da aplicación a la ley más favorable.

En el derecho penal procesal el *favor rei* es un principio general. Indica la conducta que favorece al imputado o el condenado y hace posible, en determinadas circunstancias, resaltar los intereses del imputado respecto a los intereses propios de los juicios. Esta regla se aplica, desde el punto de vista subjetivo, al imputado de un juicio o al condenado, mientras que, desde una perspectiva objetiva, concierne a los intereses en juego: del imputado y del proceso. En este sentido, parte de la doctrina internacional, considera el principio como una segunda cara del principio del *favor libertatis* o del *favor innocentiae*.

En sustancia, si al cambiar es la norma penal que prevé el ilícito, la conducta y los elementos que determinan la responsabilidad del imputado, la solución será ver si el cambio es favorable o no al reo. Solo en el primer caso se dará aplicación a la ley sucesiva, de reforma.

Pero si al cambiar es la norma procesal la que prevé los criterios para la aplicación de la jurisdicción penal, ¿ésta también influye sobre los procesos pendientes? Como hemos dicho, también en derecho procesal se prevé el *favor rei* como regla general, pero seguramente será más complicado determinar si una norma que establece los criterios y los elementos para determinar la jurisdicción puede ser efectivamente más favorable al reo.

En el caso específico de la Ley Orgánica 1 de 2009, de reforma de la Ley Orgánica sobre el Poder judicial, el legislador ha decidido poner algunos criterios posteriores para la aplicabilidad de la jurisdicción penal universal. Entre otros, ha establecido que los tribunales españoles serán competentes a juzgar una conducta, que entra en las conductas previstas en la misma ley y que se clasifican como graves violaciones al derecho

internacional, cuando haya una conexión directa entre los actos y el territorio español. Esto significa que se limitará la competencia de la Audiencia Nacional en casos de jurisdicción universal a aquellos en los que existan víctimas de nacionalidad española, que pueda constatarse algún vínculo de conexión relevante con España o que presuntos responsables se encuentren en territorio español y, en todo caso, se acredite falta de investigación o persecución efectiva en el país competente o por parte de un tribunal internacional.

Hasta el momento en que se escribe, los pronunciamientos posteriores a la ley de reforma sobre los casos pendientes de juicio no han sido positivos. Con Auto del seis de noviembre de 2011, referente al caso Tíbet⁴⁶⁶, para que los tribunales nacionales pudieran conocer los delitos de tortura, lesa humanidad y los crímenes de guerra imputados a las autoridades chinas en Tíbet, el Tribunal Supremo enfrentó la cuestión relativa a la aplicación de la reforma también en los casos en que los juicios hayan empezado con anterioridad respecto a esta última.

En este caso, como era fácilmente previsible, el Tribunal Supremo estableció que la aplicación de la jurisdicción universal queda supedita a la existencia de un vínculo o punto de conexión relevante entre el crimen cometido y España, a norma del artículo 23.4 de la LOPJ modificado por la ley 1 de 2009.

En otras palabras, basándose sobre la nueva formulación del artículo 23.4 LOPG, esta Corte, por el trámite del presente auto, rechaza la posibilidad de continuar la investigación relativa a los delitos cometidos contra la población tibetana en los meses previos a los juegos olímpicos de 2008, al no haber encontrado ninguna conexión relevante o vínculo que ligue el delito a España.

Para entender mejor esta resolución, podemos tomar en consideración los pasajes judiciales previos que caracterizaron el caso de los crímenes cometidos en Tíbet, hasta

⁴⁶⁶ Caso Delitos de lesa humanidad Tibet, Juzgado Central de Instrucción Nº 1 - D. Previas 242/2008, cuyo estado actual es: pendiente de resolución por parte del Tribunal Constitucional.

llegar a la decisión última y desfavorable del Tribunal Supremo, tras la reforma al principio de justicia universal.

El 26 febrero de 2010 esta causa había sido archivada por la Audiencia Nacional, debido a la falta de un punto de conexión con el territorio Español. En contra de esta decisión se interpuso un recurso de apelación, desestimado por la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional el 27 de octubre del mismo año; el recurso de apelación se fundamentaba en la vulneración del derecho a la tutela judicial de los querellantes. De hecho, se hacía referencia al asunto de que habían sido aplicados erróneamente los tratados internacionales ratificados por España, de los que derivaría la jurisdicción española para conocer de los hechos denunciados, y además, se ponía el énfasis sobre la previsión de un criterio de conexión, derivado por la actual regulación del apartado 4 del artículo 23 LOPJ, que afectaba de forma considerable la posibilidad de garantizar una tutela judicial a los querellantes.

Posteriormente, también el recurso de casación, contra el Auto del 27 de octubre de 2010 fue denegado con Auto de la Sección de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional de 16 de noviembre de 2010. En cualquier caso y de manera independiente, el Tribunal Supremo aceptó el recurso de queja presentado por los querellantes. Desafortunadamente este último destruyó las pocas esperanzas que habían quedado cuando se archivó el caso en 2010. Dicha corte señaló que, tal como exige la nueva formulación del artículo 23.4 LOPJ, resulta indispensable, *conditio sine qua non*, encontrar un elemento de conexión relevante con España, por lo tanto, al no encontrarlo, el Tribunal rechaza cualquier posibilidad de seguir investigando los delitos antes mencionados.

Aunque no podemos olvidarnos que en octubre de 2013, el principio de justicia universal vuelve al centro del debate nacional e internacional en cuanto a las relaciones

entre el Gobierno español y las autoridades chinas por el caso del Genocidio tibetano⁴⁶⁷. De hecho en noviembre de 2013, La Audiencia Nacional emitió un orden de búsqueda y captura para el ex presidente chino Jiang Zemin y del ex primer ministro Li Peng, además de otros miembros de la cúpula del Partido Comunista Chino, por los hechos criminales que caracterizaron el genocidio en Tíbet.

Y, así como sucedió en 2006, cuando se interpuso la querrela contra el Gobierno chino, por el Comité de Apoyo al Tíbet, ahora las autoridades asiáticas han empezado a hablar de crisis diplomática y económica con España. La crisis de 2006, como sabemos, ha sido una de las causas del proceso de revisión de la ley que prevé la jurisdicción universal, ley que al mismo tiempo sirvió para bloquear temporalmente las investigaciones sobre dichos hechos. Esta ley que previó la introducción de vínculos entre los hechos delictivos y el territorio Español, en el caso Tíbet se respetaría en cuanto, como explica el Profesor José Elías Esteve, que interpuso la querrela de 2013, existe este vínculo en cuanto hay una víctima española. Ahora tendremos que esperar las consecuencias que la orden de captura acarreará y como el Gobierno español decidirá actuar. ¿Permitirá a las víctimas tener un foro competente para los daños sufridos? o se pondrá en contra de las decisiones de los jueces de la Audiencia Nacional de proceder en contra del Gobierno chino, para evitar los abusos de estos últimos y las crisis diplomáticas con los países aliados?

Siguiendo la estela del proceso español de modificación de la jurisdicción universal, podemos ver como las consecuencias negativas no terminan con el caso Tíbet. Desgraciadamente, el alcance de las limitaciones y condiciones ha tenido efectos importantes también en otros casos, como el de los crímenes cometidos en el territorio de Gaza que fueron archivados en abril de 2011 y el caso Guantánamo, relativo a la querrela interpuesta contra varios miembros del Gobierno del Presidente George W. Bush por

⁴⁶⁷ Caso del genocidio en Tíbet, Juzgado Central de Instrucción Nº 2 - Sumario 63/08. Querrela contra diversos dirigentes chinos por delitos de genocidio cometidos contra el pueblo tibetano a partir de 1988, ampliada en 2011 a crímenes de guerra. Estado actual: en fase de instrucción.

presuntos delitos cometidos en contra de civiles, analizado en el capítulo cuarto de esta tesis.

De todas formas, por lo menos mirando la reforma de 2009, los efectos negativos pueden ser menores de los que en un principio se pensaba. No podemos olvidarnos que a través de una formulación amplia de estos límites y criterios, el legislador prefirió restringir su futuro ejercicio sin ponerse directamente en contra de los convenios y tratados internacionales que la prevé, y al mismo tiempo, estableció que el juez, en el caso concreto llevado antes su competencia, pueda constatar si en el asunto presentado a su juicio, hay una conexión relevante con el país; dejando, de esta forma, la puerta abierta a los juicios que, a pesar de no tener una efectiva conexión con el territorio, pueden ser evaluados como conexos con España a través de criterios de vez en vez establecidos por los jueces nacionales⁴⁶⁸.

En otras palabras, en línea teórica, un juez nacional ante una querrela por hechos cometidos en el extranjero, por parte de extranjeros en contra de otros extranjeros, podría encontrar una conexión con el territorio, también si no hay víctimas españolas, al fundamentar, por ejemplo, su decisión de abrir una investigación sobre la base de las relaciones económicas y políticas de España y el país donde se cometieron los hechos. Es verdad que con la reforma se ha limitado y obstaculizado la utilización de la jurisdicción penal universal, pero al mismo tiempo, no podemos olvidar que su formulación extensa y vaga en algunos aspectos, permitiría no inhibir *de facto* la competencia de los tribunales en los juicios pendientes y futuros.

Por lo tanto, el papel principal lo tienen los jueces nacionales en el decidir si privilegiar los intereses políticos, de economía procesal y de relaciones internacionales, o

⁴⁶⁸ Sin embargo, cabe recordar que sobre este punto el Tribunal Constitucional todavía no se ha expresado. De hecho no se ha pronunciado sobre el entendimiento de este último requisito. Como explicó en diferentes ocasiones Elías Esteve Moltó, al estado actual no resulta claro en qué consiste y cómo puede ser integrado el requisito del vínculo o conexión relevante con España.

hacer valer los intereses de justicia. Además tenemos que esperar lo que decidirá el Tribunal Constitucional a la hora de enfrentarse a la reforma de 2009 en lo relativo al artículo 23.

Con las palabras de Enrique Carnero Rojo (2011: 18):

In October 2010, the plenary of the National Court Criminal Chamber confirmed, by majority, the latter decision on appeal and declared that all proceedings that had been started before 4 November 2009 must be closed for lack of Spanish jurisdiction unless they met the requirements contained in the amended version of Article 23(4) LJ.65 Moreover, the majority of the National Court found that the amendment did not violate international conventions ratified by Spain, but simply submitted the exercise of Spanish jurisdiction over international crimes to certain conditions⁴⁶⁹.

Sigue el autor:

As a consequence of this amendment, several international crimes cases that could have been investigated and prosecuted in Spain pursuant to the previous version of Article 23(4) LJ have not been opened (US and UK politicians and officials, Moroccan police, Myanmar officials, and Israeli officials) and at least one case that was opened before the amendment was introduced was recently closed in application of the "conditional universal jurisdiction rule" (Lian Guanglie et al.). It remains to be seen whether this will also be the fate of the remaining cases concerning international crimes opened in Spain or whether the Supreme Tribunal and/or the Constitutional Tribunal will avoid the "death foretold" of Spanish universal jurisdiction over international crimes⁴⁷⁰ (Enrique Carnero Rojo, 2011:30).

⁴⁶⁹ Traducción: En octubre de 2010, el pleno de la Sala de lo Penal Audiencia Nacional confirmó, por mayoría, la última decisión sobre la apelación y declaró que todas las actuaciones que se habían iniciado antes de 04 de noviembre 2009 se deben cerrar por falta de jurisdicción española, a menos que cumplan los requisitos establecidos en la versión modificada (4) el artículo 23 LJ.65 por otra parte, la mayoría de la Audiencia Nacional consideró que la enmienda no violó los convenios internacionales ratificados por España, sino simplemente presentar el ejercicio de la jurisdicción española sobre los crímenes internacionales a ciertas condiciones.

⁴⁷⁰ Traducción: Como consecuencia de esta modificación, varios casos de crímenes internacionales que podrían haber sido investigados y juzgados en España de conformidad con la versión anterior del artículo 23 (4) LJ no se han abierto (los políticos de Estados Unidos y el Reino Unido y los funcionarios, la policía marroquí, funcionarios de Myanmar, y los funcionarios israelíes) y por lo menos un caso que se abrió antes de que se presentó la enmienda fue cerrado recientemente en la aplicación de la norma de competencia condicional "universal" (Lian Guanglie et al.). Queda por ver si este será también el destino de los restantes casos relativos a delitos internacionales abiertas en España o si el Tribunal Supremo y / o el Tribunal Constitucional evitará la muerte anunciada de la jurisdicción universal española sobre los crímenes internacionales.

4.5 La Ley de Reforma 1 de 2014

El intento del legislador español de limitar el alcance de la justicia universal, reflejado en la Ley Orgánica 1 de 2009, ahora es más evidente que nunca. Han pasado cuatro años pero la intención de frenar y obstaculizar casos que pueden producir choques de intereses con otros Estados con los que España tiene relaciones económicas importantes como Estados Unidos y China sigue estando al centro del debate parlamentario tanto que, después de las numerosas presiones de dichos gobiernos, el legislador en diciembre de 2013 ha puesto como prioridad del Gobierno la reforma de la jurisdicción universal y en particular las modificaciones de los requisitos para abrir juicios sobre crímenes internacionales bajo este principio. Un mes después, en enero de 2014, el Gobierno prepara el proyecto de la reforma tras las quejas formales de los países involucrados en los juicios pendientes ante la Audiencia Nacional.

El proyecto no tardó en ser aprobado y en marzo de 2014 fue publicado en el Boletín Oficial del Estado español número 63 correspondiente al día 14 de Marzo de 2014, la Ley Orgánica número 1 de 2014, de 13 de marzo, que aporta modificaciones fundamentales de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, relativa a la justicia universal.

Como fue anticipado en la introducción al presente capítulo, al igual de la Ley Orgánica 1 de 2009, esta última reforma plantea unos cambios importantes con el objetivo, planteado en la exposición de motivos, de ampliar el listado de crímenes y adecuar la legislación vigente a las obligaciones internacionales ratificadas por España. De hecho se prevé:

perfilar la competencia de la jurisdicción española, ampliando por un lado los delitos que, habiéndose cometido fuera del territorio nacional, e independientemente de la nacionalidad de su autor son susceptibles de ser

investigados por la jurisdicción española y por otro lado, definiendo las condiciones que debían darse para que la justicia española fuera competente, adaptando la justicia universal al principio de subsidiariedad y a la jurisprudencia constitucional y del Tribunal Supremo. [...] En esa misma línea de dar cumplimiento a las obligaciones impuestas por los Tratados internacionales que España ha ratificado, se hace necesario ampliar la lista de delitos que, cometidos fuera del territorio nacional, son susceptibles de ser perseguidos por la jurisdicción española. Tal es el caso, por ejemplo, de los delitos regulados en el Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra la mujer y la violencia doméstica, en la Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, los delitos de corrupción de agente público extranjero previstos en el Convenio de la OCDE, delitos cuyas previsiones se incorporaron al Código Penal, si bien quedaba pendiente la definición de los aspectos de jurisdicción que ahora se incorporan en la presente Ley. Ese es el sentido que inspira la reforma que ahora se lleva a cabo, delimitar con claridad, con plena aplicación del principio de legalidad y reforzando la seguridad jurídica, los supuestos en que la jurisdicción española puede investigar y conocer de delitos cometidos fuera del territorio en que España ejerce su soberanía.

Con esta finalidad, se precisan los límites positivos y negativos de la posible extensión de la jurisdicción española, que deben ser aplicados también a las causas actualmente en trámite, debido a que los tribunales españoles no pueden continuar procedimientos sobre los que ya carezcan de jurisdicción.

Partiendo del presupuesto de que la persecución extraterritorial de crímenes tiene un carácter excepcional y que por lo tanto tiene que ser justificada de forma efectiva y eficaz, el legislador decide establecer las condiciones, derivadas por los tratados internacionales en que España es parte, de cada uno de los delitos cometidos en el extranjero y que pueden ser perseguidos por la justicia española. Además de esto, se prevé que la apertura de dichos procedimientos solo podrá hacerse bajo querrela presentada por el Ministerio Fiscal o la persona afectada del delito en cuestión.

En esta misma línea, se delimita, con carácter negativo, la competencia de los

tribunales españoles, definiendo con claridad el principio de subsidiariedad. En ese sentido, se excluye la competencia de los tribunales españoles cuando ya se hubiese iniciado un procedimiento en un tribunal internacional o por la jurisdicción del país en que hayan sido cometidos los hechos o de nacionalidad de la persona a la que se impute su comisión. En estos dos últimos supuestos se prevé una excepción a la regla en los casos en que la persona, a la que se imputen los hechos, se encuentre en España. Finalmente, los tribunales españoles se reservan la posibilidad de seguir ejerciendo la jurisdicción sobre los hechos ocurridos en el extranjero cuando el Estado en el que se verificaron demuestre de no poder o querer llevar a cabo las investigaciones.

Como era imaginable las críticas no tardaron en llegar. Asociaciones de jueces y fiscales, asociaciones en defensa de los Derechos Humanos y miembros de la comunidad académica afirmaron en múltiples ocasiones que detrás de los motivos antes mencionados hay una clara voluntad del Gobierno de cerrar la puerta a casos problemáticos⁴⁷¹ y que han llevado a fuertes tensiones⁴⁷². El último detonante que se puede mencionar es la orden de detención internacional en contra de líderes chinos responsables de las masacres perpetradas en el caso del genocidio tibetano.

En el interior del Parlamento español los debates se tornaron intensos cuando el Partido Popular aprobó por vía urgente y a lectura única las modificaciones. La oposición

⁴⁷¹ Actualmente son una docena las causas pendientes delante de la Audiencia Nacional: Genocidio en Tíbet, genocidio en Guatemala, caso Couso sobre crímenes de guerra, genocidio en Sahara, caso Falun Gong, Holocausto, genocidio en Rwanda, vuelos de la CIA, asesinato de Carmelo Soria, asesinato del jesuita español Ignacio Ellacuría, ataque de Israel contra la flotilla de la libertad de Gaza, ataque al campo de refugiados iraníes de Ashraf.

⁴⁷² Es de hecho innegable que la urgencia por tramitar dicha norma fue en parte, si no en su totalidad, debida a la fuerte presión que el Gobierno chino ejerció sobre el Gobierno español desde el momento en que fue abierto el caso del genocidio en el Tíbet. Tensión que se incrementó cuando fueron emitidas demandas de detención internacional por parte de la Audiencia Nacional. «Presentada por el Grupo Popular, esta proposición de ley llega en un momento que no le permite esconder su finalidad última de paralizar cuanto antes el proceso abierto contra el ex presidente chino Hu Jintao por delitos de genocidio contra el pueblo tibetano». De esta forma se expresó Rosa Ana Alija Fernández (2014) en el artículo «Crónica de una muerte anunciada: análisis de la Proposición de la Ley Orgánica para la reforma de la justicia universal en España», del Blog de la Revista Catalana de Dret Público, del 5 de febrero de 2014: <http://blocs.gencat.cat/blocs/AppPHP/eapc-rcdp/2014/02/05/cronica-de-una-muerte-anunciada-analisis-de-la-proposicion-de-ley-organica-para-la-reforma-de-la-justicia-universal-en-espana-rosa-ana-alija/>.

afirma que de esta forma fueron vulnerados no solo los derechos fundamentales de las víctimas a recibir justicia y verdad por lo sufrido sino también se vieron afectados los derechos de los españoles debido a que la nueva reforma plantea requisitos específicos y más restrictivos para poder perseguir crímenes internacionales también en el caso en que las víctimas sean españolas. «Esta reforma supone una limitación *de facto* del principio al justicia universal e incurre en una grave inconstitucionalidad» (Lara Bonilla⁴⁷³, 2014).

4.5.1 Análisis de los límites introducidos a través de la Ley Orgánica 1 de 2014

A norma de la Ley 1 de 2014 se establece:

Artículo único. Modificación de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial.

La Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, se modifica en los siguientes términos:

Uno. Se modifican los apartados 2, 4 y 5 del artículo 23 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, y se introduce un nuevo apartado 6 en dicho artículo 23 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, quedando todos ellos redactados de la siguiente manera:

«2. También conocerá la jurisdicción española de los delitos que hayan sido cometidos fuera del territorio nacional, siempre que los criminalmente responsables fueren españoles o extranjeros que hubieran adquirido la nacionalidad española con posterioridad a la comisión del hecho y concurrieren los siguientes requisitos:

- a) Que el hecho sea punible en el lugar de ejecución, salvo que, en virtud de un Tratado internacional o de un acto normativo de una Organización internacional de la que España sea parte, no resulte necesario dicho requisito, sin perjuicio de lo dispuesto en los apartados siguientes.
- b) Que el agraviado o el Ministerio Fiscal interpongan querrela ante los Tribunales españoles.

⁴⁷³ Jacinto Lara Bonilla, Presidente de la Asociación Pro Derechos Humanos de España se expresó de esta forma en la jornada organizada en Valencia sobre el rechazo a la reforma de la justicia universal, en la cual tomaron parte el profesor Jose Elías Esteve, el abogado Carlos Slepoy, el periodista Juan Pablo Cardenal y finalmente el hermano de José Couso, David Couso.

c) Que el delincuente no haya sido absuelto, indultado o penado en el extranjero, o, en este último caso, no haya cumplido la condena. Si sólo la hubiere cumplido en parte, se le tendrá en cuenta para rebajarle proporcionalmente la que le corresponda.»

«4. Igualmente, será competente la jurisdicción española para conocer de los hechos cometidos por españoles o extranjeros fuera del territorio nacional susceptibles de tipificarse, según la ley española, como alguno de los siguientes delitos cuando se cumplan las condiciones expresadas:

a) Genocidio, lesa humanidad o contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado, siempre que el procedimiento se dirija contra un español o contra un ciudadano extranjero que resida habitualmente en España, o contra un extranjero que se encontrara en España y cuya extradición hubiera sido denegada por las autoridades españolas. Código Penal, cuando:

1.º el procedimiento se dirija contra un español; o,

2.º la víctima tuviera nacionalidad española en el momento de comisión de los hechos y la persona a la que se impute la comisión del delito se encuentre en territorio español.

c) Delitos de desaparición forzada incluidos en la Convención internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas, hecha en Nueva York el 20 de diciembre de 2006, cuando:

1.º el procedimiento se dirija contra un español; o,

2.º la víctima tuviera nacionalidad española en el momento de comisión de los hechos y la persona a la que se impute la comisión del delito se encuentre en territorio español.

d) Delitos de piratería, terrorismo, tráfico ilegal de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, trata de seres humanos, contra los derechos de los ciudadanos extranjeros y delitos contra la seguridad de la navegación marítima que se cometan en los espacios marinos, en los supuestos previstos en los tratados ratificados por España o en actos normativos de una Organización Internacional de la que España sea parte.

e) Terrorismo, siempre que concurra alguno de los siguientes supuestos:

1.º el procedimiento se dirija contra un español;

2.º el procedimiento se dirija contra un extranjero que resida habitualmente en España;

3.º el delito se haya cometido por cuenta de una persona jurídica con domicilio en España;

4.º la víctima tuviera nacionalidad española en el momento de comisión de los

hechos;

5.º el delito haya sido cometido para influir o condicionar de un modo ilícito la actuación de cualquier Autoridad española;

6.º el delito haya sido cometido contra una institución u organismo de la Unión Europea que tenga su sede en España;

7.º el delito haya sido cometido contra un buque o aeronave con pabellón español; o,

8.º el delito se haya cometido contra instalaciones oficiales españolas, incluyendo sus embajadas y consulados.

A estos efectos, se entiende por instalación oficial española cualquier instalación permanente o temporal en la que desarrollen sus funciones públicas autoridades o funcionarios públicos españoles.

f) Los delitos contenidos en el Convenio para la represión del apoderamiento ilícito de aeronaves, hecho en La Haya el 16 de diciembre de 1970, siempre que:

1.º el delito haya sido cometido por un ciudadano español; o,

2.º el delito se haya cometido contra una aeronave que navegue bajo pabellón español.

g) Los delitos contenidos en el Convenio para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de la aviación civil, hecho en Montreal el 23 de septiembre de 1971, y en su Protocolo complementario hecho en Montreal el 24 de febrero de 1988, en los supuestos autorizados por el mismo.

h) Los delitos contenidos en el Convenio sobre la protección física de materiales nucleares hecho en Viena y Nueva York el 3 de marzo de 1980, siempre que el delito se haya cometido por un ciudadano español

i) Tráfico ilegal de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, siempre que:

1.º el procedimiento se dirija contra un español; o,

2.º cuando se trate de la realización de actos de ejecución de uno de estos delitos o de constitución de un grupo u organización criminal con miras a su comisión en territorio español.

j) Delitos de constitución, financiación o integración en grupo u organización criminal o delitos cometidos en el seno de los mismos, siempre que se trate de grupos u organizaciones que actúen con miras a la comisión en España de un delito que esté castigado con una pena máxima igual o superior a tres años de prisión.

k) Delitos contra la libertad e indemnidad sexual cometidos sobre víctimas menores de edad, siempre que:

- 1.º el procedimiento se dirija contra un español;
- 2.º el procedimiento se dirija contra ciudadano extranjero que resida habitualmente en España;
- 3.º el procedimiento se dirija contra una persona jurídica, empresa, organización, grupos o cualquier otra clase de entidades o agrupaciones de personas que tengan su sede o domicilio social en España; o, 4.º el delito se hubiera cometido contra una víctima que, en el momento de comisión de los hechos, tuviera nacionalidad española o residencia habitual en España.

l) Delitos regulados en el Convenio del Consejo de Europa de 11 de mayo de 2011 sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica, siempre que:

- 1.º el procedimiento se dirija contra un español;
- 2.º el procedimiento se dirija contra un extranjero que resida habitualmente en España; o,
- 3.º el delito se hubiera cometido contra una víctima que, en el momento de comisión de los hechos, tuviera nacionalidad española o residencia habitual en España, siempre que la persona a la que se impute la comisión del hecho delictivo se encuentre en España.

m) Trata de seres humanos, siempre que:

- 1.º el procedimiento se dirija contra un español;
- 2.º el procedimiento se dirija contra un ciudadano extranjero que resida habitualmente en España;
- 3.º el procedimiento se dirija contra una persona jurídica, empresa, organización, grupos o cualquier otra clase de entidades o agrupaciones de personas que tengan su sede o domicilio social en España; o, 4.º el delito se hubiera cometido contra una víctima que, en el momento de comisión de los hechos, tuviera nacionalidad española o residencia habitual en España, siempre que la persona a la que se impute la comisión del hecho delictivo se encuentre en España.

n) Delitos de corrupción entre particulares o en las transacciones económicas internacionales, siempre que:

- 1.º el procedimiento se dirija contra un español;
- 2.º el procedimiento se dirija contra un ciudadano extranjero que resida habitualmente en España;
- 3.º el delito hubiera sido cometido por el directivo, administrador, empleado o colaborador de una empresa mercantil, o de una sociedad, asociación, fundación u organización que tenga su sede o domicilio social en España; o,
- 4.º el delito hubiera sido cometido por una persona jurídica, empresa,

organización, grupos o cualquier otra clase de entidades o agrupaciones de personas que tengan su sede o domicilio social en España.

o) Delitos regulados en el Convenio del Consejo de Europa de 28 de octubre de 2011, sobre falsificación de productos médicos y delitos que supongan una amenaza para la salud pública, cuando:

1.º el procedimiento se dirija contra un español;

2.º el procedimiento se dirija contra un extranjero que resida habitualmente en España;

3.º el procedimiento se dirija contra una persona jurídica, empresa, organización, grupos o cualquier otra clase de entidades o agrupaciones de personas que tengan su sede o domicilio social en España;

4.º la víctima tuviera nacionalidad española en el momento de comisión de los hechos; o,

5.º el delito se haya cometido contra una persona que tuviera residencia habitual en España en el momento de comisión de los hechos.

p) Cualquier otro delito cuya persecución se imponga con carácter obligatorio por un Tratado vigente para España o por otros actos normativos de una Organización Internacional de la que España sea miembro, en los supuestos y condiciones que se determine en los mismos. Asimismo, la jurisdicción española será también competente para conocer de los delitos anteriores cometidos fuera del territorio nacional por ciudadanos extranjeros que se encontraran en España y cuya extradición hubiera sido denegada por las autoridades españolas, siempre que así lo imponga un Tratado vigente para España.»

«5. Los delitos a los que se refiere el apartado anterior no serán perseguibles en España en los siguientes supuestos:

a) Cuando se haya iniciado un procedimiento para su investigación y enjuiciamiento en un Tribunal Internacional constituido conforme a los Tratados y Convenios en que España fuera parte.

b) Cuando se haya iniciado un procedimiento para su investigación y enjuiciamiento en el Estado del lugar en que se hubieran cometido los hechos o en el Estado de nacionalidad de la persona a que se impute su comisión, siempre que:

1.º la persona a la que se impute la comisión del hecho no se encontrara en territorio español; o,

2.º se hubiera iniciado un procedimiento para su extradición al país del lugar en que se hubieran cometido los hechos o de cuya nacionalidad fueran las víctimas, o para ponerlo a disposición de un Tribunal Internacional para que fuera juzgado

por los mismos, salvo que la extradición no fuera autorizada. Lo dispuesto en este apartado b) no será de aplicación cuando el Estado que ejerza su jurisdicción no esté dispuesto a llevar a cabo la investigación o no pueda realmente hacerlo, y así se valore por la Sala 2.^a del Tribunal Supremo, a la que elevará exposición razonada el Juez o Tribunal.

A fin de determinar si hay o no disposición a actuar en un asunto determinado, se examinará, teniendo en cuenta los principios de un proceso con las debidas garantías reconocidos por el Derecho Internacional, si se da una o varias de las siguientes circunstancias, según el caso:

a) Que el juicio ya haya estado o esté en marcha o que la decisión nacional haya sido adoptada con el propósito de sustraer a la persona de que se trate de su responsabilidad penal.

b) Que haya habido una demora injustificada en el juicio que, dadas las circunstancias, sea incompatible con la intención de hacer comparecer a la persona de que se trate ante la justicia.

c) Que el proceso no haya sido o no esté siendo sustanciado de manera independiente o imparcial y haya sido o esté siendo sustanciado de forma en que, dadas las circunstancias, sea incompatible con la intención de hacer comparecer a la persona de que se trate ante la justicia. A fin de determinar la incapacidad para investigar o enjuiciar en un asunto determinado, se examinará si el Estado, debido al colapso total o sustancial de su administración nacional de justicia o al hecho de que carece de ella, no puede hacer comparecer al acusado, no dispone de las pruebas y los testimonios necesarios o no está por otras razones en condiciones de llevar a cabo el juicio.»

«6. Los delitos a los que se refieren los apartados 3 y 4 solamente serán perseguibles en España previa interposición de querrela por el agraviado o por el Ministerio Fiscal.»

Dos. Se introduce un número 4.^o en el apartado 1 del artículo 57 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, con la siguiente redacción:

«4.^o De los demás asuntos que le atribuya esta Ley.»

Disposición transitoria única.

Las causas que en el momento de entrada en vigor de esta Ley se encuentren en tramitación por los delitos a los que se hace referencia en la misma quedarán sobreseídas hasta que no se acredite el cumplimiento de los requisitos establecidos en ella.

Disposición final única. Entrada en vigor.

La presente Ley Orgánica entrará en vigor el día siguiente al de su publicación en el

«Boletín Oficial del Estado». Por tanto, Mando a todos los españoles, particulares y autoridades, que guarden y hagan guardar esta ley orgánica.

Partiendo de los requisitos previstos anteriormente podemos ver como el legislador ha querido introducir condiciones diferentes para cada crimen internacional. Con la excepción de delitos como el terrorismo o la corrupción para los que se prevén requisitos más amplios y flexibles, se establece que el querellado tiene que tener la nacionalidad española, ser residente en dicho país o pueda ser localizado en España; este último requisito se contrapone a las obligaciones de perseguir los crímenes de guerra independientemente del lugar donde se cometen, nacionalidad de las víctimas y del victimario y también si los sujetos responsables no se encuentren en el territorio donde se presenta la querrela.

Las críticas a esta nueva formulación del artículo 23 no llegan solo del mundo académico; también asociaciones de jueces y fiscales se han puesto en contra de dicha norma en cuanto hay una clara disparidad de criterios que derivan de convenios internacionales firmados por España que podría, y ya en parte se está verificando, posibilitar soluciones judiciales dispares sobre la misma norma.

Como explica el Profesor Pigrau Solé (2014) en el *Blog del Institut Català Internacional Per la Pau*⁴⁷⁴, esta reforma, que se pretende aplicar también a los crímenes de guerra, obligaría a cerrar casos como el de José Couso muerto en Bagdad en el año 2003⁴⁷⁵, poniéndose de esta forma, manifiestamente en contra por lo previsto en los tratados de Ginebra de Derecho Humanitario de 1949.

⁴⁷⁴ Sobre este punto véase la pagina del blog: <http://blocs.gencat.cat/blocs/AppPHP/icip/2014/02/18/cap-a-la-supressio-de-la-jurisdiccio-universal-a-espanya-un-avis-sobre-el-futur-dels-drets-humanans-en-un-mon-que-va-perdent-els-principis-d%E2%80%99humanitat/>.

⁴⁷⁵ Este caso será objeto de estudio en el apartado 5.5 del quinto capítulo de la presente tesis.

En un acto de rebelión a la reforma, bajo la idea que el derecho interno no puede modificar o derogar el derecho internacional, en mayo 2014, el juez Pedraz que sigue el caso Couso ha afirmado que el IV Convenio de Ginebra obliga a España a perseguir el delito sea cual sea la nacionalidad de los autores y estén donde estén. Por lo tanto ha decidido no aplicar la nueva norma al proceso en curso debido al contraste que esta última crea con los tratados internacionales ratificados por España.

La previsión de requisitos específicos para cada delito internacional, que establecen criterios distintos de competencia de los jueces españoles para cada crimen, es considerado como claro ataque del Gobierno a las causas abiertas actualmente en los tribunales españoles, sobre todo si pensamos que la versión precedente del artículo establecía criterios iguales para cada delito. Esto además supone un tratamiento diferente que las víctimas reciben en función al delito que hayan sufrido.

Pero esto no es el único punto de la norma que es criticado. Se establece la imposibilidad de abrir los juicios por medio de la acción popular⁴⁷⁶ siendo ahora necesaria la querrela del Ministerio Fiscal o de las víctimas. Esto tendrá consecuencias disuasorias importantes porque comportará costos más elevados para las víctimas que tendrán que constituirse como partes en el procedimiento penal (Pigrau Solé 2014), sin olvidarnos que favorece la impunidad. De hecho, si miramos cuantas causas han sido abiertas por querrela del Ministerio Fiscal podemos fácilmente entender que dejados en su manos, muchos crímenes se quedarían en el olvido total, ya que no se han abierto nunca de oficio en España causas relativas a los crímenes internacionales.

De igual forma, no podemos olvidarnos el hecho que, sobre todo en relación a los delitos de natura sexual o en contra de la integridad física como la ablación genital

⁴⁷⁶ Raúl Maíllo (2014) hace un atento análisis de la situación creada con la reforma en una entrevista hecha por Rights International Spain sobre: La mutilación de la acción popular en la reforma del Gobierno. La entrevista se puede encontrar en la siguiente pagina web: <http://www.youtube.com/watch?v=zIg3dY2Cn64&feature=youtu.be>.

femenina, las víctimas podrían sentirse amenazadas o avergonzadas, cosa que impediría la presentación de muchas querellas; mientras que en otros delitos como el de lesa humanidad, genocidio o tortura, las víctimas podrían ser más vulnerables y sentirse amenazadas de posibles repercusiones para ellos o sus familiares en ejercitar acción contra a miembros de Gobiernos o jefes militares.

Se restringe así el derecho previsto en nuestra Constitución para la defensa de intereses colectivos legítimos y que ha sido esencial en la lucha contra la impunidad. Sin olvidar, por otro lado, que el Ministerio Fiscal, como regla general, se ha opuesto siempre a la apertura de este tipo de casos (Vicente Márquez y Chinchón Álvarez, 2014⁴⁷⁷).

Como explica en diferentes ocasiones Esteve Moltó, la disposición más dañina a los juicios todavía pendientes delante de la Audiencia Nacional es la Disposición Transitoria Única que, no teniendo en cuenta la vulneración del principio constitucional de la división de poderes, prevé que las causas pendientes deban ser sobreseídas hasta la acreditación de los requisitos previstos por esta ley.

Las organizaciones internacionales y nacionales en protección de Derechos Humanos como *Rights International Spain*⁴⁷⁸ afirman que la imposición de archivar causas choca con el principio de independencia de los órganos judiciales nacionales.

La cuestión que se abre entonces, sobre todo en el caso de las víctimas españolas, es la compatibilidad de dicho sobreseimiento con el derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 24 de la Constitución y con los estándares internacionales de derechos humanos en materia de proceso debido. Será interesante ver qué dice el Tribunal Constitucional al respecto, si este tema llega

⁴⁷⁷ De esta forma se han expresado Lydia Vicente Márquez y Javier Chinchón Álvarez en el artículo sobre la nueva reforma de la jurisdicción universal 'made in Spain' en El Diario, el 27 de enero de 2014. http://www.eldiario.es/contrapoder/jurisdicion_universal-crimenes_contra_la_humanidad-derechos_humanos_6_222637751.html.

⁴⁷⁸ Esta es la postura expresada por Lydia Vicente Márquez, directora ejecutiva de *Rights International Spain*, en el documental sobre la justicia universal, Artículo 23 capítulo primero, de Público Tv. En este documental se aborda la reforma llevada a cabo en marzo 2014, con la que se ha limitado severamente el principio de justicia universal en España y que lamentablemente ha afectando a más de una decena de casos abiertos en la Audiencia Nacional: <http://www.publico.es/publico-tv/program/67/video/185549/1-la-justicia-universal>.

a su conocimiento por vía de cuestión de inconstitucionalidad o de recurso de amparo (Alija, 2014).

4.5.2 Las repercusiones internacionales de la reforma

Seguramente hay que tener en cuenta los importantes efectos que a nivel nacional esta reforma supone, sobre todo en cuanto a los juicios pendientes y futuros basados en el principio de jurisdicción universal. Este tema será profundizado a lo largo del próximo capítulo de esta tesis cuando se estudiarán los casos actualmente llevados por la Audiencia Nacional y se reflexionará sobre el futuro ejercicio de esta jurisdicción.

En este momento nos gustaría poner la atención sobre lo que supone esta reforma a nivel internacional. Además de afectar los intereses propios de las víctimas y con ellos de la humanidad en su conjunto, este cambio supone un retroceso en todo el sistema de represión de los crímenes internacionales bajo el principio de jurisdicción universal y plantea fuertes dudas sobre la naturaleza del propio principio.

Como hemos afirmado en el segundo capítulo de esta tesis, la *praxis* y la *opinio juris* de los Estados influyen sobre la existencia y bajo que condiciones de las normas internacionales consuetudinarias, como es el principio de jurisdicción universal. Praxis contrarias, también si en el inmediato no llegan a crear nuevas normas internacionales, pueden llevar a la demolición de las normas existentes. En otras palabras, a través de ellas lo que se ve afectado es la *opinio juris* sobre la necesidad que la norma se quede de una cierta forma, lo que presume una vulneración del consenso dado por los Estados y que nos lleva a preguntar en qué medida afecta la existencia de dicha norma.

Hablando de la sentencia Nicaragua contra Estados Unidos, Tanzi (2013: 94) afirma: «la formazione di una nuova consuetudine spesso coincide con il mutamento di una

consuetudine precedente nella stessa materia⁴⁷⁹» Sigue el autor centrando su discurso sobre los efectos negativos de *praxis* contrarias: «A questo proposito, nel brano citato la Corte riconosce que dalla violazione di una regola possa scaturire un indebolimento della stessa tale da poter condurre alla sua abrogazione alla formazione di una nuova regola consuetudinaria nella stessa materia⁴⁸⁰» .

Obviamente la existencia de *praxis* contrarias o violaciones sobre normas consuetudinarias existentes no significa que estas últimas dejen de existir o se creen nuevas reglas, esto en cuanto la *opinio juris* continua existiendo. Así lo señala Higgins (1995: 22)

The reason that the prohibition on torture continues to be a requirement of customary international law, even though widely abused, is not because it has a higher normative status that allows us to ignore the abuse, but because *opinio juris* as to its normative status continues to exist. No state, not even a state that tortures, believes that the international law prohibition is undesirable and that it is not bound by the prohibition. A new norm cannot emerge without both practice and *opinio juris*; and an existing norm does not die without the great majority of states engaging in both a contrary practice and withdrawing their *opinio juris*⁴⁸¹.

¿Qué pasa cuando a la *praxis* de un Estado demuestra la falta de *opinio juris* sobre la necesidad de mantener intacta la norma consuetudinaria? Del razonamiento jurídico que está detrás de las modificaciones introducidas en el ordenamiento español está la idea de no considerar la jurisdicción universal como instrumento indispensable para la persecución de los crímenes internacionales que además resultan ser de competencia de una Corte

⁴⁷⁹ Traducción: La formación de una nueva norma consuetudinaria suele coincidir con el cambio de una norma consuetudinaria existente.

⁴⁸⁰ Traducción: A este respecto, en el pasaje citado la Corte reconoce que de la violación de una regla pueda derivar un debilitamiento de la misma que podría conducir a su abrogación o a la formulación de una nueva regla consuetudinaria en la misma materia.

⁴⁸¹ Traducción: La razón de que la prohibición de la tortura sigue siendo un requerimiento del derecho internacional consuetudinario, a pesar de que se viole, no es porque tiene un estatuto normativo superior que nos permite ignorar el abuso, sino porque la *opinio juris* en cuanto a su estatus normativo sigue existiendo. Ningún estado, ni siquiera un Estado que tortura, considera que la prohibición del derecho internacional no es deseable y que no está obligado a la prohibición. Una nueva norma no puede surgir sin la práctica y la *opinio juris*; y una norma existente no puede morir sin la gran mayoría de los Estados que participan en práctica contraria y retiran sus *opinio juris*.

Penal Internacional en cuyo Estatuto España es parte.

Cabe recordar que en el año 2003, a través de la Ley Orgánica número 18, de dudosas intenciones, el principio de complementariedad introducido cambió el orden de primacía sobre determinados delitos internacionales, atribuyendo a la Corte Penal Internacional la primacía absoluta sobre dichos actos también en los casos en que los tribunales nacionales serían competentes bajo el principio de jurisdicción universal. Esto, como explica en diferentes momentos Elías Esteve (2014)⁴⁸², «resulta ser diametralmente opuesto a lo que prevé el mismo Estatuto de Roma». Si a esto agregamos las reformas de 2009 y de 2014, es clara la voluntad del Gobierno Español de liberarse de asuntos que “no le pertenecen” no reconociendo como necesidad el dar a las víctimas internacionales un foro donde hacer valer sus pretensiones, necesidad que había sido aceptada universalmente por la Comunidad Internacional.

Esto nos hace replantear en territorio español el sistema internacional existente de persecución de las graves violaciones a los Derechos Humanos y a considerar con ello la jurisdicción universal como remedio último, excepcional y bajo condiciones que difícilmente pueden ser cumplidas. Debido a los efectos que esto genera, no se pueden ocultar las preocupaciones existentes hoy en día sobre las repercusiones que dichas *praxis* puedan tener a nivel internacional, sobre todo cómo puede influenciar las normativas de otros países⁴⁸³ sobre este punto y qué cambios puede generar en la concepción que teníamos de la norma internacional de justicia universal; considerando lo que pasó con las

⁴⁸² Artículo en el Diario el País, «Crónica de una impunidad anunciada». Para más información véase la página web: http://elpais.com/elpais/2014/02/11/planeta_futuro/1392113038_599851.htm.

⁴⁸³ Como afirma Alan Cantos, director del Comité de Apoyo al Tíbet, en una entrevista hecha en enero de 2014: «No se trata solo del Tíbet, hay una preocupación por el efecto dominó y que otros países también comiencen a restringir la jurisdicción universal». El mismo sigue explicando que hasta ahora España había representado una esperanza para las víctimas tibetanas esto en cuanto solo en este país las víctimas habían logrado que la justicia moviera sus maquinarias para empezar las investigaciones sobre los delitos cometidos en Tíbet. De hecho el mismo recuerda como la Corte Penal Internacional sólo puede intervenir en los casos en que los delitos se verifiquen en un Estado parte de su Estatuto y con posterioridad a su creación en el año 2002.

modificaciones previstas por la legislación belga⁴⁸⁴, después de las cuales resultó difícil continuar a pesar la existencia de una jurisdicción universal pura, tenemos que enfrentarnos a las consecuencias que esta nueva norma supone el debilitamiento del principio de justicia universal.

Además, si pensamos a los efectos que la *praxis* tiene en cuanto a la modificación y generación de normas consuetudinarias que pueden llevar a la creación de normas convencionales sobre una determinada materia, de la misma forma en que las normas de *soft law* ejercen funciones de reconocimiento, codificación o generación de normas consuetudinarias⁴⁸⁵, es fácil entender como las *praxis* negativas pueden cristalizar lo que en un determinado momento histórico es el convencimiento de los Estados sobre los requisitos y la aplicación de determinadas normas internacionales.

De hecho, la *opinio juris*, antes ampliamente difundida relativa a la necesidad de persecución de crímenes allá donde sea e independientemente de la nacionalidad de las víctimas y del victimario, empieza a vacilar cuando hay prácticas estatales continuas y estables que demuestran la no voluntad de mantener las mismas reglas de juego sobre determinadas normas.

Estos discursos dejan de ser mera teoría en el momento en que pensamos, por ejemplo, al hecho de que a raíz de la Ley Orgánica 1 de 2014 o casualmente en un momento temporal muy cercano a dicha norma, la Asamblea de las Naciones Unidas puso en su agenda la discusión del principio y de su aplicación. Al igual que en octubre de

⁴⁸⁴ Sobre este aspecto véase el tercer capítulo de este trabajo, apartado 3.7.4.

⁴⁸⁵ Como expone el profesor Tanzi (2013), analizando la relación entre normas de *soft law* y costumbres: «il rapporto tra gli strumenti in esame e la consuetudine si pone negli stessi termini indicati dalla Corte Internazionale di Giustizia nella citata sentenza del 1969 sulla *delimitazione della piattaforma continentale del Mare del Nord*, con riferimento ai rapporti tra convenzioni di codificazione e consuetudine». Traducción: «la relación entre los mecanismos en examen y la costumbre se pone en los mismos términos indicados por la Corte Internacional de Justicia en la mencionada sentencia de 1969 sobre la delimitación de la plataforma continental del Mar del Norte, en referencia a las relaciones entre convenciones de codificación y costumbres»

2011⁴⁸⁶, la Asamblea quiere abrir el dialogo entre los delegados nacionales sobre el futuro del principio en examen y su aplicabilidad poniendo el acento sobre las diferentes y contradictorias prácticas estatales de los últimos años y que han levantado numerosas críticas a nivel internacional.

4.6 ¿Sigue existiendo una justicia universal?

Es evidente que el principio de jurisdicción universal se encuentra en crisis tanto a nivel internacional como nacional. La génesis de la misma reside esencialmente en la ausencia de una determinación clara y precisa del significado y alcance de dicho principio a nivel internacional. Una clara manifestación de lo anterior está representada por la ley de reforma española en este tema.

El Profesor Santos Vara afirma que el ejercicio de una jurisdicción penal de forma extraterritorial constituye una *vexata quaestio* del derecho internacional, esto en cuanto todavía sigue siendo caracterizada por su complejidad y por la existencia de diferentes problemáticas relativas a su aplicación y a los criterios y límites que encuentra que no han

⁴⁸⁶ En la reunión del Sexto Comité de la Asamblea General de las Naciones Unidas sobre: PRINCIPLE OF 'UNIVERSAL JURISDICTION' AGAIN DIVIDES ASSEMBLY'S LEGAL COMMITTEE DELEGATES; FURTHER GUIDANCE SOUGHT FROM INTERNATIONAL LAW COMMISSION, las posturas de los delegados nacionales han sido contradictorias sobre los elementos y criterios en las prácticas estatales de aplicación del principio de jurisdicción universal. Aunque hay que recordar que casi todos los delegados concordaron sobre la necesidad de una regulación más clara y unívoca a nivel internacional del principio. Debido a la incertidumbre de los criterios y sobre todo de los límites aplicables, los tribunales estatales han tenido el arduo papel de determinar la prevalencia y bajo qué condiciones de los tratados internacionales relativos a la persecución de los crímenes internacionales, enfrentándose a los problemas derivados de la aplicación de otros principios internacionales como el de soberanía o de las inmunidades lo que ha llevado a una aplicación diferencial del principio de jurisdicción universal. Por lo tanto los delegados auspiciaron tener en futuro una regulación internacional apta a resolver las dudas y la incertidumbres que rodean dicho principio. «While States had different opinions about the practice, Spain's representative observed, there was no common understanding of the circumstances and conditions of its application. He welcomed both the future work of the newly-established Working Group and the work of the International Law Commission, which had already begun studying this complex principle and the myriad of related issues». Traducción: «Si bien los Estados tienen diferentes opiniones acerca de la práctica, el representante de España observó, no había un entendimiento común sobre las circunstancias y las condiciones de su aplicación. Auspicia por tanto el futuro trabajo del recién establecido Grupo de Trabajo y de la Comisión de Derecho Internacional, que ya habían comenzado a estudiar este principio complejo y la gran cantidad de temas relacionados. Sobre este tema véase la pagina web: <http://www.un.org/News/Press/docs/2011/gal3415.doc.htm>.

sido resueltos ni por el derecho internacional ni por las legislaciones nacionales de los Estados que, como España, se han ocupado de esta temática.

Sin embargo, la convergencia en el tiempo de diversas decisiones judiciales de los tribunales internos de varios Estados que avalan la aplicación del principio de jurisdicción universal para el enjuiciamiento de las más graves violaciones de los derechos humanos, entre los que se encuentran los españoles, junto con la creación del Tribunal Penal Internacional han contribuido a dotar al tema una gran actualidad (Santos Vara, 2006: 1).

Ya en 2004, la Profesora Blanco Cordero explicaba como este principio había sido objeto de interpretaciones cada vez más restrictivas por parte de los Estados y su principal preocupación se situaba en el hecho que con una aplicación restrictiva se podrían provocar consecuencias negativas a la hora de perseguir los crímenes internacionales y dejar impune a los responsables de dichos actos.

Pasados diez años de esta afirmación, las preocupaciones e inquietudes aumentan. Las prácticas estatales en esta materia no ha sido, en la última década, siempre lineales sino desordenadas y caracterizadas por decisiones diferentes tanto sobre los elementos que constituyen la base de este principio como en lo relativo a la evaluación de la norma que prevé esta jurisdicción con otras normas internacionales y nacionales que otorgan inmunidades, amnistías e indultos.

Como hemos visto en los apartados precedentes, España ha sido y es, hasta ahora, un referente por otros países en cuestiones de justicia internacional y universal tanto por los procesos empezados en los últimos años, como por los efectos que estos últimos han tenido en otros países, sobre todo en aquellos en los que se cometieron los crímenes; véase el caso *Guatemala*, tratado en el quinto capítulo de esta tesis, donde después de muchas reivindicaciones por parte de las víctimas y del proceso abierto en España sobre la base de la jurisdicción universal, las autoridades guatemaltecas decidieron colaborar con la justicia y empezar procedimientos a daño de los autores de crímenes internacionales. En un paso

seguramente adelante para la construcción de una justicia global.

A través de la Ley Orgánica 1 de 2009, el legislador creó un sistema normativo que intentó bloquear o influenciar de manera negativa sobre la posibilidad de abrir juicios por crímenes internacionales cometidos por extranjeros en España, introduciendo el requisito de la nacionalidad de la víctima o de la vinculación del caso con el territorio español. Bloquear o simplemente limitar la utilización de esta jurisdicción poniendo algunos criterios ulteriores que ligan el crimen cometido con el territorio que procede al juicio: España. Debido a esto, tenemos que constatar que se produjo un proceso que supuso un retroceso del principio de jurisdicción universal en el propio país que se había hecho portavoz de la lucha a la impunidad.

Vidal Martín (2009: 32), Investigador sobre Derechos Humanos y justicia internacional en la Fundación para las Relaciones Internacionales y el Diálogo Exterior (FRIDE) de Madrid, en un artículo de protesta contra la reforma de la Ley Orgánica sobre el poder judicial, explicó que: «Si el sistema judicial español se ha convertido en un referente en la lucha contra la impunidad, ha sido precisamente porque ha actuado en varias causas donde no existía una vinculación directa con España y, en especial, porque no existía ningún interés económico directo». El autor sigue sustentando que: «el Gobierno únicamente se ha visto amenazado por posibles problemas diplomáticos cuando se trata de Estados Unidos, China e Israel. En cambio, no propuso ninguna enmienda a la ley mientras las causas se dirigían a Ruanda, Chile o Marruecos».

A pesar de lo dicho, el golpe más fuerte y que encamina el Estado español a la demolición total del principio de jurisdicción universal en su territorio, está representado por la última reforma de 2014. De hecho no cabe duda de que la clara intención del legislador es poner fin a una tipología de jurisdicción que ha puesto en peligro las relaciones económicas y diplomáticas de España con otros países.

No podemos olvidar que también esta norma llega tras la indignación formal de autoridades chinas, estadounidenses e israelíes debido que las causas abiertas contra ellos no se habían podido cerrar tras la reforma de 2009. Ahora la introducción de criterios *ad hoc* por cada crimen internacional tomado en consideración y la eliminación la posibilidad de abrir procedimiento a través de la acción popular, están encaminados a cerrar definitivamente dichos casos y con ellos a restablecer las relaciones y amistades con dichos países.

Si por un lado no es seguro que la reforma rebaje la intensidad de la discusión sobre la legitimidad de la extensión de la competencia jurisdiccional para el enjuiciamiento de delitos contra la comunidad internacional cometidos en cualquier parte del mundo, por el otro no podemos olvidarnos del efecto dominó que podría tener sobre las legislaciones de otros países y sobre los debates internacionales relativos al establecimiento de nuevos parámetros para ajustar el principio de jurisdicción universal a las prácticas estatales.

Con lo anterior debemos reflexionar sobre el hecho de que quizás tras la reforma nos estamos alejando, de forma irreversible, de un concepto de jurisdicción verdaderamente universal y preguntarnos hasta que punto esto pueda influenciar las prácticas legislativas de otros Estados relativa la protección de los Derechos Humanos y la persecución eficaz de los crímenes internacionales.

Morillas Fernández (2012, 617) después de la reforma de 2009 se preguntaba los efectos que dichos cambios suponían en España. En particular reflexionaba sobre el entendimiento de que limitar u obstaculizar la jurisdicción universal tiene como consecuencia la pérdida de aquellos aspectos y características de universalidad:

Tras la reforma operada en el artículo 23.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial en virtud de la Ley Orgánica 1/2009, de 3 de noviembre, no cabe hablar de principio de justicia universal en el orden jurídico español, debiendo buscar otra terminología para referirse a lo ahí contemplado. Quizás una que se aproxime a su nuevo contenido sea «principio de justicia nacional» en tanto se

restringe la aplicación genérica a los casos en los que se establezca un vínculo de unión con España, permaneciendo ajenos a los delitos externos o sin el citado nexo, independientemente de su lesividad o atrocidad, algo que vulnera, a todas luces, el espíritu de la justicia universal y la solidaridad que los Estados deben tener con otros ciudadanos que sufren o padecen vulneraciones de sus derechos más elementales.

A esto podemos agregar que los nuevos requisitos previstos en la última reforma de nacionalidad de los responsables o el hecho que estos últimos residan en España o allí se encuentren, demuestran que estamos frente a una jurisdicción sobre determinados delitos previstos y disciplinados en el mismo artículo; jurisdicción seguramente nueva, pero que de universal tiene solo el nombre.

4.7 Conclusiones capítulo

Como explica el Profesor Manuel Ollé Sesé (2010) hablando sobre la contribución de la justicia universal española en los últimos veinte años, el ejercicio de esta tipología de justicia había mostrado al mundo entero que era posible enfrentarse a la cultura de la impunidad:

En la actualidad, a pesar de los diferentes escenarios de realización de justicia penal internacional (Corte Penal Internacional, Tribunales ad hoc y tribunales mixtos) para exigir responsabilidades penales individuales por la comisión de los más graves crímenes internacionales, han sido los órganos judiciales de determinados estados, como los españoles, los que, en aplicación del principio de jurisdicción universal, han demostrado que es posible combatir, desde la legalidad interna e internacional, la férrea cultura de la impunidad (Ollé Sesé, 2010: 5).

A través de la Ley Orgánica número 6 de 1985 han sido interpuestas en este país diferentes denuncias por crímenes internacionales y especialmente por los delitos

cometidos en América Latina, como el caso *Guatemala* o los crímenes cometidos bajo la dictadura argentina entre los años 1976 y 1983. De hecho es por el trámite de esta tipología de jurisdicción se han podido abrir varios juicios en contra de jefes militares o de sujetos ligados a un gobierno que han perpetrado, en el interior de sus países, crímenes internacionales como genocidio, torturas, crímenes de lesa humanidad y muchas otras violaciones graves a los Derechos Humanos y se han abierto procesos judiciales desafiando los mecanismos de impunidad previstos en otros países donde se cometieron los crímenes.

Concordando con lo dicho por Bujosa Vadell (2009), cuando nos enfrentamos a crímenes calificados como internacionales, es decir genocidio, lesa humanidad, de guerra o terrorismo, los mandatarios resultan estar involucrados con los aparados gubernamentales estatales, y los crímenes son cometidos mediante el apoyo o la participación de miembros del Gobierno o de las fuerzas armadas. La *ratio* del principio de jurisdicción universal es exactamente la de terminar con la impunidad que estos sujetos han tenido y tienen en el interior de su propio país.

La lucha contra la impunidad llegó a ser un deber de lealtad y solidaridad hacia la Comunidad Internacional (Jesús María Silva Sánchez, 2009), del cual se desprendió la obligación general de proteger los intereses propios de esta última. Este deber de solidaridad a favor de intereses comunes en protección de aquellos derechos considerados como fundamentales, debería tener como consecuencia el entendimiento del principio de jurisdicción universal como deber internacional; es decir, entenderlo como obligación *erga omnes* derivada de las normas de *jus cogens* como las que prohíben la tortura, el genocidio o los crímenes de guerra.

Siguiendo este razonamiento, la asunción, o el establecimiento de límites o restricciones a dicho deber, generaría una responsabilidad internacional de los Estados, que de hecho limitan u obstaculizan con ello el cumplimiento de las otras obligaciones, de

verdad, justicia y reparación, previstas en las mencionadas normas de *jus cogens*.

Sin embargo, como explica Silva Sánchez (2009), las fuentes de Derecho Internacional, no consideran el principio de persecución extraterritorial ilimitada cual deber y por ello no se habla de responsabilidad internacional de los países que lo rechazan o lo limitan. No cabe duda de que sería un paso importante y necesario reconocer que el carácter de *jus cogens* de normas internacionales como la que por ejemplo prohíbe los actos de tortura, se extienda también a las formas de actuar su persecución tanto a nivel internacional como nacional, reconociendo la obligación general sobre los Estados de garantizar un *foro necessitatis* para las víctimas, tanto desde una perspectiva penal, en la determinación de las responsabilidades y restablecimiento de la verdad, como civil, para la indemnización de los daños sufridos.

En este capítulo la intención de quien escribe ha sido la de mostrar la evolución del principio de justicia universal en el ordenamiento español y al mismo tiempo abordar la cuestión relativa a las repercusiones que las limitaciones previstas por el legislador español crean en lo relativo a la posibilidad de modificar o debilitar el principio a nivel internacional y los efectos dominó sobre otros países que podrían modificar de igual forma su propia legislación en materia. Lógicamente, solo analizando el desarrollo sucesivo que el principio de jurisdicción penal universal tendrá en la legislación y jurisprudencia de otros países⁴⁸⁷, podremos valorar como la reforma española ha influido en ello y ha determinado un punto de no regreso, de cierre a la posibilidad de una persecución de crímenes internacionales que sea verdaderamente universal, es decir, basada únicamente en la naturaleza del crimen y tendiente a proteger los intereses colectivos de la comunidad de Estados y no intereses particulares de un país.

En palabras de Carmen Pérez González, reproducidas por Montserrat Abad

⁴⁸⁷ Si la luz de la justicia emprendida por España se está apagando, hay otros Estados que están tomando el relevo; la querrela Argentina, sobre los crímenes cometidos durante la dictadura en España, es un óptimo ejemplo de lo dicho. Véase el apartado 3.7.16 del tercer capítulo de esta tesis.

Castelos (2012: 88):

Sólo una acción concentrada de un número significativo de Estados de la Comunidad Internacional podría aliviar la ‘carga’ política que las acciones unilaterales suponen de hecho para aquellos estados que se deciden a incorporar o mantener el principio de jurisdicción universal en sus legislaciones, sin introducir ningún tipo de contrapeso de naturaleza política en relación con su aplicación.

Lamentable e independientemente de lo dicho, quien escribe está convencida que estamos frente a retroceso en la defensa de los Derechos Humanos. Limitar o ligar esta tipología de jurisdicción en el país que procede a los juicios, hace que se pierda el verdadero significado de su universalidad. Un paso atrás en cuanto la jurisdicción universal, consagrada como hemos visto en numerosos convenios y tratados internacionales sobre la protección de los Derechos Humanos, resulta ser un instrumento complementario de lucha contra la impunidad, es decir, un medio para lograr la rendición de cuentas e impedir que queden impunes los responsables de crímenes de derecho internacional. Un mecanismo que en muchos casos resulta ser el único remedio judicial que las víctimas poseen para restablecer la justicia y la verdad por los crímenes que han sufrido. Este remedio sirve y contribuye a fortalecer la protección de los Derechos Humanos y por lo tanto tiene una importante relevancia para la Humanidad en su conjunto.

QUINTO CAPÍTULO

La lucha contra la impunidad de los tribunales españoles

La convicción de no encontrar un sólo lugar de la tierra donde los crímenes reales sean perdonados debe ser el camino más eficaz para prevenirlos.
(Cesare Beccaria, 1764)

5.1 Introducción

El modelo de justicia universal profundizado a lo largo del tercer y cuarto capítulo de esta tesis, poniendo de manifiesto las experiencias estatales que han contribuido a enriquecer el debate sobre el futuro desarrollo de las normas y jurisprudencia nacional y internacional sobre esta materia, nos muestra como el fundamento de esta justicia se encuentra en la idea de enfrentarse de forma eficaz a la impunidad y no permitir la creación de espacios, países refugio para quien cometa un crimen internacional como genocidio, o tortura.

Como afirma García Arán (2000: 64 y sucesivas), el principio de justicia universal supone un paso más respecto la mera cooperación entre los Estados para la persecución de los delitos; un paso destinado a compensar los límites de la actuación territorial de los Estados. De esta forma la jurisdicción universal constituye un punto de conexión entre la soberanía estatal y las normas de Derecho Internacional cuando se lesionan determinados bienes jurídicos reconocidos por toda la Comunidad Internacional y en cuya protección el Estado se encuentra interesado como miembro de esta última. De hecho los jueces, bajo el ejercicio de esta tipología de jurisdicción, se hacen eco de los valores universalmente

protegidos sin perder de vista el objetivo principal que es la justicia y reparación para las víctimas.

Además de esto, como afirma Pigrau Solé (2009: 142), aplicar el principio de jurisdicción universal tiene una importante virtud, que podemos definir reacción en cadena, que ve involucrada la jurisdicción de otros países y en particular logra presionar de forma directa sobre todos los Estados con relación directa con el crimen⁴⁸⁸.

Una de las razones fundamentales por las cuales se ha desarrollado un derecho internacional, con carácter obligatorio (*ius cogens*) para reprimir los crímenes contra la Humanidad, ha sido la dificultad para una persecución de esos crímenes a través de jurisdicciones nacionales. Esto ha sido especialmente clamoroso en algunos Estados y durante algunas épocas recientes. Por ejemplo, en relación con Latinoamérica, aparecen países como Colombia, Perú, Bolivia, Chile o Argentina.[...] en Argentina y Chile, la impunidad se ha logrado a través de leyes específicas, en forma de amnistías y perdones, que incluso han hecho superflua la impunidad generada por la justicia militar. (López Garrido, 2000: 58-59)

Ahora bien, debido a la importancia que el ejercicio de esta tipología de jurisdicción supuso en el territorio español y después de haber analizado las normas que rigen este principio en España, ha llegado el momento de adentrarnos en el análisis de los casos más relevantes abiertos en dicho país a raíz de los primeros procesos sobre crímenes internacionales, cometidos en Chile y en Argentina, iniciados en los Juzgados Centrales de Instrucción número 5 y 6 de la Audiencia Nacional.

Es bien sabido que el artículo 23.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, número 6 de 1985, establece el principio de jurisdicción universal. Entre los crímenes reconocidos expresamente por dicho artículo encontramos: genocidio, terrorismo, lesa humanidad y cualquier otro que, según los tratados o convenios internacionales, los tribunales españoles

⁴⁸⁸ Sobre este aspecto, véase entre otros, Gil Gil (2006) sobre la jurisdicción de los tribunales españoles relativa a los crímenes de genocidio, contra la humanidad y de guerra.

deben poder conocer⁴⁸⁹. Como hemos visto a lo largo del capítulo cuarto de este elaborado, este artículo ha sido objeto de numerosos cambios derivados de la adaptación de la legislación española a las normas internacionales ratificadas de las cuales España es parte, como las que prevén la inclusión de nuevos crímenes no contemplados en la versión originaria de la norma, y por la voluntad del legislador de encontrar elementos de conexión de dichos actos con el territorio español.

Como es lógico, el análisis de los casos que serán objeto de estudio en este capítulo no puede alejarse de las consideraciones hechas en el cuarto capítulo de esta tesis debido a que las modificaciones introducidas en el año 2009 y 2014, han tenido y seguirán teniendo importantes implicaciones tanto en los casos pendientes de resolución como en los futuros basados en la jurisdicción universal.

Concluyo esta introducción a través de las palabras del profesor Esteve Moltó; si es verdad que las modificaciones legislativas están fundamentadas en salvaguardar los intereses del Estado español, ya sean diplomáticos, económicos o políticos, no deberíamos olvidarnos que estos intereses no pueden ser considerados superiores a aquellos internacionales, que hemos venido ratificando con la convención de la necesidad de salvaguardar bienes y valores comunes a todos los hombres, es decir intereses meritorios de tutela particular por la Comunidad Internacional en cuanto normas de *jus cogens*.

Para aquellos que ven en el efectivo ejercicio de la jurisdicción universal un peligro para los Estados o las relaciones diplomáticas, debe recordarse que estos crímenes universales están penalmente sancionados desde los juicios de los Tribunales de Nuremberg y que ya entonces, la prohibición de su comisión ha sido una norma de general aplicación para todos los Estados al ser una norma de *ius cogens*, y así pues a nadie debería sorprender su aplicación. (Esteve Moltó, 2008: 252).

⁴⁸⁹ «España, [...], es también uno de los Estados que, al amparo de la permisividad compensadora de las normas de Derecho internacional general, han hecho suyo el principio de persecución universal al establecer las bases de su jurisdicción penal sobre crímenes que ofenden gravemente derechos humanos primarios o perjudican intereses fundamentales de la comunidad internacional» (Remiro Brotóns, 2001: 94).

5.2 El caso *Pinochet*: Crimen de genocidio, tortura y terrorismo

Al estado actual, resulta innegable la importancia del caso Pinochet sobre todo por el debate jurídico levantado a su alrededor. Seguramente este asunto ha pasado a la Historia como el que de una cierta forma abrió el camino a la justicia universal y con ello a la lucha contra la impunidad delante de los tribunales españoles⁴⁹⁰.

La polémica surgida en la justicia española desde el auto de procesamiento del ya fallecido Pinochet, ha abierto un enconado debate sobre esta cuestión legal, que sin dudas, genera profundas repercusiones en la efectividad de los mecanismos de defensa de los Derechos Humanos en favor de las víctimas. Desde entonces la interpretación y aplicación del principio de jurisdicción universal ha sido entendida por unos, como un ejercicio de la justicia que debe a toda costa limitarse, por unos criterios como la conexión con un interés nacional, el principio de subsidiariedad y la aplicación de un *test de razonabilidad*, mientras que por otros han defendido que dichos condicionamientos contradicen el interés de la legislación internacional a la hora de combatirla impunidad (Esteve Moltó, 2008: 233-234).

A pesar que el principio de jurisdicción universal fue introducido en la legislación española en 1985 a través de la Ley Orgánica 6 de 1985, en el artículo 23.4, hasta 1996 este principio permaneció inutilizado, momento que la Unión Progresista de Fiscales de España presenta una denuncia penal en este país contra el general Augusto Pinochet y otros miembros de su junta, basada en los crímenes cometidos en Chile durante la dictadura que tuvo lugar entre 1973 y 1989. Como explica López Garrido (2000: 34): «esa denuncia, considerada entonces por muchos como utópica o ilusoria, tenía fuertes bases legales y morales».

En este año Francia, Bélgica y Suiza, presentaron de igual forma, denuncias

⁴⁹⁰ Sobre este aspecto véase Gil Gil (2006); la autora hace un recorrido de los primeros procesos abiertos en España por crímenes internacionales iniciados en los Juzgados Centrales de la Instrucción n.5 y 6 de la Audiencia Nacional relativos a los delitos perpetrados en Chile y Argentina, hasta los casos más recientes y problemáticos como el caso Guatemala, Couso o Tibet. De hecho, los procedimientos iniciados en 1998 han abierto las puertas a la presentación de otras denuncias por presuntos delitos de terrorismo, genocidio y tortura delante de los tribunales españoles.

basadas en estos hechos pero que habían afectado a ciudadanos de dichos países. En sustancia pedían abrir procedimientos penales y admitían sus competencias sobre los hechos ocurridos en Chile en base a un criterio de personalidad pasiva, en cuanto las víctimas también eran extranjeras con nacionalidades de uno de estos Estados. Por el contrario, en España, el magistrado que se ocupó del caso, el juez Baltasar Garzón, declaró que el tribunal español era competente para investigar los crímenes de genocidio y terrorismo, tomando no sólo en consideración la nacionalidades de las víctimas sino un interés más amplio de justicia que pertenece a toda la Humanidad. Como señaló el Ministerio Fiscal, así como fue recopilado en los comentarios a la documentación legislativa y jurisprudencial edición de 2010, sobre el artículo 23.4 de la LOPJ :

las reglas sobre la competencia jurisdiccional en materia penal contenidas en el art. 23.4 LOPJ tienen como finalidad evitar la impunidad, de modo que su aplicación y la de disposiciones similares de otros países puede tener como consecuencia la competencia concurrente de la jurisdicción penal de varios Estados, siendo en estos casos necesario interpretar y aplicar la legislación tomando en consideración no sólo el derecho de las partes acusadoras a la tutela judicial efectividad de sus derechos e intereses legítimos, sino también los derechos de las otras partes del proceso y particularmente la interdicción constitucional de no ser sometido a un proceso penal por los mismos hechos en más de una ocasión» (García y Choclan Montalvo; 2010 : 117).

Por lo tanto, el 16 de octubre de 1998, se emitió una orden de búsqueda y captura internacional contra Pinochet⁴⁹¹. Como se desprende del auto de detención⁴⁹² dictado a este personaje, Pinochet:

aparece como uno de los responsables máximos de la organización, y liderazgo,

⁴⁹¹ Cabe mencionar que parte de la doctrina española, entre otros Rodríguez Ramos (1999), se ha mostrado en contra de la extradición de error jurídico y político, pp.3-4. El mismo autor reafirma su postura: «La extravagante extradición de Pinochet», en *El Mundo*, de 9 de octubre de 1999, al señalar que el Convenio contra la Tortura, pese a atribuir la competencia por el principio de personalidad pasiva, no atribuye criterios de competencia distintos a los regulados por las leyes nacionales.

⁴⁹² Auto del juez Garzón solicitando la prisión provisional incondicional de Pinochet 18/10/1998, Juzgado Central de Instrucción, Audiencia Nacional n.5, Procedimiento sumario 19/97, terrorismo y genocidio: "operación Cóndor".

en coordinación con otros responsables militares o civiles de otros países, entre ellos, y, en forma principal Argentina, de la creación de una organización internacional, que concibió, desarrolló y ejecutó un plan sistemático de detenciones ilegales (secuestros), torturas, desplazamientos forzosos de personas, asesinatos y/o desaparición de numerosas personas, incluyendo ciudadanos de Argentina, España, Reino Unido, Estados Unidos, Chile y otros estados, en diferentes países con la finalidad de alcanzar los objetivos políticos y económicos de la conspiración, exterminar a la oposición política y otras personas por razones ideológicas, a partir de 1973 y que coincide en el tiempo con los acontecimientos similares acaecidos en Argentina partir de 1976 y 1983.

Siguiendo el razonamiento jurídico del mismo acto podemos ver como:

De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 23.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, la jurisdicción española es competente para tramitar el Procedimiento, tal como está establecido en los Autos de 28 de junio de 1996, 25 de marzo y 11 de mayo de 1998 y en el de 16 de octubre de 1998, de admisión de querrela. Por ello, y en atención a la gravedad de los hechos que se imputan y la situación del querrellado, que se encuentra fuera del alcance de la jurisdicción española, procede acordar la prisión provisional incondicional de AUGUSTO PINOCHET UGARTE, al amparo de lo dispuesto en los artículos 503, 504 y 539 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en relación a los preceptos penales citados, por lo que se librarán las correspondientes órdenes de búsqueda y captura internacionales para proceder a su detención a efectos de extradición.

La noche del 16 de octubre de 1998 la policía de Londres procedió a la detención del general Augusto Pinochet, sobre la base de esta orden de captura emitida por España. Todo esto teniendo siempre en cuenta el hecho de que en Chile en 1978, con la pretensión de dejar impunes las violaciones a los Derechos Humanos cometidas entre el 11 de septiembre de 1973 y el 10 de marzo de 1978, el gobierno militar del general Augusto Pinochet dictó una amnistía mediante el decreto número 2191, que no permitió juicios sobre los crímenes cometidos en aquellos años por parte de la junta militar.

De hecho, la Corte Suprema de Chile, dictada el 28 de agosto de 1990, declara

constitucional y de aplicación obligatoria por el Poder Judicial el citado "Decreto-Ley" No. 2191. Frente a la *House of Lords*, la defensa de Pinochet pidió reconocer la inmunidad del ex dictador, que en su país tenía el cargo de senador vitalicio, cargo que le otorgaba la más amplia inmunidad de la jurisdicción civil, penal y administrativa en Chile y fuera de este territorio. Finalmente la defensa pidió la inmediata excarcelación por parte de las autoridades inglesas y la no extradición a otro Estado. La *House of Lords*, por su parte, en dos ocasiones negó la inmunidad, en cuanto los actos de los que Pinochet había sido acusado, no entraban en los actos cubiertos por las inmunidades de los Jefes de Estado referentes a crímenes internacionales.

Tanto Inglaterra como Chile habían ratificado la Convención Contra el Crimen de Tortura, por la que se prevé que no se concederán inmunidades por estos actos y se procederá a la extradición para poder empezar los procedimientos. El 28 de octubre de 1998, la *High Court* reconoció que Pinochet no podría ser extraditado a España porque gozaba de inmunidad en los tribunales británicos, como condición de ex Jefe de Estado.

Reconociendo la inmunidad soberana, se decide por tanto no entrar a analizar la naturaleza de los delitos y su calidad o no de extraditables. «Los hechos imputados sucedieron cuando el acusado era Jefe del Estado. Por tanto ahora, en su actual condición de ex Jefe de Estado, le ampara la inmunidad». Esa decisión fue apelada inmediatamente por la Fiscalía inglesa ante el tribunal superior competente, que radica en la Cámara de los Lores.

Mientras tanto en España, en el Auto de la Sala de lo Penal de 5 de noviembre de 1998⁴⁹³ afirmaba la competencia española para enjuiciar a Augusto Pinochet por delitos de

⁴⁹³ Resolución del Pleno de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional confirmando la competencia de la Justicia española para perseguir delitos de genocidio, tortura y terrorismo cometidos en Chile, con los siguientes fundamentos: 1. El artículo 6 del Convenio contra el genocidio de 1948 impone la subsidiariedad de la actuación de jurisdicciones distintas de las allí previstas (la del país de comisión o la de un tribunal internacional) pero no impide que un estado parte pueda establecer su propia jurisdicción universal, con competencia extraterritorial, para la persecución de ese delito; 2. La aplicación de la norma

genocidio cometidos en Chile. En este Auto el pleno de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional declaró que el artículo 6 del Convenio sobre la prevención y sanción del crimen de Genocidio no excluye ninguna jurisdicción, incluida la universal y también si los actos de que el ex Jefe de Estado había sido acusado estaban cubiertos por amnistía en Chile.

Parece que en Derecho Internacional hay una tendencia en negar estos efectos a dichas leyes, como por ejemplo las decretadas en Chile y Argentina, cuando afecte a sujetos que presuntamente hayan cometido delitos que afecten a la Comunidad Internacional. En este sentido, se pronunció en España la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional en Auto de 5 de noviembre de 1998, en el Caso *Pinochet*, respecto del Decreto Ley chileno de amnistía de 1978, al considerarlo contrario al *ius cogens* y, por tanto, no puede impedir un enjuiciamiento de Augusto Pinochet por parte de las autoridades judiciales españolas (García Sanchez, 2004: 253).

Como explica García Arán (2000a: 87): «las leyes de amnistías no sólo no son un obstáculo a la competencia extraterritorial española sino que, *en tanto contienen renunciaciones a la jurisdicción proporcionan el genuino supuesto de hecho para que dicha competencia adquiera vigor y pueda ser ejercida*».

de jurisdicción (artículo 23.4 LOPJ) a hechos ocurridos antes de su existencia no viola el principio de legalidad penal (artículo 25 de la Constitución Española), puesto que no es una norma punitiva (no tipifica ni pena ninguna conducta) sino procesal; 3. La parte recurrente no discute que los hechos imputados en la causa consistan en muertes, detenciones ilegales y torturas por razones de depuración ideológica atribuidas a gobernantes y miembros de las fuerzas armadas o de seguridad actuando en la clandestinidad, ocurridos en Chile durante el régimen militar instaurado el 11 de setiembre de 1973; esos hechos sí son constitutivos de delito de genocidio, ya que el concepto legal de “grupo nacional, étnico, racial o religioso” debe ser interpretado en el sentido de “cualquier grupo humano diferenciado, caracterizado por algo”; 4. Esos hechos sí son, también, constitutivos del delito de terrorismo por reunir sus notas típicas: a) Banda armada con actuación clandestina (al margen de las funciones oficiales que ostentasen sus autores); b) Organización estable con cierta permanencia temporal; c) Tendente a producir inseguridad o miedo a un grupo o a la generalidad de la población; d) Alteradora del orden jurídico vigente en el país donde ocurre. 5. Es irrelevante jurídicamente si España tendría o no competencia para perseguir los delitos de tortura cometidos, dado que en todo caso formarían parte del delito de mayor entidad de genocidio o terrorismo; 6. No existe la falta de jurisdicción del artículo 23.2.c de la LOPJ (cosa juzgada) porque los cuatro procesos seguidos en Chile por la muerte de cuatro personas terminaron todos con sobreseimiento debido a una norma despenalizadora (amnistía de 1978), lo cual no equivale al caso del imputado absuelto o indultado en el extranjero; 7. Consideración final doble: España tiene jurisdicción universal sobre ciertos delitos establecida en su legislación interna. España “tiene también un interés legítimo en el ejercicio de esa jurisdicción, al ser más de cincuenta los españoles muertos o desaparecidos en Chile, víctimas de la represión denunciada en los autos”.

El 25 de Noviembre de 1998⁴⁹⁴, la *High Court* Revocó la decisión de 28 de octubre 1988⁴⁹⁵ por una sección de la Cámara de los Loes, por 3 votos frente a 2, con lo que puede continuar (con ciertas limitaciones) el proceso de extradición.

El 10 de diciembre de 1998, se emitió el auto de procesamiento⁴⁹⁶ contra Augusto Pinochet en el que la Audiencia Nacional concluyó que como norma de *jus cogens*, la prohibición y persecución del crimen de genocidio, cada Estado está obligado a su castigo con base al principio de jurisdicción universal y con exigencia de cooperación universal por todos frente a todos (obligación *erga omnes*).

Declarando nula la sentencia anterior, y si bien confirmando la falta de inmunidad de Pinochet, el 24 de marzo de 1999 un nuevo tribunal de la Cámara de los Loes, compuesto por siete miembros, decidió, por mayoría de 6 votos contra uno, que Pinochet solo podía ser objeto de la extradición los hechos consistentes en tortura, o conspiración para la tortura, cometidos a partir del 8 de diciembre de 1988. Por tanto, concluyendo la resolución judicial, «el procedimiento de extradición puede continuar si el Secretario del Interior lo considera apropiado»⁴⁹⁷.

⁴⁹⁴ Los argumentos a favor del rechazo de la inmunidad fueron explicados por Lord Nicholls of Birkenhead, Lord Steyn y Lord Hoffmann. Dicho rechazo se fundamentaba en la distinción de los actos cubiertos de inmunidad y los actos que, constituyendo crimen de tortura o de genocidio, no podían ser cubiertos por inmunidad en cuanto actos que no pueden considerarse como actos propios de un Jefe de Estado.

⁴⁹⁵ A favor de la inmunidad Lord Slynn y Lord Hadley argumentaron sus posiciones basadas en el *Immunity Act* de 1978, acta que establece impedimentos para iniciar una causa en contra de un Jefe de Estado extranjero y también en el caso de un ex Jefe de Estado que gozaría de inmunidad propia. Además de esto, Lord Slynn afirmó que ninguna de las Convenciones que prevé la persecución de uno de los crímenes de los que se ha sido acusado Pinochet contenía una disposición explícita apta para anular la inmunidad tradicional que el Derecho Internacional establece para un Jefe de Estado o ex Jefe de Estado.

⁴⁹⁶ Auto de Procesamiento 10.12.98 contra Augusto Pinochet Ugarte, Procedimiento: Sumario 19/97 Terrorismo y Genocidio. "OPERACIÓN CÓNDOR" JUZGADO CENTRAL DE INSTRUCCIÓN N.5 AUDIENCIA NACIONAL.

⁴⁹⁷ Los argumentos que fundamentan la resolución son diferentes en cada uno de los seis jueces. Su decisión final puede resumirse en tres puntos acordados: 1. De acuerdo con lo ya resuelto en diciembre de 1998 por el Ministro del Interior, se excluyen como objeto de la extradición los delitos de genocidio y terrorismo. 2. Se requiere doble perseguibilidad (tanto por el estado requirente como por el que extradita), referida no solo al momento de la extradición sino también al de comisión del hecho. Esa doble perseguibilidad no se cumplió hasta la entrada en vigor, el 29 de setiembre de 1988, de la *Criminal Justice Act*, que estableció la jurisdicción extraterritorial británica para enjuiciar delitos de tortura cometidos en el extranjero (No se exige, realmente, doble tipificación, sino doble "jurisdicción"). Por tanto, todos los delitos anteriores a esa fecha no son extraditables. 3. Se considera aplicable la inmunidad como ex jefe de estado a los delitos cometidos hasta el 8 de diciembre de 1988, fecha en el que Reino

Sin embargo, el 1 de marzo de 2000, con una decisión muy polémica, el Ministro del Interior británico decidió interrumpir el proceso de extradición a España al considerar que el acusado no se encontraba en condiciones de someterse a juicio. Por lo tanto decidía por la liberación inmediata del ex Jefe de Estado y su regreso a Chile. De esta forma, Pinochet pudo regresar a su país, donde murió en 2006.

Muchos años después de este caso, la doctrina internacional siguió preguntándose cómo poder superar los obstáculos legislativos y jurisprudenciales previstos por los Estados, para no repetir lo que pasó en el caso Pinochet y poder proceder a los juicios. Debemos mencionar que el caso fue problemático también a causa de otros elementos controvertidos como la calificación de los hechos como crimen de genocidio y si dicha calificación se hacía extensible a los grupos políticos⁴⁹⁸.

La Audiencia Nacional efectuó de nuevo una interpretación extensiva de la definición de genocidio, [...]. Asimismo se asegura que en Argentina y Chile no solo fueron eliminados grupos políticos, sino que otros opositores a la dictadura que no poseían filiación política alguna, también fueron suprimidos. Por ello se concluye que en el caso Argentina y Chile se produjo un “*autogenocidio*”, esto es, la destrucción parcial de un grupo nacional cometido por integrantes del mismo grupo y con unas motivaciones que podrían calificarse o no de políticas (Esteve Moltó, 2008: 242).

No obstante las muchas críticas y controversias que este caso ha suscitado, como explica Pigrau Solé (2009: 93), este asunto representa el origen de todas las otras denuncias presentadas a la Audiencia Nacional sobre la base del principio de jurisdicción universal contenido en la Ley Orgánica del Poder Judicial, artículo 23.4, n.6 de 1985; además de esto, es indudable su trascendencia internacional. Tenemos que recordar, como explicó el

Unido ratificó el Convenio contra la tortura. Esta fecha fue la finalmente fijada por la mayoría, si bien los fundamentos de la decisión eran distintos en unos jueces y otros, y, además, algunos consideraban que debería haberse fijado en el 30 de octubre de 1988, fecha de la ratificación del Convenio por parte de Chile.

⁴⁹⁸ Alicia Gil Gil (2006: 2): «Personalmente no estoy de acuerdo con la calificación jurídica de los hechos que en mi opinión no constituían genocidio o terrorismo sino crímenes contra la humanidad, y por otro lado la competencia por el delito de tortura es sumamente cuestionable».

juez Garzón⁴⁹⁹ (2014), que en tema de reparación, abrir procedimientos y en su caso procesar, también si no se llega a una sentencia de condena, significa reparar las víctimas de crímenes internacionales y con ello la Humanidad que se vio afectada por estos delitos.

Sin embargo, la condena y cumplimiento de pena de los responsables de graves crímenes de lesa humanidad en el marco de un procedimiento abierto con base en el principio de jurisdicción universal, no es el único criterio del que disponemos para medir el éxito de la aplicación de dicho principio en la lucha contra la impunidad. En muchas ocasiones, a pesar de no derivarse una sentencia condenatoria la mera apertura de una investigación en un Estado en virtud del principio de jurisdicción universal constituye en sí un medio eficaz de reparación de las víctimas que ven así reconocido su derecho a la verdad y la justicia, y además reaviva el sistema judicial del Estado donde sucedieron los hechos o cualquier otro Estado con jurisdicción, garantizando una acción efectiva contra la impunidad de los perpetradores (Garzón, 2014: 43).

Volviendo al caso Pinochet y la falta de condena:

Pinochet was never formally tried, and the crimes under his brutal regime remain unpunished. The political will within Chile to undertake such a trial and have a look at the atrocities committed in the past was too slow to build up. However, the Pinochet cases - since there were, in fact, several new developments between 2000 and 2006- brought about some positive changes⁵⁰⁰ (Bernaz y Rémy, 2010: 368).

⁴⁹⁹ Congreso Internacional sobre la Jurisdicción Universal, organizada por la Fundación Internacional Baltasar Garzón (FIBGAR), del 20 al 23 de mayo 2014, Madrid.

⁵⁰⁰ Traducción: Pinochet nunca fue juzgado formalmente, y los crímenes bajo su régimen brutal permanecen impunes. La voluntad política en Chile para llevar a cabo un ensayo de este tipo y echar un vistazo a las atrocidades cometidas en el pasado fue demasiado lento de construir. Sin embargo, los casos de Pinochet - ya que había, de hecho, varios de los nuevos acontecimientos ocurridos entre 2000 y 2006 - provocaron algunos cambios positivos.

5.2.1 Las repercusiones internacionales del caso Pinochet

Desde el punto jurídico, este asunto, que al principio se registró como un fracaso inicial de la justicia universal, había sido un punto de partida importante en el camino hacia la creación de esta tipología de justicia. Fue en este momento cuando se demostró claramente que la Comunidad Internacional no podía permitir la impunidad por los casos de graves violaciones de los Derechos Humanos.

Como afirma Abad Castelos (1998: 58-59), en relación al asunto Pinochet y al complicado camino de lucha de la Audiencia nacional en contra de la impunidad:

Dictar sentencias y alcanzar su ejecución significaría por supuesto, la satisfacción del derecho a la verdad, a la justicia y a la reparación de las víctimas. Pero un Auto de procesamiento constituiría también una inmensurable conquista [...] por su valor altamente simbólico, por su significado de sanción moral, por su potencial efecto contagioso en otros países [...].

Como explica Esteve Moltó (2008: 239), todas las resoluciones judiciales, sucesivas a dicho auto: «no sólo pusieron por primera vez en práctica el principio de jurisdicción universal, sino que la interpretación absoluta que se hizo del mismo a favor de las víctimas, animó a que otros casos de impunidad se presentaran ante la Audiencia Nacional». De hecho el Pigrau Solé (2005: 1064) afirma que el proceso a Pinochet nos deja un importante aprendizaje, en particular en lo que se refiere al conjunto de decisiones emitidas por los tribunales españoles y británicos y posteriormente por el desarrollo de la justicia en territorio chileno.

Todo esto que ha sucedido en poco más de un año ha convulsionado la historia de la humanidad y ha convulsionado, a la vez, el Estado de Derecho, la capacidad de la justicia y la dimensión moral de lo legal y lo jurídico (Garrido López, 2000: 39).

Es innegable el valor de dicho asunto sobre todo en el desarrollo sucesivo de las normas de Derecho penal internacional pero lo más rescatable es que la Comunidad

Internacional se haya encaminado a la lucha contra la impunidad para los crímenes más atroces. De hecho, la elaboración del Estatuto de Roma es hija de estos tiempos y también fundamentada en la necesidad de encontrar un foro competente en todos los casos en que los Estados sean incapaces o no quieran, cumplir sus obligaciones derivadas de las normas internacionales sobre la protección de los Derechos Humanos y prevención de los crímenes internacionales.

Si observamos a los avances que han ocurrido en Chile después de los acontecimientos judiciales sobre el caso Pinochet, podemos ver como también en este territorio las consecuencias no tardaron en llegar. Como afirma José Miguel Vivanco, director de la División de las Américas de *Human Rights Watch* (20 de mayo de 2014), durante el Congreso Internacional sobre la jurisdicción universal, en Chile asistimos a dos transiciones, la segunda de las cuales se ha concretizado en el momento de la detención de Pinochet en Londres.

En aquel momento histórico asistimos a un cambio en Chile en todos los sectores, desde la política hasta la sociedad civil y que ha influenciado el poder judicial en este territorio. Hay cambios en la interpretación del Tribunal Supremo sobre la ley de amnistía, interpretación que posteriormente llevó a la consecuencia de considerar los crímenes de desaparición forzada, que son delitos continuados e imprescriptibles, crímenes que pueden ser investigados y procesados en Chile. Finalmente podemos ver como a raíz de esta detención también el tema de los Derechos Humanos entraron en el debate político nacional y con ello en la agenda del Gobierno. «Algo parecido ocurrió en Chile que, aunque conservando su Decreto Ley de Amnistía, avanzó enormemente en la investigación y condena de los responsables de crímenes de derecho internacional cometidos durante la dictadura [...]»⁵⁰¹ (Garzón, 2014: 43).

⁵⁰¹ Este tema ha sido tratado por Brett (2008) en su obra sobre el efecto Pinochet a diez años de su encarcelación en Londres. El autor hace un recorrido de los casos abiertos en Chile y que llevaron al

Esto nos demuestra que la jurisdicción universal es una herramienta eficaz y necesaria en el proceso de lucha a la impunidad de las más atroces violaciones a los derechos humanos, pero también es un mecanismo útil que tiene importantes repercusiones en los procesos de cambio político y social de los países donde los hechos ocurrieron.

5.3 El caso de Adolfo Scilingo

Seguramente uno de los casos más discutidos por parte de la doctrina, española e internacional, así como por parte de la jurisprudencia, fue el caso que vio como protagonista al ex militar argentino Adolfo Scilingo. Los hechos imputados se enmarcan en la denominada «guerra sucia», en el plan de destrucción de los enemigos del alma argentina, y que se desarrollaron en Argentina entre los años 1976 y 1983 donde la dictadura militar empezó una importante represión contra la población civil.

En su condición de oficial de la Armada del Ejército argentino, Scilingo participó en diferentes conductas delictivas contra dichos «enemigos de la patria»; entre ellas se pueden mencionar torturas, detenciones ilegales, desapariciones forzadas, y otras derivadas del centro de detención de la Escuela de Mecánica de la Armada (ESMA). A testimonio de los debates abiertos podemos mencionar las sentencias con las que ha sido enjuiciado en España por crímenes cometidos en Argentina donde se pueden apreciar tres calificaciones distintas de los hechos, llevadas a cabo por diferentes órganos judiciales españoles.

Reconstruyendo el caso podemos ver que en 1996, el Juzgado Central de Instrucción n. 5 de la Audiencia Nacional decidió abrir las investigaciones sobre los españoles o las personas de origen español asesinadas o desaparecidas en Argentina entre los años 1976 a 1983. En 1997, después de haberse presentado voluntariamente a declarar

investigación y enjuiciamiento de los responsables de crímenes internacionales durante la dictadura de Pinochet.

ante el juez Garzón, Scilingo fue detenido y el juez dictó, como medida cautelar, el retiro del pasaporte. Tras la anulación de dicha medida por parte del Tribunal Constitucional, en julio de 2001 fue emitido un auto de prisión provisional incondicional.

Diez años después del primer acto, y después de la sentencia del Tribunal Supremo n.1262 de 2004 que confirmaba la competencia de la Audiencia Nacional para conocer los actos de genocidio, torturas y terrorismo imputados al ex-militar, la Audiencia le condenó a 640 años de prisión por los crímenes de lesa humanidad cometidos en Argentina, con sentencia, n.16 de 2005, en base al artículo 607-bis del Código Penal, entrado en vigor en 2004, sucesivamente a los hechos objeto de la sentencia, y en la que se afirma que los grandes crímenes internacionales generan responsabilidad individual penal y de ello se tienen que extraer una doble consecuencia: constituyen normas penales universales y fuentes de obligaciones penales individuales y determinan una excepción al principio de territorialidad a favor de la competencia universal⁵⁰².

Basándose en los siguientes argumentos, el Tribunal fundamentó el ejercicio de la jurisdicción española: primero, estableció la no prohibición del ejercicio de la jurisdicción universal en caso de crímenes en contra de la humanidad; segundo, afirmó el interés de la Comunidad Internacional, confirmado en la naturaleza consuetudinaria del delito, en perseguir y castigar los autores de dichos delitos y la no persecución en Argentina de los hechos; finalmente certificó la existencia de víctimas españolas.

Este pronunciamiento ha sido aclamado como una decisión histórica, que como explica Margalida Capellà i Roig (2005), rompe con la tradición monista española, en el sentido de re interpretar el principio de legalidad penal adaptando el Derecho español al Derecho internacional penal en materia de crímenes de Derecho Internacional, en este caso de lesa humanidad.

⁵⁰² Audiencia Nacional, Sala de lo Penal , Sentencia n.16 de 2005 del 19 de abril de 2005, Apartados 3 y 5.

De aquí surgen las primeras cuestiones jurídicas debido a que la ley penal española, cuando ocurrieron los hechos, reconocía la facultad de ejercer la jurisdicción universal en materia penal solo sobre determinados crímenes: genocidio y terrorismo. La Audiencia Nacional, para superar este obstáculo legislativo, aplicó directamente el Derecho Internacional estableciendo la contrariedad de los crímenes en contra de la humanidad al Derecho Internacional consuetudinario, pacíficamente aceptado por la Comunidad Internacional y que autoriza a los tribunales nacionales de sancionar estas conductas ilícitas.

Ahora bien, el problema levantado por este razonamiento surge en cuanto, como muchos autores explican entre ellos Conforti (2014), Pinzauti (2005) o Gil Gil (2005), esta norma no sería *self-executing*, siendo necesaria para su aplicación que el Estado la codifique en sus textos legales, respetando el principio de no retroactividad y de taxatividad de las normas penales, principios fundamentales en Derecho penal, y garantizados en España tanto en la Constitución como en el Código Penal donde se establece también el principio de *nullum crimen sine lege*. Como explica Alicia Gil Gil (2005: 5):

El principal problema de esta sentencia no radica, por tanto, en la calificación jurídica, que estimo correcta, sino en que una vez calificados como crímenes contra la humanidad se les aplica a hechos ocurridos hace treinta años un precepto, el art. 607 bis del Código penal español, que entró en vigor el 1 de octubre del 2004.

De esta forma, en el marco de las protecciones constitucionales y de los principios fundamentales de Derecho penal, para contestar al ex-militar crímenes de lesa humanidad el legislador habría tenido que codificar con anterioridad dichos actos como crímenes y establecer para ellos sanciones penales.

En contra, el juez español no consideró violar los principios antes mencionados en

cuanto de un lado, el principio de *nullum crimen sine lege*, tendría una formulación y aplicación diferente en ámbito nacional y en ámbito internacional. De hecho en la sentencia se sustenta la tesis que se tendría que interpretar de forma más flexible; como explica el profesor Pinzauti (2005: 746-747) que analiza la sentencia española, el tribunal utiliza este principio en un sentido más amplio; en otras palabras, incluyendo el Derecho Internacional consuetudinario que, como en el caso de los crímenes en contra de la humanidad, sería directamente eficaz en el ordenamiento español. Además:

al tratarse de la primera aplicación del art.607 bis CP en la práctica judicial española, en un caso sobre crímenes contra la humanidad cometidos antes de la incorporación de este artículo al Código, la Sala ha tenido que afrontar cuestiones referidas al principio de legalidad penal, en especial: tipicidad, certeza e irretroactividad de la norma aplicable. El fundamento jurídico principal en el caso Scilingo se basa en que la Sala está aplicando una norma internacional, además de interna, por lo que habrá que tener en cuenta tanto la naturaleza de la norma internacional que *prohíbe y criminaliza determinadas conductas como crímenes contra la humanidad (de ius cogens y con carácter erga omnes)*, como el *carácter general de estos crímenes*, que permite que tenga su propia dinámica formativa y evolutiva, así como su persecución universal. En opinión de la Sala, aunque el art. 607 bis CP sea una norma penal de derecho interno, incorpora mandatos o prohibiciones *preexistentes* de derecho internacional público [...]. En definitiva, la Audiencia Nacional acaba afirmando *el principio general de aplicabilidad del Derecho internacional respecto a la responsabilidad individual penal por crímenes contra la humanidad (y los de más grave trascendencia para la comunidad internacional) y a sus consecuencias* aplicables al presente caso (Capellà i Roig, 2005:6).

Pero este razonamiento tiene un fallo, de hecho:

En mi opinión la regulación del principio de legalidad en nuestro Derecho, que recoge un principio de legalidad férreo y estricto, impide aplicar directamente por los tribunales penales costumbres internacionales, ya que éstas no pueden responder a las exigencias tanto formales como materiales que nuestro ordenamiento atribuye a este principio, y por tanto tampoco se puede apelar la preexistencia de una costumbre internacional para justificar la aplicación

retroactiva de un precepto como ha hecho la AN en este caso (Gil Gil, 2005: 6)

Pasando a las otras cuestiones levantada en este caso, las principales objeciones a la sentencia han surgido en tema de calificación de los hechos delictivos esto en cuanto, contrariamente al Ministerio Fiscal, que consideró los hechos como constitutivos, alternativamente, de delitos de genocidio con terrorismo y de lesa humanidad con terrorismo, la Audiencia Nacional calificó los hechos como delitos de lesa humanidad, detenciones ilegales y de tortura, aplicando el artículo 607-bis del Código Penal español, conforme a la jurisprudencia de los tribunales penales internacionales y al Estatuto de la Corte Penal Internacional.

La calificación de los hechos como delitos de lesa humanidad me parece en cambio absolutamente correcta. La Sala se esfuerza incluso en argumentar la presencia de todos los elementos típicos incluido el contexto, lo que resulta digno de alabanza [...]. Sin embargo resulta contradictorio que condene por *un* único “delito de lesa humanidad: 1º con causación de 30 muertes alevosas...; 2º con también realización de detención ilegal...; 3º con causación de tortura grave...” en lugar de por 32 delitos, de lesa humanidad. La pena establecida, cuya medición me parece correcta, se ha calculado sumando las penas correspondientes a cada uno de los resultados, es decir, apreciando un concurso real de crímenes contra la humanidad, idea absolutamente acertada pero que es contradictoria con la afirmación de que se ha cometido un solo delito de lesa humanidad. Esta última afirmación resulta incompatible además con la doctrina mayoritaria que asigna a los delitos contra la humanidad la protección de bienes jurídicos personalismos fundamentales, siendo esta concepción precisamente la que permite apreciar la consunción de los correspondientes delitos comunes (Gil Gil, 2005: 4-5).

Además se crítica también la falta existente en este pronunciamiento de clasificaciones relativas a la forma de participación del acusado a los hechos delictivos. Muchos autores alimentan el debate tomando en consideración el hecho que la Audiencia Nacional no hizo ninguna distinción entre la participación directa y la complicidad o conspiración en los crímenes, no probando de ninguna forma que el acusado hubiese tenido

un papel activo y personal en los hechos.

Podemos concluir que, en el afán por impedir la impunidad de determinados hechos atroces, se han realizado en nuestro país interpretaciones erróneas y excesivamente amplias de los tipos penales y de algunos preceptos de la LOPJ, y en ocasiones se ha ido todavía más lejos, vulnerando peligrosamente los principios de legalidad e irretroactividad de la Ley penal como en la sentencia que estamos comentando. Este afán por impedir la impunidad se contrapone con el deseo evidenciado en otras resoluciones de evitar la proliferación de procesos por delitos internacionales ante nuestra Audiencia Nacional (Gil Gil, 2005b: 17).

Esta sentencia fue recurrida ante el Tribunal Supremo, ya que como hemos mencionado, la calificación adecuada de los hechos es de crímenes de lesa humanidad, lo que conlleva a numerosas críticas debido a la codificación de dichos crímenes en la legislación española en 2004. El Tribunal Supremo con sentencia n.798 de 2007, planteó una posibilidad diferente, la de considerar los hechos como detenciones ilegales y asesinatos. Lamentablemente, tampoco esta calificación está exenta de objeciones. Como explica Fernández Pacheco Estrada (2008: 17):

La conclusión más evidente que se puede extraer del estudio algo más detallado de las diferentes calificaciones de los tribunales españoles es que ninguna de ellas está exenta de problemas, ya sean de mayor o menor calado. Con todo, en mi opinión, la interpretación mantenida finalmente por el Tribunal Supremo es, en términos de competencia, la más difícil de sostener. [...] Resulta difícilmente justificable declarar la competencia por el principio de jurisdicción universal sobre delitos que no se encuentran ni directa ni indirectamente recogidos en la LOPJ. Habiendo descartado la posibilidad de emplear los delitos de lesa humanidad como calificación propiamente dicha, es contradictorio su uso para justificar la gravedad de los crímenes y, en consecuencia, su competencia.

Se lee en la sentencia que se condena al acusado como autor de treinta delitos de asesinato, como autor de un delito de detención ilegal, y como cómplice de 255 delitos de detención ilegal, los cuales constituyen crímenes contra la humanidad conforme al Derecho Internacional, a las penas de 19 años de prisión por cada asesinato y 4 años de prisión por

el delito de detención ilegal del cual se condena como autor, y dos años por las otras detenciones ilegales de las cuales es considerado cómplice.

Esta sentencia, seguida de cuatro votos particulares de los jueces que se ocuparon del caso, no resuelve ni aclara los problemas levantados por la sentencia de la Audiencia nacional, sino alimenta aun más las críticas. De todas formas cabe recordar que también este caso es especialmente importante por el desarrollo sucesivo de la justicia en territorio Argentino:

No son pocos los expertos que reconocen en este proceso, no una simple coincidencia, sino un verdadero nexo casual entre los mismos (el autor habla de otros casos abiertos en Argentina para juzgar a los responsables de los crímenes de la dictadura) y la instrucción y enjuiciamiento de Adolfo Scilingo y por tanto como una consecuencia de la aplicación de la jurisdicción universal (Garzón, 2014: 43).

5.4 El caso *Guatemala*; Genocidio, torturas, terrorismo, asesinato y detención ilegal

El 2 de diciembre de 1999 fue presentada por doña Rigoberta Menchú, de nacionalidad guatemalteca, una querrela ante el Juzgado Central de Instrucción N. 1 de la Audiencia Nacional española, contra antiguos altos responsables, generales y mandatarios guatemaltecos, entre otros Efraín Ríos Montt y Carlos Mejía Vítores, por diversos hechos ocurridos en Guatemala entre los años 1978 y 1986, que podían constituir delitos de genocidio, tortura, terrorismo, asesinato y detención ilegal.

Se aprende de la denuncia que, en el momento en que se verificaron los hechos, Efraín Ríos Montt y Carlos Mejía Vítores ejercitaban funciones públicas de carácter civil y militar y que fue por estos cargos que tomaron parte en la guerra armada más sangrienta de la historia de Guatemala⁵⁰³. El caso inicialmente encontró la oposición tanto de la

⁵⁰³ Se aprende de la querrela que entre los hechos incluidos en ella figura el ataque, de las Fuerzas de

Fiscalía como de los jueces y tribunales españoles. De hecho, el Ministerio Fiscal al principio argumentó la falta de los presupuestos de la jurisdicción española respecto a los nacionales españoles asesinados en Guatemala, en particular la no previsión en el ordenamiento español del principio de personalidad pasiva. Además de esto, el Ministerio fiscal solicitó la archivación⁵⁰⁴ del caso también teniendo en cuenta la calificación de los hechos como constitutivos del crimen de genocidio, al no encontrar el elemento subjetivo de destrucción parcial o total de un grupo nacional, étnico o religioso.

Por el contrario, el Juez Instructor, Guillermo Ruiz Polanco, desestimó la solicitud de archivo y afirmó la competencia de la jurisdicción española para conocer e caso del genocidio maya, con auto del 27 de marzo de 2000⁵⁰⁵. La base de tal afirmación toma su punto de partida en la consideración que existe un principio unánime de aceptación de los hechos denunciados, «siendo la discordancia atinente únicamente a su valoración jurídica, esto es, a su tipificación en múltiple incriminación, unilateral e internacional, así como al cobijo en el contenido de los principios de persecución universal y protección universal».

Tal decisión fue recurrida en reforma y en apelación por el Ministerio Fiscal, dando lugar al segundo pronunciamiento judicial, el auto dictado por el Pleno de la Sala de lo Penal del 13 de diciembre de 2000⁵⁰⁶ que llegó a la conclusión de la falta de jurisdicción de los tribunales internos, no encontrando ningún elemento de conexión entre los crímenes y el territorio español.

Seguridad de Guatemala a la Embajada de España en este país y que costó la vida a 37 personas, del 31 de enero de 1980.

⁵⁰⁴ Informe de 13 de enero de 2000 del Ministerio Fiscal que solicita el archivo de la causa por falta de competencia de la jurisdicción española en cuanto: los hechos no se habían cometido en territorio español, los presuntos responsables no tenían la nacionalidad española.

⁵⁰⁵ Juzgado Central de Instrucción número 1, Audiencia Nacional. Diligencia previa 331/99. auto de 27 de marzo de 2000. El juez Polanco afirma su competencia a conocer los hechos calificados como genocidio: «los hechos pretendidamente ejecutados por los denunciados se encaminaron al exterminio del pueblo maya en su realidad étnica, racial y social, en su pretextada calidad de favorecedor o encubridor – y aún de originador- de la insurgencia o revolución en Guatemala, así como la eliminación de todo obstáculo ideológico- encarnado en sujetos individuales o colectivos- que pudiese representar un riesgo de fracaso de la prevalente finalidad genocida».

⁵⁰⁶ Audiencia Nacional, Sala de lo Penal, Pleno. Rollo de Apelación número 115/2000. Causa: Diligencias previas 331/99. Juzgado Central número 1. auto de 13 de diciembre de 2000.

Sucesivamente el Ministerio Fiscal interpuso un recurso que el Juez Polanco desestimó el 27 de abril del 2000. También este auto fue objeto de recurso de apelación ante la Sala de lo Penal que rechazó el ejercicio de la jurisdicción penal española en este caso, afirmando su subsidiariedad respecto a la jurisdicción guatemalteca sobre dichos hechos⁵⁰⁷. El 23 de diciembre del 2000, el Pleno de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional declaró que no existiendo ningún impedimento para que la justicia guatemalteca persiga el delito o que la misma se niegue a perseguir dichos delitos, «no procede el ejercicio en este momento de la jurisdicción penal española para la persecución de los referidos hechos, debiendo el Instructor archivar las Diligencias Previas por el expresado motivo de falta de jurisdicción».

Contra este auto, doña Rigoberta Menchú⁵⁰⁸, que había presentado la primera denuncia, junto a otros activistas de Derechos Humanos, interpuso un recurso en Casación lamentando la infracción de Ley y precepto Constitucional en defensa de los Derechos Humanos, en particular el derecho a una tutela judicial efectiva, ante el Tribunal Supremo. La cuestión esencial debatida en la sentencia del Tribunal Supremo de febrero de 2003 se centraba en determinar si el principio de jurisdicción universal establecido en la Ley Orgánica sobre el ordenamiento judicial, en su artículo 23.4, tenía o no algún límite derivado de otros principios de Derecho Internacional público.

También la sentencia emitida por este tribunal no llegó a los resultados esperados. El Tribunal, Supremo, de hecho, desestimó los motivos de casación; en particular no reconoció que se había producido una vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva y, respecto al delito de genocidio, desestimó de forma definitiva la

⁵⁰⁷ El archivo fue decretado en cumplimiento del principio de subsidiariedad. El Tribunal adujo que los tribunales guatemaltecos eran los que tenían jurisdicción prioritaria para juzgar los hechos denunciados en España y que la parte acusadora no había probado la inactividad de la justicia guatemalteca.

⁵⁰⁸ La querellante Rigoberta Menchú es hija de una de las 37 personas asesinadas durante el ataque perpetrado por las Fuerzas de Seguridad guatemaltecas a la Embajada de España en este país del 31 de enero de 1980.

posibilidad de aplicación de la jurisdicción española. Como explica Pigrau Solé (2009: 98), en la Sentencia de 25 de febrero de 2003 de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo⁵⁰⁹, se da una interpretación todavía más restrictiva del alcance del principio de jurisdicción universal basada siempre en el principio de subsidiariedad⁵¹⁰ que prevé la primacía de la justicia guatemalteca sobre la española⁵¹¹; Debido a que para legitimar la jurisdicción española, era necesario encontrar un punto de conexión entre el caso y los intereses españoles además de probar la inactividad de la justicia del país donde los hechos se habían perpetrado⁵¹².

Se lee en dicho pronunciamiento que:

no le corresponde a ningún Estado en particular ocuparse unilateralmente de estabilizar el orden recurriendo al Derecho Penal, contra todos y en todo el mundo, sino que más bien hace falta un punto de conexión que legitime la extensión extraterritorial de su jurisdicción.

Como explica este Tribunal, al no apreciarse ningún interés nacional, o que el delito de genocidio haya sido perpetrado contra españoles, ni otro vínculo con este país, los tribunales españoles no tienen competencia en base a este crimen. De hecho se afirma más adelante que el principio de justicia universal encuentra limitaciones en otros principios internacionales⁵¹³, normas convencionales o consuetudinarias, como la de la racionalidad y

⁵⁰⁹ Sentencia del Tribunal Supremo sobre el caso del genocidio en Guatemala, Sala de lo Penal, sentencia número 327/2003, recurso en casación número 803/2001.

⁵¹⁰ De forma diametralmente opuesta, el magistrado Conde Pumpido en su voto particular afirma que la jurisdicción universal no se rige por el principio de subsidiariedad sino por lo de concurrencia y con el único objetivo de evitar la impunidad; por ello, resulta innecesario acreditar la plena inactividad de la justicia del país donde los hechos ocurrieron, que resultaría una *probatio diabolica*, sino más bien aportar indicios claros y razonables de que los delitos denunciados no hayan sido perseguidos de modo efectivo. (Voto particular de la sentencia del Tribunal Supremo sobre el caso Guatemala por genocidio, Sala de lo Penal, sentencia número 327/2003, recurso de casación número 803/2001).

⁵¹¹ Sobre este punto véase Esteve Moltó (2008): «Además el Tribunal Supremo (a pesar de las pruebas aportadas que apuntan a un estado de impunidad del cual todavía gozan los presuntos criminales en su país de origen) señaló, que en modo alguno debía suplantarse el prevalecedor criterio de territorialidad.

⁵¹² El Tribunal sobre este aspecto focaliza la atención sobre el proceso de reconciliación social llevado a cabo en Guatemala, proceso que supuestamente había creado y garantido el estado de Derecho en dicho país además de capacitar los órganos judiciales nacionales a hacerse cargo de todos los crímenes de genocidio perpetrados en este territorio.

⁵¹³ Como afirma Pigrau Solé (2005: 1070): «El Tribunal afirma que, cuando la jurisdicción universal tiene su

la de no intervención en asuntos de otros Estados. Un ejemplo es la norma prevista en el artículo 2.7 de la Carta de las Naciones Unidas. Además, en un intento de encontrar elementos de conexión entre los hechos cometidos en Guatemala y el Estado español, este órgano afirma que:

no se aprecia la existencia de una conexión con un interés nacional español en relación directa con este delito, pues siendo posible concretar dicha conexión en la nacionalidad de las víctimas, no se denuncia, ni se aprecia, la comisión de un delito de genocidio sobre españoles. Tampoco se conecta directamente con otros intereses españoles relevantes, aunque se hayan vistos seriamente afectados por hechos susceptibles de ser calificados como delitos distintos, cometidos en su mismo contexto histórico⁵¹⁴.

Además, este Tribunal en el Fundamento de Derecho Séptimo de este pronunciamiento, afirmó que el Convenio de 1948 sobre la prevención y persecución del crimen de genocidio no establece ninguna obligación relativa al ejercicio de la jurisdicción universal. De todas formas este Tribunal no llegó a sustentar la tesis de que el Convenio prohíbe la utilización de dicha jurisdicción.

En la doctrina hay muchos autores que se han pronunciado en contra de esta resolución como García Sánchez (2004), Gil Gil (2005 y 2009a) o Sánchez Legido (2004); y no podemos dejar de mencionar el hecho de que siete magistrados que se ocuparon del caso, redactaron un voto particular en contra de esta sentencia que como explican: «mantiene una doctrina excesivamente restrictiva en la aplicación del relevante principio de jurisdicción universal».

La sentencia emitida fue la base para los recursos de amparo ante el Tribunal Constitucional que alegaban la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva,

fundamento en normas de derecho penal nacional, "en la práctica, los alcances de dicho principio han sido limitados por la aplicación de otros igualmente reconocidos en el derecho internacional". Sin precisar cuáles son tales principios, avanza un argumento más concreto: el ejercicio de la jurisdicción no puede operar "cuando no existe un punto de conexión directo con intereses nacionales".

⁵¹⁴ Tribunal Supremo, sentencia del 25 de febrero de 2003.

derecho previsto en la Constitución española en su artículo 24.1, por haber introducido requisitos para el ejercicio de la jurisdicción española no previsto en el texto de la Ley Orgánica del Poder Judicial número 6 de 1985, en particular en lo relativo al ejercicio de la jurisdicción universal previsto en el artículo 23.4 de dicha Ley.

Con sentencia del 26 de septiembre de 2005, número 237⁵¹⁵, se reconoce la vulneración del derecho a una tutela judicial efectiva por no haber sido admitida la jurisdicción universal en materia de genocidio. El Tribunal Constitucional mediante esta sentencia histórica, reconoció de forma amplia el principio de jurisdicción universal, anulando las resoluciones de las instancias anteriores y ordenando a la Audiencia Nacional retomar la investigación. De hecho: «La decisión afirmó el carácter absoluto de la jurisdicción universal [...], no sometida a otra restricción que a la de la cosa juzgada» (Pigrau Solé, 2009: 99).

Esta Corte anuló la decisión de la Audiencia Nacional de no investigar sobre los crímenes de genocidio, terrorismo y torturas cometidos en Guatemala en los años sesenta y ochenta y la sentencia del Tribunal Supremo, en la que se dictaba la persecución de dichos crímenes solo en el caso en que las víctimas tuvieran nacionalidad española; la Corte afirma que en la decisión del Tribunal Supremo: «resulta una interpretación en extremo rigorista, así como, además, carente de sostén argumental». Además, sigue el Tribunal Constitucional afirmando que el hecho de encontrar vínculos o puntos de conexión con España comporta la desnaturalización del principio de justicia universal y una reducción de su alcance de aplicación.

En este sentido, los argumentos del Tribunal Supremo, que reducen el ámbito de aplicación del principio de jurisdicción universal hasta «casi suponer una derogación de facto del artículo 23.4 LOPJ» (Pigrau Solé, 2009: 99) resultaron negados en la decisión

⁵¹⁵ Sala Segunda. Sentencia 237/2005, de 26 de septiembre. Recursos de Amparo 1744-2003, 1755-2003 y 1773-2003 (acumulados). BOE, número 258, Suplemento. 28 de octubre de 2005.

STC 237/2005. La *ratio* de esta última se sustentaba en los principios constitucionales y en los derechos fundamentales del hombre, entre ellos, el derecho a la defensa, a una tutela judicial efectiva. Finalmente se declara que: «concepción de la jurisdicción universal no se configura en torno a vínculos de conexión fundados en particulares intereses estatales», sino sobre la naturaleza del crimen que faculta a los Estados a intervenir en su represión garantizando los derechos mencionados. Esto significa que el principio de jurisdicción universal tiene prioridad sobre los intereses estatales.

Sobre en punto relativo a la búsqueda de elementos que ligan el crimen al territorio español en Tribunal Constitucional afirma:

tal interpretación, radicalmente restrictiva del principio de jurisdicción universal plasmado en el art.23.4 LOPJ, que más bien habría de ser calificada como reducción teleológica (por cuanto va más allá del sentido gramatical del precepto), desborda los cauces de lo constitucionalmente admisible desde el marco que establece el derecho a tutela judicial efectiva consagrado en el art.24.1 CE, en la medida en que supone una reducción *contra legem* a partir de criterios correctos que ni siquiera implícitamente pueden considerarse presentes en la Ley y que, además, se muestran palmariamente contrarios a la finalidad que inspira la institución, que resulta alterada hasta hacer irreconocible el principio de jurisdicción universal según es concebido en el Derecho internacional, y que tiene el efecto de reducir el ámbito de aplicación del precepto hasta casi suponer una derogación *de facto* del art.23.4 LOPJ.

Como explica Meoli (2006), con esta sentencia se estableció el principio a través del cual se da primacía a los intereses de justicia universal sobre otros intereses internos estatales y de relación con otros países, en particular cuando se vean afectados los Derechos Humanos. A través de las palabras del Profesor Santos Vara (2006: 1):

En este sentido, la Sentencia del Tribunal Constitucional del pasado 26 de septiembre, que acepta la jurisdicción de los tribunales españoles para enjuiciar los crímenes cometidos en Guatemala por los gobiernos militares entre 1978 y 1986, constituye un excelente ejemplo del avance que viene experimentando la Comunidad Internacional en los últimos años en la persecución de los

responsables de la comisión de crímenes contra la humanidad, al amparo del principio de jurisdicción universal.

Como afirma Oriolo (2008), evidencia que debido al continuo trabajo de la jurisprudencia, estamos presenciando el desarrollo de los principios sobre la jurisdicción universal, el cual, muchas veces va más allá de las disposiciones normativas. Esto tiene una explicación sencilla: la legislación ordinaria es lenta y se adecua mal a las necesidades e intereses emergentes en tema de Derechos Humanos, mientras la jurisprudencia, con sus decisiones puede interpretar las leyes adaptándolas a las nuevas exigencias.

Esta decisión es muy importante en cuanto afirma que los jueces españoles pueden ejercer la jurisdicción penal universal por los crímenes internacionales antes mencionados también en ausencia del presunto reo al momento de que se empiezan las investigaciones. Esto pudiera ponerse en contra de una regla procesal interna que no admite la ausencia del imputado; lo que significa que, si en el momento en que se abre el juicio el reo no se encuentra en España, no se podrá proceder en su contra.

La sentencia 237 ha tenido fuertes repercusiones en el interior de este país y también fuera del territorio nacional. Después de esta decisión, la Audiencia Nacional, «atendiendo a los postulados y principios de la sentencia del Tribunal Constitucional», el 10 de enero de 2006, se ha declarado competente para investigar el supuesto genocidio perpetrado por el gobierno chino en el Tíbet⁵¹⁶.

⁵¹⁶ En consecuencia y en cumplimiento de la sentencia del Tribunal Constitucional, la Audiencia Nacional, en el auto no jurisdiccional del Pleno de la Sala de lo Penal de 3 noviembre de 2005, haciendo referencia al llamado test de razonabilidad decidió que desde este momento decidiría de oficio su propia jurisdicción examinado de oficio también la inactividad de los tribunales donde los hechos se han verificado y de los tribunales internacionales, aceptando de esta forma la jurisdicción, siempre que no se aprecie un exceso o abuso de derecho por absoluta ajenidad del asunto. Sobre este aspecto, la doctrina mayoritaria española, entre otros Gil Gil (2006), afirma que la inclusión de este parámetro, ajenidad del asunto, resultó arbitrario y problemático, además de constituir en sí un límite a la facultad de ejercer esta tipología de jurisdicción. Cabe recordar que el criterio ha sido la base de otros pronunciamientos de este Tribunal y que en lo referente al caso del genocidio tibetano la Sección cuarta de la Sala de lo Penal, auto de 10 de enero de 2006, interpretó este criterio con el fin de evitar un ejercicio abusivo de derecho: «pero en modo alguno ese argumento puede servir como pretexto para continuar dejando en la impunidad a crímenes internacionales, y más aún bajo un argumento tan subjetivo como que el delito o el lugar de la comisión

Finalmente esta sentencia tiene un gran mérito, poner fin a la incertidumbre en la que el principio de jurisdicción extraterritorial estaba sometido sobre todo en relación a su contenido, a los criterios y límites para su aplicación por lo menos en relación a los crímenes de genocidio y contra la humanidad (Santos Vara, 2006). Esta incertidumbre seguramente estaba ligada a las diferentes posturas manifestadas tanto por el Tribunal Supremo como por la Audiencia Nacional y finalmente por el Tribunal Constitucional. A través de este pronunciamiento se afirma la capacidad de los órganos judiciales españoles para conocer los delitos antes mencionados sin tener en consideración los elementos que ligan un determinado delito al Estado que procede; en otras palabras, podemos decir que esta sentencia expresa una concepción amplia del principio de persecución universal.

Una de las consecuencias directas de dicho pronunciamiento fue la reactivación judicial del caso del Genocidio maya⁵¹⁷. De hecho el juez instructor Santiago Pedraz, tramitó las orden de detención para los responsables. No obstante, el constante obstruccionismo de las autoridades guatemaltecas, hizo imposible la extradición de muchos de los acusados. En este sentido, el 12 de diciembre de 2007 la Corte Constitucional guatemalteca, denegó la extradición de los acusados a España sosteniendo que los criterios de atribución de la jurisdicción española no resultaban ser relevantes en Guatemala. Esto dio lugar a otro auto del juez Pedraz de 16 de enero de 2008, tendiente a confirmar que el procedimiento seguía su curso en España⁵¹⁸.

Desde un principio el Gobierno español no ha podido contar con la colaboración de las autoridades locales guatemaltecas, que no aceptaban esta injerencia en los asuntos internos por parte de un gobierno extranjero. Una señal importante de este clima de tensión

de los hechos sea "un lugar extraño y/o alejado" . [...] Afortunadamente en la primera ocasión que han tenido los jueces de pronunciarse y interpretar este criterio de razonabilidad, han apostado por la lucha contra la impunidad» (Esteve Moltó, 2008: 259).

⁵¹⁷ Auto 178/2006 de 16 de febrero de 2006.

⁵¹⁸ Audiencia Nacional; Juzgado Central número 1; Diligencias previas 331/1999; Auto de 16 de enero de 2008.

entre los dos países es la sentencia de 2007 de la Corte Constitucional guatemalteca que desconoció la competencia de los tribunales españoles negando al mismo tiempo la extradición a España de los imputados. Hasta el momento, no se conoce ninguna acción del Gobierno español para exigir a las autoridades guatemaltecas el cumplimiento del Tratado de Extradición entre los dos países que permitiría el enjuiciamiento de los responsables en España.

Dentro del territorio español, como afirma Pigrau Solé (2009: 100), la trascendencia de la Sentencia del Tribunal Constitucional, que consideró como incompatible la restricción del principio de jurisdicción universal con el Derecho a una tutela efectiva, no se limitó únicamente al caso Guatemala sino tuvo consecuencias importantes también en otros casos que a raíz de dicho pronunciamiento fueron reabiertos.

5.4.1 Las repercusiones internacionales del caso Guatemala

En lo que concierne las repercusiones obtenidas fuera de España podemos ver cómo, en particular en América Latina, ha ocurrido un fuerte debate en torno a esta decisión. De hecho, las organizaciones para los Derechos Humanos, sobre todo en los pequeños pueblos centroamericanos donde se registran las mayores violaciones y el nivel más alto grado de impunidad, se han mostrado a favor del posicionamiento asumido por el Tribunal Constitucional. Mientras que, por otro lado, los Gobiernos de estos países se han expresado por una ilegítima intromisión del poder judicial español en los asuntos internos de otros Estados.

Volviendo al caso guatemalteco, no obstante el debate nacido sobre este asunto, desde el principio de este procedimiento, no podemos dejar de mencionar un hecho muy importante, en la perspectiva de una mayor justicia y reparación para las víctimas, que se

ha verificado en los últimos años. El 2 de agosto de 2011, con la condena de cuatro soldados guatemaltecos por crímenes internacionales por parte de un tribunal interno de Guatemala, las autoridades guatemaltecas han dado una esperanza a las muchas víctimas que a lo largo de treinta años han sufrido en este país, por los crímenes cometidos de lesa humanidad, genocidio, asesinatos y torturas. Después de más de treinta años, se ha procedido al juicio y condena de algunos militares implicados en el masacre de 1982 en Dos Erres, en la región septentrional del Petén. Este ha sido uno de los actos más crueles de la historia del país.

La condena además de ser sancionadora, es simbólica, por el hecho de que se ha dado la pena de cárcel a cuatro soldados, con un total de seis mil sesenta años (6060). Simbólica por el hecho de que en Guatemala, el código penal prevé que la pena máxima sea de cincuenta años.

Por los crímenes cometidos; asesinatos, torturas y crímenes en contra de la humanidad, los cuatro soldados (Manuel Pop Sun, Reyes Collin Gualip, Daniel Martínez y Carlos Carías) deberán pasar en prisión, treinta años por cada homicidio y otros treinta por haber cometido delitos de lesa humanidad, haciendo un total de seis mil sesenta años cada uno. Además de las sanciones a los responsables, en la sentencia, se ha establecido el resarcimiento a las víctimas.

Estas sentencias representan un importante adelanto para la justicia en Guatemala. Por los trámites de los juicios empezados y con la ayuda de otros Estados, como España, que quieren juzgar a los responsables de crímenes internacionales cometidos en el territorio guatemalteco, se podría iniciar una nueva etapa, muy importante no sólo para el pueblo centroamericano, sino para la comunidad internacional en su conjunto.

Continuando en esta óptica de justicia, una sentencia histórica del Tribunal de Mayor Riesgo condenó al dictador guatemalteco Efraín Ríos Montt a 80 años de cárcel, 50

por genocidio y 30 por crímenes contra la Humanidad, como autor de un exterminio que buscaba el aniquilamiento de la etnia *Ixil*. La juez Jazmín Barrios sentenció que «El acusado Ríos Montt tuvo conocimiento de todo lo que estaba ocurriendo. Como jefe de estado era responsable de la estrategia militar contra los Ixiles». Según la juez «la política ejercida consideraba a los Ixiles una raza inferior y enemigos públicos». Finalmente, la sentencia afirma que: «El delito de genocidio ha dañado al tejido social de los guatemaltecos. Este tipo de hechos no deben repetirse».

En concreto el ex presidente guatemalteco fue condenado por acabar con la vida de 1.771 indígenas *Ixiles*, el desplazamiento de otros 29.000 y la violación sistemática de mujeres por tropas bajo sus órdenes.

No obstante este importante paso hacia el restablecimiento de la justicia en el territorio guatemalteco, el Tribunal Constitucional Guatemalteco el 21 de mayo de 2013 anuló dicha sentencia por irregularidades durante el proceso judicial. Por esta razón el caso se encuentra paralizado, por ahora el ex dictador regresó a prisión en régimen preventivo a la espera de que las autoridades judiciales se pronuncien sobre la posibilidad de celebrar un nuevo juicio.

5.5 El caso *Couso*; Violación del IV Convenio de Ginebra sobre protección de civiles en tiempos de guerra

A través de este asunto se logró tratar, delante de los órganos judiciales españoles, temas ligados a los actos de guerra, en particular, la violación de los Convenios de Ginebra que imponen la protección de las personas civiles incluso en tiempos de guerra, del 12 de agosto de 1949.

Como hemos visto en los capítulos anteriores, las normativas internacionales,

consuetudinarias o convencionales, dan facultad a los Estados de ejercer la jurisdicción penal universal, en relación a los crímenes internacionales, en otras palabras, las normas internacionales prevén: «La capacidad de un Estado de someter a sus propias leyes unos hechos respecto de los cuales carece de cualquier vínculo de conexión y la atribución a sus tribunales de la capacidad -que puede estar o no sujeta a restricciones- de conocer de los mismos» (Pigrau Solé, 2009: 24).

Como explica el profesor Solé, el único caso en el que las normas de Derecho Internacional parecen imponer a los Estados la obligación del ejercicio de la jurisdicción penal universal, es el de los Convenios de Ginebra, normas de derecho humanitario destinadas a imponer el enjuiciamiento de los presuntos responsables de crímenes de guerra. No debemos olvidar el hecho de que en la práctica esa obligación general de proceder penalmente a través de la justicia universal, no se cumple porque los Estados no consideran obligatorio el ejercicio universal de su jurisdicción represora para esta tipología de crimen.

Pasando al análisis del caso, la denuncia presentada se sustentó sobre las violaciones del IV Convenio de Ginebra que prescribe la protección de las personas civiles incluso durante un conflicto armado. A norma de este artículo se prevé:

Artículo 4 - Definición de las personas protegidas

El presente Convenio protege a las personas que, en cualquier momento y de la manera que sea, estén, en caso de conflicto o de ocupación, en poder de una parte en conflicto o de una potencia ocupante de la cual no sean súbditas.

Este caso parte de una querrela presentada en mayo de 2003⁵¹⁹, en contra de los militares norteamericanos implicados en la muerte de José Couso, periodista de la cadena de televisión española Telecinco, en Irak, por los hechos ocurridos en el ataque al Hotel

⁵¹⁹ La querrela fue presentada por la madre y los tres hermanos de José Couso, cámara de Telecinco, ante el Juzgado central de instrucción de la Audiencia Nacional, contra tres miembros de la Tercera División de Infantería del Ejército de Estados Unidos, por considerarlos “responsables del ataque al Hotel Palestina”.

Palestina realizados por parte de las fuerzas armadas norteamericanas a daño de los civiles que estaban en el hotel durante el ataque.

Los crímenes fueron calificados como de guerra y asesinato con argumentación jurídica basada en el Estatuto de la Corte Penal Internacional cuyo artículo 8.2 establece que se considera crimen de guerra: « a) Infracciones graves de los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949, a saber, cualquiera de los siguientes actos contra personas⁵²⁰ o bienes protegidos por las disposiciones del Convenio de Ginebra».

Entre las conductas sancionadas penalmente por el Estatuto de Roma encontramos: matar intencionalmente; destruir bienes y apropiarse de ellos de manera no justificada por necesidades militares, a gran escala, ilícita y arbitrariamente; dirigir intencionalmente ataques contra la población civil en cuanto tal o contra civiles que no participen directamente en las hostilidades; dirigir intencionalmente ataques contra objetos civiles, es decir, objetos que no son objetivos militares.

Después que en julio de 2003 el Juzgado Central de Instrucción n. 5 de la Audiencia Nacional declarase nulo el archivo de la causa y remitiese los actos al Juzgado Central de Instrucción n. 1, en octubre de 2005, el juez instructor dictó orden de búsqueda y captura internacional contra tres militares norteamericanos implicados en el ataque al hotel. Pero, como hemos podido ver en el caso anterior, relativo a las graves violaciones de derecho internacional cometidas en Guatemala, también en este ejemplo, se inició un importante debate entre la doctrina y la jurisprudencia, interna e internacional, sobre la competencia de la jurisdicción española para poder juzgar crímenes de guerra.

A nivel judicial interno, el debate se caracterizó por las diferentes posturas del Fiscal, de la Audiencia Nacional y del Tribunal Supremo. De hecho, el Ministerio Fiscal no apoyó la competencia de la jurisdicción española. Además la Sala Segunda de lo Penal de

⁵²⁰ Cabe recordar que el artículo 79 de la Convención de Ginebra establece que los periodistas que realicen misiones profesionales peligrosas en la zona de conflicto armado serán consideradas personas civiles y añade que deberán ser protegidas como tales.

la Audiencia Nacional no reconoció la jurisdicción española y ordenó el archivo del caso en 2006 argumentando no haber encontrado existencia de dolo al tratarse de un acto de guerra. Sin embargo, esta decisión fue revocada por el Tribunal Supremo, con decisión de 2006. Éste Tribunal afirmó la necesidad de investigar sobre los hechos.

En consecuencia del pronunciamiento del Tribunal Supremo, en 2007, el juez instructor dictó auto de procesamiento, por los delitos en contra de la Comunidad Internacional, contra los imputados, miembros de las fuerzas norteamericanas, Thomas Gibson, Philip Wolford, y Philip de Camp. Los tres militares eran considerados implicados en los disparos contra el hotel en el que se encontraba Couso, que, a causa de estos disparos, murió en ese lugar donde se hospedaba junto al resto de la prensa internacional.

Como reporta el libro relativo a la justicia universal para crímenes internacionales de Olle Sesé (2008: 75), el Magistrado Instructor, Santiago Pedraz Gómez, en auto de procesamiento afirma que:

Los procesados conocían que el Hotel Palestina era y se encontraba en zona civil y no era un objetivo militar. (...) El disparo efectuado desde el carro de combate que ocasionó la muerte del Sr. Couso se constituiría como ataque, represalia o acto de amenaza de violencia con la finalidad de aterrorizar a los periodistas, máxime si como se señala el mismo día se dirigieron ataques a las cadenas televisivas al *Yazira* y *Abu Dhab*.

A pesar de todas las investigaciones llevadas a cabo por el juez instructor, en octubre de 2009⁵²¹, la Audiencia nacional dictó el sobreseimiento provisional del caso, con el voto particular en contra, hecho por la Magistrada Clara Eugenia Bayarri García⁵²². Esta decisión se sustentó sobre las tesis exculpatorias, al tratarse notoriamente de un acto de

⁵²¹ Audiencia Nacional Sala de lo Penal, Sección Tercera, Rollo de la Sala n. 34/07, Sumario Ordinario 27/07, Juzgado Central de Instrucción n.1. 22 de octubre de 2009.

⁵²² Voto Particular en contra, hecho por la de la Magistrada Clara Eugenia Bayarri García, en el que la Magistrada afirma que ocurrió un incumplimiento de la sentencia del Tribunal Supremo del 11 de diciembre de 2006 que contemplaba la competencia de la Justicia Española para investigar el asesinato de José Couso y ordenaba reabrir el caso. <http://josecouso.info/wp-content/docs/img620.pdf>.

guerra y que por lo tanto, a juicio de este órgano estaba exento de jurisdicción por parte de los tribunales españoles, utilizadas por la Sala Segunda en 2008. Este pronunciamiento fue recurrido ante el Tribunal Supremo que revocó el sobreseimiento en 2010 decretado por la Audiencia Nacional en cuanto los delitos pueden ser constitutivos de crímenes contra la Comunidad Internacional.

A raíz de estos acontecimientos, el 29 de julio de 2010, el Juzgado Central de Instrucción n. 1, del Juez Pedraz, emite Auto ordenando nuevamente la búsqueda y captura e ingreso en prisión a efectos de extradición de los militares norteamericanos sargento Thomas Gibson, capitán Philip Wolford y teniente coronel Philip de Cam, librándose las oportunas órdenes internacionales de detención. En el mismo Auto el juez libró una Comisión Rogatoria a Estados Unidos reclamando copias de los documentos inherentes a la investigación y ordenó tomar las declaraciones de los imputados.

Durante 2011 y 2012 el caso tomó notoriedad, luego de la divulgación ilegal de algunos documentos diplomáticos secretos de la embajada de los Estados Unidos en España. Estos documentos, publicados por *Wikileaks*, contienen informaciones importantes sobre el proceso por el asesinato de Couso. En ellos se afirma que el Gobierno español ha sido involucrado en las investigaciones, implicando su responsabilidad al fin de evitar que los tres militares acusados del asesinato pudieran ser procesados.

En enero de 2011 el juez Pedraz decidió ir a Bagdad para investigar el caso reconstruyendo sobre el terreno la muerte del Couso. En base a esto, el 4 de octubre de 2011⁵²³ la Audiencia Nacional emitió un Auto de Procesamiento basado en los siguientes argumentos jurídicos:

1. La previsión en el Código Penal español de los delitos contra la Comunidad Internacional, contra personas y bienes protegidos durante un conflicto armado.

⁵²³ Audiencia Nacional, Juzgado Central de Instrucción n.1, Sumario 27/2007, Auto de Procesamiento, 4 de octubre de 2011.

2. Las fuerzas militares norteamericanas tenían conocimiento de que el Hotel Palestina era y se encontraba en zona civil y no podía ser objetivo militar, y que, además, estaba ocupado por población civil y periodistas; según se sigue en los testimonios y documentación en la causa.

3. Existen indicios racionales para tener como autores de dichas infracciones criminales al Sargento THOMAS GIBSON, al Capitán PHILIP WOLFORD y al Teniente Coronel PHILIP DE CAMP, dada la actuación concreta de cada uno de los imputados (orden, autorización, disparo) determinada en base a sus propias explicaciones dadas en medios de comunicación y documental que obra en actuaciones.

Es evidente el empeño mostrado por el juez Pedraz para seguir con la causa, además, como explicó el abogado de la familia Couso en marzo de 2013⁵²⁴, los avances en la causa han sido posibles por el empeño de la acusación particular de la familia Couso y el compromiso con la justicia del juez Pedráz, también teniendo en cuenta las muchas dificultades y oposiciones que ellos han tenido a lo largo de los 10 años de batalla. Siendo la última de las dificultades la reforma de la jurisdicción universal operada con base en la Ley Orgánica 1 de 2014, con la que se quiere acabar con la persecución de crímenes internacionales en España.

De hecho hoy siguen vigentes las órdenes de búsqueda y captura dictadas; a pesar de la reforma de 2014, que obligaría al juez a sobreseer la causa hasta que se demuestre el respeto a los requisitos previstos en la ley 1 de 2014. El juez Pedraz dictó, el 17 de marzo de 2014, un Auto en el que se afirma que no aplicará la reforma en cuanto esta última es directamente contraria a los convenios internacionales ratificados por España, entre ellos los Convenios de Ginebra y los Protocolos adicionales, sobre los crímenes de guerra.

⁵²⁴ Sobre este tema véase los Reportajes en ArgenPress (Parte I-II-III-IV): avanza la causa contra asesinos del Hotel Palestina, con la oposición del PP y PSOE. <http://josecouso.info/2013/03/>.

5.6 El caso *Sahara*; genocidio concurrente con asesinatos, lesiones y torturas

Un caso que sin lugar a dudas tiene gran relevancia interna e internacional es el caso relativo al genocidio, y otras graves violaciones al derecho internacional, cometidas en el territorio del hoy Sahara Occidental en los años setenta y ochenta. Este asunto tiene una connotación diferente de los otros previamente tratados debido a que el Sahara fue una colonia y posteriormente una provincia española, con el nombre de Sahara Español. En este caso se habla de una fuerte conexión entre los dos territorios debido a que, como afirmaron dos fiscales de la Audiencia Nacional, Pedro Rubira y José Perals en abril de 2014, España «sigue siendo, de iure, aunque no de facto, la potencia administradora» y que se trata de un «territorio no autónomo sometido a un proceso de descolonización pues el referéndum aun no se ha celebrado».

Antes de analizar el caso podemos reflexionar sobre cuál jurisdicción al estado actual podría perseguir eficazmente los crímenes y si existe otro foro competente donde las víctimas saharauí puedan hacer pedir verdad, justicia y reparación por los crímenes internacionales cometidos en sus contra. Para empezar, podemos ver en la documentación aportada por las víctimas y las asociaciones pro Derechos Humanos en la querrela presentada delante de la Audiencia Nacional, que en Marruecos no se efectuaron investigaciones efectivas sobre los hechos objetos de la misma. Pasando a la Corte Penal Internacional, Corte con carácter permanente creada con la finalidad de conocer de crímenes de genocidio, de lesa humanidad, de guerra y de agresión, podemos ver como este órgano no resulta competente a conocer los delitos cometidos en territorio saharauí por dos razones: la primera es que Marruecos no es parte del Estatuto de Roma, la segunda concierne el hecho de que la Corte pueda intervenir sólo por crímenes cometidos después del entrada en vigor de su Estatuto, en 2002.

En este caso el ejercicio de la jurisdicción universal española se fundamenta en la

imposibilidad de llevar el asunto en un foro diferente y concurrente. De hecho se podría hablar de un *foro necessitatis* para las víctimas y en contra de la impunidad de las graves violaciones a los Derechos Humanos.

Pasando a los hechos objetos de la querrela, en 1976, después de la Marcha Verde de Marruecos sobre el territorio saharauí, España lo abandonó. Desde ese momento comenzaron los enfrentamientos, entre Marruecos y la República Árabe Saharaui Democrática, para establecer la soberanía de este territorio que tomó el nombre de Sahara Occidental. Sin embargo, según el Derecho Internacional, éste territorio sigue en manos de España. Por esta razón, se piensa que por los crímenes cometidos en ese lugar, España es también responsable, por haber abandonado el territorio, sin garantizar la seguridad a los civiles que allí se encontraban.

La querrela fue presentada, por asociaciones en defensa de Derechos Humanos, el día 14 de septiembre de 2006, en contra de trece personas. Entre ellos se encontraban gobernantes, militares y otras autoridades marroquíes. Todos estos sujetos, que al tiempo de los hechos tenían cargos importantes relativos al mantenimiento del orden en este territorio, fueron considerados responsables del delito de genocidio, así como asesinato, lesiones y torturas, contra ciudadanos saharauí entre 1976 y 1988.

En los últimos años, muchas han sido las denuncias de los activistas de Derechos Humanos que se han hecho portavoces de la masacre en este territorio; en particular los activistas Isabel Terraza y Antonio Velázquez han resaltado la situación de este país, recontando los hechos ocurridos durante el periodo en que los militares de Marruecos y las fuerzas de seguridad de Rabat empezaron la ocupación del territorio.

Los activistas han afirmado que los hechos que se estaban verificando en el Sahara deberían considerarse como un grave emergencia internacional, una masacre a daño de los civiles en el Sahara, que podría ser resuelta solo a través de la ayuda de toda la Comunidad

Internacional.

La querrela fue admitida a trámite, por el juez Garzón en octubre de 2007⁵²⁵, en la que el juez declara: «ACEPTAR la competencia para la instrucción de los hechos denunciados y presunto delito de genocidio y torturas, INCOÁNDOSE Diligencias Previas, que se registrarán con el número de orden que proceda y dando cuenta de su incoación al Ministerio Fiscal». Por lo referente a las diligencias previas el juez pidió a Marruecos, en comisión rogatoria, que le informara de si los hechos objeto de querrela estaban siendo investigados por la justicia marroquí o sobre la existencia de un procedimiento penal contra los querrellados, además de establecer la identidad de las víctimas y el lugar en el que estuvieran enterradas. Esto en cuanto la jurisdicción española se calificaba como subsidiaria a las otras jurisdicciones nacionales de otros Estados. Además en los criterios para la aplicación del principio de jurisdicción universal en España, previstos en la ley n.6 de 1985, sobre el poder judicial, se prevé que si un Estado, en el que se cometieron los crímenes, se inician los procedimientos, éstos tienen la primacía sobre los eventuales procedimientos abiertos en España.

Esta admisión a trámite ha sido considerada un hecho muy importante, en cuanto se podría llevar a cabo un procedimiento que tiene como fin establecer la verdad histórica de los hechos cometidos y determinar las responsabilidades de las personas implicadas en ellos, en particular por las graves violaciones de los Derechos Humanos, las torturas y el genocidio en contra de la población del Sahara Occidental. Cabe recordar que entre los querrellados se encontraba el general Hosni Benslimane, jefe de la Gendarmería Real Marroquí que fue galardonado por España con la Gran Cruz de Isabel la Católica en 2005.

Desde la diligencia se han practicado diferentes declaraciones testimoniales de víctimas denunciando de los delitos, principalmente de víctimas de tortura. Las víctimas

⁵²⁵ Audiencia Nacional, Juzgado Central de Instrucción número cinco, DILIGENCIAS PREVIAS PROC. ABREVIADO 362 /2007 Auto del 30 de octubre de 2007.

son activistas o gente común, detenidas y desaparecidas por medio de las fuerzas militares. Se cuentan más de 542 desaparecidos, de los que la mayoría contaba con documento nacional de identidad que le acreditaba como español. La querrela añadía que la invasión y masacre contra el pueblo saharauí se prolongó durante 16 años, tiempo en el que sus integrantes fueron sometidos a la dominación de una potencia extranjera.

El procedimiento sigue en curso y se ha solicitado la colaboración de Argelia, país en el que actualmente viven varios testigos-víctimas, para que conteste a la petición de comisión rogatoria con el fin de tomar las declaraciones de estas personas.

A lado de la cuestión relativa a los crímenes, en los últimos años este asunto ha interesado a la doctrina internacional debido a otra cuestión. La pregunta que la doctrina se está haciendo es: ¿los actos perpetrados bajo la dominación extranjera impiden también el ejercicio del derecho a la libre determinación del pueblo del Sahara, implicando con ello una denegación de los Derechos Humanos fundamentales?

El derecho a libre determinación es el derecho de un pueblo a decidir sus propias formas de gobierno, perseguir su desarrollo económico, social y cultural y estructurarse libremente, sin injerencias externas, de acuerdo con el principio de igualdad.

En el ámbito internacional ha sido declarado norma de *jus cogens*, norma imperativa que no permite derogar para su aplicación. La libre determinación está recogida en algunos de los documentos internacionales más importantes, como la Carta de las Naciones Unidas o los Pactos Internacionales de Derechos Humanos, aunque no en la Declaración Universal de los Derechos Humanos. También se encuentra presente en numerosas resoluciones de la Asamblea General de la ONU, por ejemplo en la Resolución 1514 de diciembre de 1960.

Sobre esta cuestión, relativa al territorio del Sahara, se ha expresado la Corte Internacional de Justicia,

The UN Legal Affairs Department reaffirmed and confirmed the 1975 verdict of the International Court of Justice on the Western Sahara issue:

1. "Spanish Sahara was included in 1963 in the list of Non-Self-Governing Territories under Chapter XI of the Charter (A/5514, Annex III)... In a series of General Assembly resolutions on the Question of Spanish/Western Sahara, the applicability to the territory of the Declaration on the Granting of independence to Colonial Countries and Peoples (General Assembly resolution 1514 (XV) was reaffirmed". (§5)
2. "The Madrid Agreement [1975] did not transfer sovereignty over the territory, nor did it confer upon any of the signatories the status of an administering Power, a status which Spain alone could not have unilaterally transferred". (§6)
3. "The transfer of administrative authority over the territory to Morocco and Mauritania in 1975, did not affect the international status of Western Sahara as a Non-Self-Governing Territory"⁵²⁶(§6).

Desde entonces, la cuestión relativa al estatus como independiente se queda abierta, más esto no significa que los delitos cometidos pueden quedarse sin juicio, garantizando a los responsables la más amplia impunidad.

Como hemos afirmado por los otros casos, en los próximos meses se deberá evaluar los efectos de la Ley de Reforma, 1 de 2014, que introduce limitaciones y nuevos requisitos para el ejercicio de la jurisdicción universal en territorio español. En la Disposición Transitoria se establece el sobreseimiento de las causas abiertas en las que no concurren una serie de requisitos. Ahora se deberán mirar con atención los requisitos previstos por el crimen de genocidio también si en este caso nadie duda de la conexión absoluta existente entre el Sahara Occidental y España debido a que actualmente España

⁵²⁶ Traducción: El Departamento de Asuntos Legales de la ONU (S/2002/161) reafirmó y confirmó el veredicto de 1975 de la Corte Internacional de Justicia sobre la cuestión del Sahara Occidental: 1. "Sahara español fue incluido en 1963 en la lista de territorios no autónomos de los territorios en virtud del Capítulo XI de la Carta (A/5514, anexo III). En una serie de resoluciones de la Asamblea General sobre la cuestión de Español / Sáhara Occidental, el aplicabilidad en el territorio de la Declaración sobre la concesión de la independencia a los países y pueblos coloniales (resolución 1514 (XV) se reafirmó ". 2. "El Acuerdo de Madrid [1975] no transfirió la soberanía sobre el territorio, ni confirió a ninguno de los signatarios la condición de Potencia administradora, condición que España por sí sola no podía haber transferido unilateralmente" 3. "La transferencia de autoridad administrativa sobre el territorio a Marruecos y Mauritania en 1975 no afectó la condición internacional del Sáhara Occidental como territorio no autónomo.

sigue siendo la entidad administradora de un territorio en vía de descolonización en el que no se ha celebrado el referendun para la independencia.

5.7 El caso *Guantánamo*; reflexiones preliminares

He considerado oportuno abordar el tema ligado al caso Guantánamo debido a que es muy interesante, reciente y al mismo tiempo está ligado al debate actual sobre la guerra contra el terrorismo. La pregunta que nace es: ¿En qué consiste esta guerra contra el terrorismo? En la práctica, este concepto ha sido utilizado por parte de algunos Estados para justificar el ataque en contra de otros Estados que podrían amenazar la seguridad mundial, llegando también a justificar actos que parecen más una suerte de venganza que de legítima defensa de los intereses estatales fundamentales.

Como se sabe, el Derecho Internacional prevé el uso de la fuerza legítimo, en respuesta de un ataque armado que pueda perjudicar las prerrogativas propias de un Estado, sus órganos o los derechos y las libertades de su población civil. Esto es explicado por el profesor, Attila Tanzi, quien, analizando la sentencia de la Corte Internacional de Justicia del 1986, causa *Nicaragua vs Stati Uniti* sobre el deniego del uso de la fuerza armada en las relaciones internacionales, argumentó que la prohibición del uso de la fuerza encuentra algunos límites, entre ellos, la legítima defensa.

A norma del artículo 51 de la Carta de las Naciones Unidas se prevé:

Nothing in the present Charter shall impair the inherent right of individual or collective self-defence if an armed attack occurs against a Member of the United Nations, until the Security Council has taken measures necessary to maintain international peace and security. Measures taken by members in the exercise of this right of self-defence shall be immediately reported to the Security Council and shall not in any way affect the authority and responsibility of the Security Council under the present Charter to take at anytime such action as it deems necessary in order to maintain or restore international peace and

security⁵²⁷.

En sustancia, la legítima defensa es una de las causas que excluyen la ilicitud de las violaciones de derecho internacional. Un hecho que sería ilícito, como el uso de la fuerza en las relaciones internacionales, se convierte en lícito cuando está presente la causa que excluya su ilicitud como la auto tutela armada (Tanzi; 2013: 445). En cualquier caso las acciones en contra del Derecho humanitario, son ilícitas también si son actuadas bajo la legítima defensa.

Ahora bien, si la legítima defensa está garantizada a tutela de la integridad de los Estados, de sus valores y intereses, y por la protección de los ciudadanos, como respuesta a un ataque armado, Tanzi, se pregunta si al estado actual del desarrollo del Derecho Internacional, se puede o no hablar de legítima defensa preventiva; preventiva en el sentido de legitimar actos que no son directos a la defensa inmediata de un interés estatal, sino a la lucha de las formas de amenazas futuras a estos intereses. La llamada guerra contra el terrorismo, de hecho, prevé la utilización de cualquier medio, incluyendo el ataque armado, en contra de enemigos considerados terroristas y que por lo tanto podrían amenazar la paz y la seguridad de un Estado.

Las preguntas que surgen son: ¿estos actos pueden ser considerados legítimos a la luz del hecho de que no hay una efectiva amenaza a la paz y a la seguridad de un Estado? Si es así, en la condición de la lucha al terrorismo, ¿los Derechos Humanos podrían ser objeto de una restricción, a daño de los enemigos?

Todas estas preguntas nos han llevado a tomar en consideración una teoría de filosofía del derecho que se ocupa de los Derechos Humanos y de la llamada *guerra justa*.

⁵²⁷ Traducción: Nada en la Carta menoscabará el derecho inherente a la legítima defensa individual o colectiva, en caso de ataque armado contra un Miembro de la Naciones Unidas, hasta que el Consejo de Seguridad haya tomado las medidas necesarias para mantener la paz y la seguridad internacionales. Las medidas adoptadas por los miembros en ejercicio de este derecho de legítima defensa serán comunicadas inmediatamente al Consejo de Seguridad, y no afectará en modo alguno la autoridad y responsabilidad del Consejo conforme a la presente Carta para ejercer en cualquier momento la acción que estime necesaria con el fin de mantener o restaurar la paz y la seguridad internacionales.

Muchos autores se preguntan si efectivamente existe esta tipología de guerra que pueda ser justificada.

En su libro sobre el derecho de gentes, *jus gentium*, Rawls (2001) ofrece un análisis de lo que en los últimos años ha sido llamado: Derecho a una guerra justa. Para poder entender el estudio que el autor hizo sobre este principio, es necesario partir del concepto de derecho de gentes que utiliza. Por derecho de gentes él entiende una concepción política de la equidad y la justicia que se aplica a los principios y a las normativas de derecho internacional y su práctica. Ahora bien, partiendo de este concepto, Rawls habla de sociedad de los pueblos para referirse a todos aquellos pueblos que siguen los ideales y principios del derecho de gentes en sus relaciones recíprocas.

A través de sus palabras: «El derecho de gentes aspira a presentar como posible una sociedad mundial de pueblos liberales y decentes». (Rawls 2001: 16). Ningún Estado tiene derecho a la guerra para la realización de sus intereses; sin embargo, el derecho de gentes reconoce el derecho a la guerra en defensa. Esto significa que hay algunos criterios y requisitos para evaluar e interpretar las acciones de los Estados que utilizan este derecho para proteger y preservar las libertades básicas de los ciudadanos u otros intereses nacionales que involucran la supervivencia del mismo Estado.

El autor en su libro enumera algunos principios fundamentales de restricción en la conducción de la guerra, que pueden ser resumidos de esta manera:

1. El fin de una guerra justa es una paz justa y duradera entre los pueblos;
2. La guerra será considerada justa solo si es hecha contra Estados cuya política exterior amenace la seguridad y las instituciones libres de otros Estados;

De lo anterior se desprende que una guerra hecha por fines económicos y políticos debería ser ilegítima. Además el autor siempre se basa en el concepto de guerra en defensa de la propia seguridad y de los derechos y libertades fundamentales.

3. En la conducción de la guerra se deberá distinguir entre: los dirigentes y los

funcionarios de un Estado, sus soldados y su población civil;

Una reflexión que se puede hacer sobre esta distinción es que los ataques a la población civil, deberán ser considerados como ilegítimos, no justificados, no siendo esta última involucrada en la preparación y organización de un conflicto, y por lo tanto no se puede considerar como responsable del mismo.

4. En la conducción de los actos de guerra, se deberán respetar, en la manera de lo posible, los Derechos Humanos de los miembros de las fuerzas armadas enemigas.

De hecho, según la teoría del derecho de gentes, el enemigo tiene este derecho.

5. En sus declaraciones y sus actos, los gobernantes, que hablan en nombre de los pueblos, deben prefigurar el tipo de paz y de relaciones que buscan.

6. Finalmente, los medios más eficaces para alcanzar el fin, deben tener un papel restringido en la evaluación de las acciones o las políticas.

Resumiendo, de acuerdo con la teoría de Rawls, podemos decir que la guerra puede ser justificada solo en defensa de los intereses y prerrogativas fundamentales para la vida de un Estado. En todo caso, los Derechos Humanos deben ser respetados y garantizados. No pueden sufrir restricciones o limitaciones a daño de los enemigos.

5.7.1 El caso *Guantánamo*; crímenes contra las personas y bienes protegidos en caso de guerra y otros delitos

Después de estas reflexiones, el caso Guantánamo, relativo a los crímenes contra las personas y bienes protegidos en caso de guerra, torturas y otras violaciones de los Derechos Humanos, se presenta seguramente muy interesante.

Con querrela, impulsada por cuatro abogados: Gonzalo Boyé, Isabel Elbal, Luis Velasco y Antonio Segura con experiencia en causas de delitos contra la humanidad y de

tortura, dirigida contra el Fiscal General de Estados Unidos, Alberto González y otros cinco asesores jurídicos de la administración del ex Presidente estadounidense George W. Bush, se abrió este asunto en abril de 2009 ante la Audiencia Nacional por los crímenes antes mencionados. En particular se imputó a éstos la elaboración de un cuerpo de normas para privar de derechos fundamentales a los prisioneros de la base de Guantánamo; de establecer nuevas normas relativas a los interrogatorios que preveían torturas y otros malos tratos a daño de los prisioneros y finalmente la total impunidad de los militares, médicos y otros funcionarios de la base antes mencionada.

En sustancia, a los querellados se imputó la responsabilidad de haber preparado un cuadro jurídico que permitió justificar actos de torturas y otros graves delitos en contra de las personas, en la cárcel de Guantánamo. La querrela que, no obstante no fue dirigida directamente contra Bush, era directa en contra del sistema que justificó actos ilícitos internacionales en la que en la doctrina internacional de los últimos años tomó el nombre de guerra contra el terrorismo.

Los acusados son Alberto González, asesor de Bush cuando se diseñó la nueva política y posteriormente fiscal general; David Addington, consejero del vicepresidente Dick Cheney; William J. Haynes, consejero del Departamento de Defensa, que dirigía Donald Rumsfeld; Douglas Feith, subsecretario para asuntos legales de Defensa, Jay S. Bybee, asistente del fiscal general, y John Yoo, otro asistente jurídico del primer Gobierno de Bush; el que creó Guantánamo.

El 4 de mayo de 2009 el Juzgado Central de Instrucción n.6 de la Audiencia Nacional, acordó una serie de diligencias y abrió una comisión rogatoria a Estados Unidos con el fin de saber, de las autoridades estadounidenses, si en este país los crímenes mencionados estaban siendo investigados o perseguidos.

La demanda a la comisión rogatoria no tuvo una respuesta hasta el 2011. En marzo

de este mismo año, el Gobierno de Estados Unidos solicitó a la Audiencia Nacional cerrar su investigación sobre los delitos en contra de las personas y bienes protegidos en caso de guerra, torturas y otras graves violaciones de los Derechos Humanos, en la base militar de Guantánamo.

El gobierno Americano pidió que estos casos pasaran a los tribunales nacionales de su país, los únicos competentes para poder juzgar estos crímenes, en cuanto es sobre el territorio americano que se verificaron. Al mismo tiempo aseguró luchar contra la impunidad por esta tipología de ilícitos internacionales y que por lo tanto empezaría las investigaciones para restablecer la verdad de los hechos ocurridos y las relativas responsabilidades de las personas involucradas en ellos.

El 13 de abril de 2011⁵²⁸, el Juzgado Central de Instrucción n. 6 acordó la inadmisión de la querrela presentada, el sobreseimiento provisional y el archivo de las actuaciones judiciales previas. Este tribunal fundamentó su decisión en la aplicación del principio de subsidiariedad para que los tribunales estadounidenses pudieran conocer los hechos.

Como hemos visto a lo largo del cuarto capítulo de esta tesis, la ley española prevé la regla de la subsidiariedad de la jurisdicción ejercitada por los tribunales nacionales por la que, solo permite abrir un caso por delitos en el extranjero si los hechos denunciados no se indagan en el país en que se produjeron. La problemática del criterio de subsidiariedad reside en la imposibilidad práctica de poder demostrar la imparcialidad e independencia de los órganos judiciales extranjeros, como en este caso son los tribunales estadounidenses. No se puede controlar y establecer con certidumbre que sus actuaciones judiciales no tengan el único fin de dejar impunes a los sujetos involucrados en los hechos.

⁵²⁸ Audiencia Nacional, Juzgado Central de Instrucción n. 6, Diligencias Previas Proc. Abreviado 134/2009, Auto del 13 de abril de 2011, en: https://docs.google.com/a/uji.es/file/d/0ByBM8_x9Ydxix3BCQkhKRlhKN2M/edit.

En marzo de 2012⁵²⁹, después de que los demandantes interpusieron un recurso de apelación, el Pleno de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, confirmó el archivo, conforme al pronunciamiento del Tribunal Supremo que el 20 de diciembre de 2012⁵³⁰, inadmitió los recursos de casación. Contra este pronunciamiento, las acusaciones populares presentaron un recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional. Actualmente el procedimiento se encuentra amparado y a la espera de la resolución del Tribunal Constitucional.

La noticia de las lesiones sufridas por las víctimas, consideradas como presuntos terroristas en Guantánamo, sin posibilidad de tener un abogado y sin un proceso que efectivamente imputaba la responsabilidad de actos de terrorismo, causó un gran revuelo internacional. Después del 11 de septiembre de 2001, bajo un ideal de guerra justa al terrorismo, nació una política estatal que, en violación de los Derechos Humanos y muchos convenios internacionales que prevén normas para la protección y los derechos de las personas, está dirigida a sancionar con cualquier medio, lícito o ilícito, los actos de terrorismo.

Esto seguramente no puede ser aceptado y debe ser sancionado; por esta razón los tribunales americanos tendrán un importante papel, debiendo juzgar a su propios militares, y no pudiendo privilegiar otros intereses sobre los de justicia y represión de dichas conductas y reparación a las víctimas.

⁵²⁹ Sala de lo Penal, Audiencia Nacional, Pleno, EXP 14/2011, APELACION 148/2011, Diligencias Previas 134/2009, Juzgado Central de Instrucción 3, Auto del 23 de marzo de 2012, en: <https://docs.google.com/a/uji.es/file/d/1YaZNY04CWT3vvAchGaGehaNgPdkGWs0vGaTL1oJe4PXAqVMDv8gABDXdGreG/edit>.

⁵³⁰ Tribunal Supremo Sala de lo Penal, Auto 1916/2012, Recurso Casación n. 1133/2012, Auto del 20 de diciembre de 2012, en: https://docs.google.com/a/uji.es/file/d/0ByBM8_x9YdxiRnFVTDJtZTg5bDg/edit.

5.7.2 El caso *Guantánamo*; torturas y malos tratos sobre detenidos españoles o con vínculo de conexión con España

No menos importante resulta el procedimiento abierto con la querrela en 2009 relativa a los malos tratos y torturas perpetrados a daño prisioneros de la prisión de Guantánamo. Los querellantes, Abdul Latif Al Banna, Ornar Deghayes, Hamed Abderrahman Ahmed y Lahcen Ikassrien, denunciaron hechos criminales ocurridos, entre 2002 y 2005, después de haberse producido su detención y durante todo el tiempo en que estos últimos se encontraron bajo custodia de las autoridades estadounidenses.

Los delitos fueron clasificados por el Juzgado Central de Instrucción número cinco de la Audiencia Nacional como tortura y contra la integridad moral, en concurso con uno o varios delitos contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado; en concreto lo relativo a prisioneros de guerra y personas civiles.

A través del auto de 27 de abril de 2009⁵³¹ se admitió a trámite la querrela:

Según parece desprenderse de los documentos desclasificados por la Administración Norteamericana, mencionados en medios de comunicación, y, sin constancia, en este momento en la causa, por lo que deberán solicitarse, se ha relevado ahora lo que antes se intuía: un plan autorizado y sistemático de tortura y malos tratos sobre personas privadas de libertad sin cargo alguno y sin los elementales derechos de todo detenido, marcados y exigidos por las convenciones internacionales aplicable. Este plan sistemático, configura la posible existencia de una acción concertada para la ejecución de una multiplicidad de delitos de torturas contra la personas privadas de libertad en Guantánamo y otras prisiones, (...). Bien pudiera decirse que Guantánamo es un verdadero "limbo" en la Comunidad Jurídica que queda definida por una multitud de Tratados y Convenciones firmadas por la Comunidad Internacional, constituyendo un acabado ejemplo de lo que alguna doctrina científica ha definido como "Derecho Penal del Enemigo". Este derecho penal del enemigo opuesto al derecho penal de los ciudadanos, quedaría reservado para aquellos a los que se considerarían responsables de atacar o poner en peligro las bases de

⁵³¹ Audiencia Nacional, Juzgado Central de Instrucción n. 5, Auto de 27 de abril 2009, en: https://docs.google.com/a/uji.es/file/d/1f6k8cNjMrddDkN7SHezr7-0-vFs69ne_ziI Ip3iWrFJYPvXaaPIIVSQGnol/edit.

la convivencia del Estado de Derecho (...).

En consideración del artículo 23 párrafo 4, modificado a través de la Ley Orgánica número 1 de 2009, el 13 de noviembre de 2009 el fiscal interpone recurso de apelación contra el auto de 27 de abril de 2009⁵³², con lo que se admitió a trámite la querrela antes mencionada:

de conformidad con la Ley Orgánica 1/2009 de noviembre (BOE 4 de noviembre de 2009) que da nueva redacción a los apartados 4-5 del artículo 23 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, no se cumplen los requisitos introducidos por la ley en el apartado segundo del citado artículo 23.4, por lo que careciendo de jurisdicción, no es posible la admisión a trámite de la querrela.

El 27 de enero de 2010⁵³³ el Juzgado Central de Instrucción n. 5, dicta lo siguiente:

(...) Sin embargo, por una parte esta interpretación conduciría al absurdo de extender la Jurisdicción Española para todas las personas que han estado o están internadas en la Base Militar de Guantánamo, y por otra, la reforma legal es concluyente pues en el estado actual de la causa no es dable seguir el procedimiento sino por los delitos cometidos contra víctimas españolas, pero no por los cometidos contra víctimas extranjeras salvo que se constate algún vínculo relevante de conexión con España, que no concurre en el ámbito de este recurso, según se delimita en el Fundamento de Derecho 1 del Auto del Pleno.

Sucesivamente en abril de 2011 el Pleno de la Sala Penal desestimó el recurso confirmando la jurisdicción y competencia de la Audiencia Nacional. Finalmente el 13 de enero de 2012⁵³⁴ el Juzgado Central de Instrucción n.5 emitió un auto donde se afirmó que no había constancia de un procedimiento que suponga una investigación y persecución efectiva en otro país competente o en el seno de un Tribunal Internacional:

⁵³² Fiscalía de la Audiencia Nacional, Diligencias Previas 150 de 2009, Juzgado Central de Instrucción n. 5, en: https://docs.google.com/a/uji.es/file/d/0ByBM8_x9YdxiZmp4OE13XzZUTIk/edit.

⁵³³ Audiencia Nacional, Juzgado Central de Instrucción n. 5, Diligencias Previas 150/2009, Auto del 27 de enero de 2010; el Auto 150/2009, se puede consultar en la página web: <https://docs.google.com/a/uji.es/file/d/1vu2n8wffZnMk5RH9uRLIJ3EXmrWyGf6Riz4eE6B5WVY0yer5pWcYz1yheVX/edit>.

⁵³⁴ Audiencia Nacional, Juzgado Central de Instrucción n. 5, Diligencias Previas 150/2009, Auto del 13 de enero de 2012, en: https://docs.google.com/a/uji.es/file/d/0ByBM8_x9YdxiWk1hM1ZKS2JpbVE/edit.

(...) Visto los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación,

DISPONGO

1. Afirmar la Jurisdicción española para la investigación y conocimiento de los hechos objeto de las presentes actuaciones.
2. Recabar informe del Ministerio Fiscal acerca de las personas contra quienes entienda pertinente dirigir la acción penal como presuntos responsables de los hechos objeto de investigación. (Auto de 13 de enero de 2012, diligencias previas 150/2009-P, Juzgado Central de Instrucción número 5, Audiencia Nacional Madrid, página 18).

En este último Auto se ordenó además que se practicara el examen médico forense a los querellantes, se reiteró la comisión rogatoria a Estados Unidos de América en 2009 para que las autoridades judiciales competentes en Estados Unidos informen: a) si existe alguna investigación judicial abierta en este país sobre los actos de tortura, tratos inhumanos y degradantes sufridos por los querellantes y si b) existe la posibilidad de que la víctimas impulsen tal investigación. Hasta el momento en que se escribe, el proceso resulta amparado por falta de cooperación de las autoridades estadounidenses.

5.8 El caso *Tíbet*

Una de las consecuencias más importantes, en el interior de España, tras la Sentencia del Tribunal Constitucional español de 2005 en el caso Guatemala, ha sido que tras de este pronunciamiento pudieron admitirse a trámite dos causas sobre crímenes internacionales que han visto involucrada a la República Popular China, cometidos en el Tíbet. Como explica Esteve Moltó (2008), la circunstancia a destacar de estos procesos ha sido que por primera vez se aplicó el principio de justicia universal en su sentido más absoluto. De hecho: «se ha estimado la competencia de los tribunales españoles en estos casos que no presentan ningún nexo de conexión nacional con el país de origen». Los casos

abiertos fueron: el caso de delitos de lesa humanidad en el territorio tibetano y el caso de genocidio en el Tíbet.

Antes de adentrarnos en el análisis de los casos, resultan necesarias algunas consideraciones previas. Como hemos explicado en los capítulos anteriores, para que pueda haber competencia de los órganos judiciales de un país tercero con el crimen y bajo el principio de jurisdicción universal, hay que evaluar si efectivamente existe un foro más adecuado para que las víctimas puedan acudir a la justicia y determinar la responsabilidad relativa de las personas que resulten involucradas con los hechos. Sobre este aspecto hay que mencionar de forma sintética que, por el lado de la justicia territorial, en este caso ejercitada por los tribunales chinos, podemos ver como las víctimas encontraron siempre fuertes obstáculos para hacer valer sus pretensiones delante de estos órganos. Ha sido sistemáticamente demostrado por los activistas, organizaciones de víctimas, abogados y del mundo académico que en China ha habido y hay un sistema que permite la total impunidad de los hechos considerados delictivos⁵³⁵.

Del otro lado, si pensamos a la jurisdicción complementaria de la Corte Penal Internacional, tenemos que constatar que China y Tíbet no son parte de su Estatuto, además de esto, los hechos denunciados en la querrela por el crimen de genocidio a daño del pueblo tibetano, son anteriores a 2002. Debido a ello, resulta prácticamente imposible una actuación de dicho órgano orientada a conocer los hechos⁵³⁶.

⁵³⁵ La imposibilidad de acudir a la justicia territorial y la total impunidad de los hechos resultó bien documentada en el Auto de la Audiencia Nacional del 16 de enero de 2006, sección cuarta de la Sala de lo Penal, Rollo de Apelación 196/2005, Diligencias Previas 237/2005, Noveno Fundamento de Derecho, apartado c.

⁵³⁶ Como explica Gil Gil (2006) En el acuerdo del pleno no jurisdiccional del 3 de noviembre de 2005, consecuente a la decisión del Tribunal Constitucional del 26 de septiembre de 2005, caso Guatemala, la Audiencia Nacional decide dar cumplimiento a dicho pronunciamiento, examinando de oficio la inactividad de los órganos judiciales del territorio y la imposibilidad de intervención de los tribunales internacionales, aceptando, en caso de éxito positivo, la competencia a conocer los hechos, salvo que se aprecie el exceso o abuso de derecho. Por Auto de 10 de enero de 2006 la Audiencia, en seguimiento de estos parámetros, argumenta de forma clara y unívoca, la inactividad de la jurisdicción china en la persecución de los hechos y la imposibilidad de activación de la Corte Penal Internacional.

5.8.1 Crimen de lesa humanidad en Tíbet

Partiendo del caso de los crímenes de lesa humanidad, podemos resumir los hechos de esta forma: a tres días de que empezaran los juegos olímpicos de Pekín de 2008, el juez Pedraz admitió a trámite la querrela interpuesta por el Comité de Apoyo al Tíbet, la Fundación Privada Casa del Tíbet y Tubten Wahghen Sherpa Sherpa. La querrela se refería los delitos de lesa humanidad perpetrados por dirigentes chinos en un plan criminal generalizado y sistemático contra la población tibetana⁵³⁷. La querrela interpuesta no tuvo vida fácil, de hecho, a pesar de que fue presentada meses antes de la pre anunciada reforma de 2009 (Ley Orgánica del Poder Judicial 1 de 2009), en parte o en su totalidad, puesta en marcha para frenar determinados casos que podían generar problemas económicos y diplomáticos al Estado español, se ha visto frenada en diferentes momentos debido a la retroactividad de dicha ley aplicable a los procedimientos pendientes delante de la Audiencia Nacional. El Ministerio Fiscal a principios de 2010 informó que «una vez en vigor la L.O 1/2009 de 3 de noviembre, por la que se modifica, entre otros, el artículo 23.4 de la L.O.P.J. sobre los requisitos y presupuestos del principio de jurisdicción universal, procedía acordar el archivo de las actuaciones».

Al no encontrar presente uno de los nuevos requisitos introducidos por la reforma, en particular un vínculo con el Estado español, por Auto del 26 de febrero de 2010 el Juzgado Central de Instrucción número 1 decretó el archivo de las actuaciones: No habiéndose encontrado una “conexión relavante” que determinase la competencia de los órganos judiciales españoles bajo el principio de jurisdicción universal, así como establecido en la Ley Orgánica número 1 de 2009, y en conformidad con las obligaciones derivadas por el derecho internacional general, este Tribunal estableció el archivo del

⁵³⁷ Todos los autos pueden ser consultado en la página web de *Rights International Spain*, casos de interés, jurisdicción universal. Sobre el caso de los crímenes de lesa humanidad: http://ris.hrahead.org/casos_/otros-casos-de-interes/jurisdicion-universal.

procedimiento; confirmado en octubre de 2010⁵³⁸.

En el recurso de apelación los querellante afirmaron la vulneración del precepto constitucional de tutela judicial efectiva, al suponer la reforma de 2009 un obstáculo para la continuación del procedimiento hasta su finalización⁵³⁹. Sobre este aspecto el Tribunal afirma que:

No puede discutirse que las consecuencias de la reforma operada en el artículo 23.4 de la L.O.P.J., por lo que afecta al caso de autos, ha producido un cambio de la situación procesal anterior, y una imposibilidad de la continuación del procedimiento, pero tales consecuencias, aunque ciertas y reales, no pueden confundirse con la vulneración de los referidos principios, pues, como ya se ha indicado, la imposibilidad de la continuación de las actuaciones ni es arbitraria ni ilógica, sino debida a un cambio radical en la redacción en cuanto que de una jurisdicción absoluta se ha pasado a limitada, lo que lleva consigo el inminente cese de la jurisdicción penal; todo ello, sin perjuicio de recordar que lo que protege y ampara el “principio pro actione” íntimamente vinculado al cumplimiento de normas de carácter procesal, es impedir que a través de una visión excesivamente rigurosa de la normativa procesal se evite entrar a resolver sobre el fondo, supuesto inaplicable al caso. [...], sigue afirmando el indicado Tribunal, el deber que este principio impone consiste únicamente en obligar a los órganos judiciales a interpretar los requisitos procesales de forma proporcionada, impidiendo que determinadas interpretaciones y aplicaciones de los mismos eliminen u obstaculicen desproporcionadamente el derecho a que un órgano judicial conozca y resulta en derecho sobre la pretensión a él sometida⁵⁴⁰.

Cabe recordar el voto particular de tres magistrados⁵⁴¹ que de forma

⁵³⁸ Auto de la Audiencia Nacional, Sala de lo Penal, Pleno, Diligencias Previas 242/2005, Juzgado Central de Instrucción número 1, 27 de octubre de 2010.

⁵³⁹ Fundamento de Derecho Primero, Auto de la Audiencia Nacional, Sala de lo Penal, Pleno, Diligencias Previas 242/2005, Juzgado Central de Instrucción número 1, 27 de octubre de 2010.

⁵⁴⁰ Fundamento de Derecho Segundo, Auto de la Audiencia Nacional, Sala de lo Penal, Pleno, Diligencias Previas 242/2005, Juzgado Central de Instrucción número 1, 27 de octubre de 2010.

⁵⁴¹ Voto particular que formulan los magistrados Clara Bayarri García, Ramón Sáez Valcárcel, José Ricardo de Prada Solaesa, contra el Auto del Plano de la Sala de lo Penal de fecha veintisiete de Octubre de dos mil diez en el recurso de apelación interpuesto en el procedimiento DP 242/2005 del Juzgado Central de

diametralmente opuesta a este Tribunal afirmaron el carácter absoluto de la jurisdicción universal, y que las limitaciones previstas en la nueva formulación del artículo 23.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial número 1 de 2009, contradecían la misma naturaleza del principio así como reconocido a nivel internacional; además de confirmar la postura sobre este aspecto del Tribunal Constitucional en la sentencia de 2005 relativa al caso Guatemala:

“vínculos de conexión”, tales como que el autor del delito se halle en territorio español, las víctimas sean de nacionalidad española u otro punto de conexión directo con intereses españoles-, por considerar que estos criterios no están amparados por la costumbre internacional y llevarían además a una reducción *contra legem*, no solo del derecho a obtener tutela judicial (según estaba entonces legalmente regulado su ejercicio), sino del propio principio de jurisdicción universal. [...] Por ello no se podría considerar como constitucionalmente factible que el interés legítimo en un ejercicio razonable de la Justicia Universal pase por establecer determinados límites de carácter automático al acceso a la jurisdicción, en concreto los introducidos por el legislador español que en casos como el presente, podrían tornarse innecesarios, excesivos e irrazonables. El “principio de progresividad” en la protección de los Derechos humanos impediría cualquier retroceso o rebaja en el estándar de protección ya alcanzado, fijado en la referida jurisprudencia constitucional.

Posteriormente a dicho Auto los querellantes presentaron en su contra un recurso de casación inadmitido por el Tribunal Supremo⁵⁴². Actualmente este proceso está pendiente de resolución por el Tribunal Constitucional.

Instrucción nº 1 de la Audiencia Nacional, 5 de noviembre de 2010. Para más información, véase el texto integral del voto particular de los magistrados antes mencionados, en la siguiente página web: https://drive.google.com/a/uji.es/file/d/0ByBM8_x9YdxiZ0hteXpEc31WZlVvaGpHR3pvRVhlcWtLZG1B/edit.

⁵⁴² Auto del Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, recurso 857/2011, del 14 de noviembre de 2011.

5.8.2 Sigue: Crimen de Genocidio

Uno de los casos más discutidos y problemáticos y que ahora se ve amenazado por la introducción, en el ordenamiento español de la ley de reforma 1 de 2014, seguramente es el caso del genocidio en Tíbet. Resumiendo los hechos⁵⁴³ podemos ver como el 28 de junio de 2005 el Comité de Apoyo al Tíbet, la Fundación privada Casa del Tíbet⁵⁴⁴ y como acusación particular el ciudadano español de origen tibetano, Thubten Wangchen, presentaron una querrela⁵⁴⁵ por actos de genocidio cometidos en Tíbet en los años 80 y 90. En la querrela presentada frente de la Audiencia Nacional española se alegaban las responsabilidades de varios líderes chinos como el ex Presidente y Secretario del Partido Comunista Chino Jiang Zemin, entre otros. Con Auto del 5 de septiembre de 2005⁵⁴⁶, el Juzgado Central de Instrucción n. 2 no admitió la querrela por estos motivos⁵⁴⁷:

hay que concluirse que la jurisdicción española no es competente para el conocimiento de los mismos habida cuenta que ninguno de los presuntos culpables es de nacionalidad española ni se encuentra en territorio nacional ni España ha denegado su extradición y, de otra parte, no se aprecia la existencia de una conexión con un interés nacional español en relación directa con estos

⁵⁴³ Para profundizar el tema veáse entre otros, Esteve Moltó (2006).

⁵⁴⁴ La iniciativa fue presentada como acción popular, establecida en el artículo 125 de la Constitución española y regulada también por la Ley Orgánica del Poder Judicial en los artículos 19.1 y 20.3.

⁵⁴⁵ Además de los crímenes de genocidio, se alegaban otras violaciones internacionales como tortura, terrorismo de estado y crímenes contra la humanidad. Hablando del terrorismo de Estado, Esteve Moltó (2006: 588) afirma que: «las detenciones al margen de todo procedimiento legal, los juicios sumarios y formales, la práctica de la tortura por funcionarios del Gobierno de Pekín en las cárceles del Tíbet, la represión violenta en los monasterios y de las manifestaciones pacíficas, las desapariciones, las ejecuciones sumarias y arbitrarias, obedecen a una plan que coordina a los tres poderes del Estado Chino y que orquestan los dirigentes del Partido Comunista Chino. Esta actuación delictiva, no sólo altera gravemente la paz pública, tal como exige nuestro Código penal, sino que constata la ausencia de un orden constitucional en China. A este concepto del llamado "terrorismo de Estado", es al que ya se refirió en los años cincuenta el Profesor Quintano Ripollés y que se trae a colación el ya mencionado auto de procesamiento de Pinochet, al denunciar que: "Una forma de terrorismo que parece haber tenido una lamentable tendencia a proliferar en nuestro tiempo, tan propicio a todos los monopolios estatales, es la del terrorismo desde arriba, esto es, el practicado por el Estado abierta o encubiertamente a través de sus órganos oficiales u oficiosos, es claro que desborda obviamente el campo propio del Derecho penal interno, aunque pueda importar al internacional penal en la dimensión de los llamados Crímenes contra la Humanidad o los genocidas. Es, sin duda, el aspecto más vil del terrorismo, dado que elimina todo riesgo y se prevale del aparato de la autoridad para perpetrar sus crímenes bajo el ropaje de la autoridad y aun del patriotismo"».

⁵⁴⁶ Diligencias Previas Proc. Abreviado 0000237/2005, Auto del 5/09/2005, en: https://docs.google.com/file/d/1EjYqMuo2cSEtYETcfSayo9YbdfS901iOwlJoPAZuScXUMORYtHN4VZ_s_AtN/edit?pli=1.

⁵⁴⁷ Razonamiento Jurídico Octavo.

delitos, pues siendo posible concretar dicha conexión en la nacionalidad de las víctimas, no se denuncia ni se aprecia, la comisión de delitos de genocidio y tortura sobre españoles, pues la presencia en el proceso como acusación particular, de un ciudadano, Thuben Wanchenh Sherpa Sherpa, nacionalizado español, no aporta la necesaria conexión para entender que deba ser la jurisdicción española la que haya de conocer de los hechos. Tampoco se conecta directamente con otros intereses españoles relevantes.

Contra de este Auto los querellantes interpusieron un recurso de apelación resuelto por la Audiencia nacional en Enero de 2006⁵⁴⁸, admitiendo la querrela a trámite, conforme a lo establecido por el Tribunal Constitucional en el caso Guatemala en el año 2005. De hecho, como afirma Estebe Moltó (2008: 592):

En el recurso se vino a interpretar de manera diametralmente opuesta el principio de jurisdicción universal contemplado en el artículo 23.4 de la LOPJ, y se acudió a los precedentes de los casos de Argentina y Chile que fueron admitidos a trámite por la Audiencia Nacional, a pesar de la férrea oposición del ministerio público.

Iniciada la investigación de los hechos delictivos, comenzaron las declaraciones de los testimonios y comisiones rogatorias a Canadá, Bélgica, Suecia y otros países donde residían las víctimas y testigos y otras comisiones rogatorias para recibir información por parte del Gobierno chino de los hechos. Paralelamente, a estos acontecimientos, las protestas del Gobierno Chino no tardaron a presentarse. De hecho, los demandados exigían frenar las investigaciones, «difamatorias y basadas en absolutas mentiras», asegurando que el proseguir de dichos actos podría constituir una interferencia o concretizarse en un conflicto económico y diplomático entre los dos países. Los argumentos presentados por el Gobierno Chino consistieron en la interferencia de la justicia española en los asuntos

⁵⁴⁸ Rollo de Apelación n.196/2005, Diligencias Previas 0000237/2005, Juzgado Central de Instrucción n.2, Audiencia Nacional, el texto integral se puede consultar en la página web: https://docs.google.com/file/d/1eS5NqEUAXgsX_ERY1djXN_6bX90POtDkg2vXWT_B710N3aaKh3e9SMBY8E1V/edit?pli=1.

internos chinos que se concretizaba en una injerencia externa no permitida por el Derecho Internacional, además de esto, sustentaban la falta de capacidad del los órganos judiciales españoles en conocer dichos delitos. Es interesante ver como a distancia de 5 años, los argumentos del Gobierno chino siguen siendo los mismos y que a las actuaciones de los Tribunales españoles corresponde una protesta directa que lleva a las amenazas directa de interrupción de las relaciones económicas y diplomáticas entre los dos países, lo que claramente demuestra la falta o inexistencia de la separación de poderes en China.

Continuando con el análisis de los acontecimientos judiciales podemos ver como el 30 de marzo de 2011 el Juzgado Central de Instrucción n.2, acordó ampliar la investigación a los crímenes de guerra por la violación del IV Convenio de Ginebra. El 11 de junio de 2013 el Juzgado no admite la ampliación de la querrela en contra de Hu Jintao, ex Presidente de la República China, una vez finalizada su inmunidad diplomática. Este pronunciamiento fue apelado y la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional el 9 de octubre de 2013 ordena tener por ampliada la querrela a su respecto argumentando que en los años 1988 y 1992 Hu Jintao:

habría desempeñado el cargo de Secretario del Comité del Partido Comunista Chino en la región autónoma de Tíbet lo cual necesariamente implicaba si no una participación directa en el acoso al pueblo y nación tibetana, sí la competencia y capacidad orgánica suficiente para dirigir una serie de campañas tendentes a hostigar a la población tibetana⁵⁴⁹.

El 28 de noviembre del mismo año, el Juzgado Central de Instrucción n. 2 establece una comisión rogatoria con el fin de notificar la querrela a Hu Jintao y tomar declaraciones. El mismo día la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional estima el recurso de apelación presentado por los querellantes para solicitar la orden de busca y captura de los

⁵⁴⁹ Audiencia Nacional Sala de lo Penal sección cuarta, Rollo 176/13, Sumario 2/08, Juzgado Central de Instrucción n.2, Auto 246/13 del 9 octubre de 2013; el texto se puede consultar en: https://docs.google.com/file/d/0ByBM8_x9YdxiZXVSdEdTbVROMlk/edit?pli=1.

querellados, entre ellos Jiag Zemin, ex Presidente de China y secretario del partido comunista chino. En este mismo acto, la Sala, tras la reforma del artículo 23.4, a través de la Ley Orgánica 1 de 2009, relativamente a los requisitos introducidos para establecer en que casos la jurisdicción española resulta competente a conocer de crímenes internacionales, establece que la investigación encaja en las competencias de la Audiencia nacional porque una de las víctimas tiene nacionalidad española y que existe constancia de que las autoridades chinas no hayan iniciado ningún tipo de investigación sobre los hechos objetos de la querrela.

Llegando a las fases más recientes, el Juez Ismael Moreno el 10 de febrero de 2014 ordena detener al ex Presidente chino Jiag Zemin, y una orden internacional de arresto también contra cinco dirigentes del PCCh por genocidio, torturas y crímenes de lesa humanidad en el Tíbet; lo que ha tenido como consecuencia la inmediata respuesta del Gobierno chino, desde siempre contrario al ejercicio de la justicia española en lo que reputa ser sus asuntos internos, presionando de forma directa al Gobierno español de cerrar de forma definitiva el caso y no tener consecuencias negativas en las relaciones entre ambos países. Como sabemos y hemos analizado en el anterior capítulo, la reciente reforma de la justicia universal ha tenido que ser efectuada de forma rápida y definitiva también para cercar de cerrar casos como el de Tíbet.

En el apartado 5.10 de este capítulo veremos como los efectos que la nueva reforma está provocando en los casos pendiente de juicio y entre estos seguramente un papel muy importante lo tiene el genocidio tibetano. Ahora podemos mencionar que tras la reforma de 2014 el Juez que investiga el caso ha decidido cerrar el sumario y dejar en las manos de la Audiencia Nacional la decisión de archivar o no el caso al no encontrar los nuevos requisitos introducidos por dicha ley planteando a las partes la posibilidad de presentar una cuestión de inconstitucionalidad contra la reforma de la ley sobre la justicia universal.

5.9 El caso *Gaza*: Lanzamiento de una Bomba por las Fuerzas Áreas Israelíes.

El caso Gaza, que se refiere al lanzamiento de una bomba sobre el barrio de Al Daraj (Gaza), es uno de aquellos en los que se puede apreciar fácilmente la continua hostilidad del Ministerio Fiscal español al ejercicio de la jurisdicción universal en España. No cabe duda que las posturas restrictivas del Ministerio Fiscal han venido influenciando y interfiriendo con las labores de los abogados de las víctimas y querellantes a favor de la justicia. El planteamiento de la nueva Ley de reforma de 2014, relativa a los nuevos requisitos para activar la jurisdicción universal delante de tribunales españoles, seguramente no ha tenido en cuenta lo que los casos basados sobre esta tipología de jurisdicción nos habían enseñado.

El hecho de establecer que «los delitos a los que se refieren los apartados 3 y 4 solamente serán perseguibles en España previa interposición de querrela por el agraviado o por el Ministerio Fiscal», puede significar solo dos cosas: que el legislador a la hora de introducir este requisito, en buena fe, no apreció o decidió no tener en cuenta las actuaciones pasadas del Ministerio Fiscal, que de hecho se ha casi siempre opuesto a las actuaciones judiciales basadas en la jurisdicción universal; o que, en un intento ulterior de cerrar la puerta a esta tipología de jurisdicción, reduce dramáticamente las posibilidades de abrir casos y con ellos de dar justicia, verdad y reparación a las víctimas.

Sobre estos hechos y en particular en lo relativo a la posibilidad de conocer crímenes de guerra por parte de los tribunales españoles, Pérez González (2012: 143 y sucesivas), analiza los tratados de Ginebra y los Protocolos Adicionales de 1977, evaluando si se puede hablar de una facultad o de una obligación del Estado firmante de ejercer esta tipología de jurisdicción como mecanismo para perseguir dichos actos. De hecho, en estos convenios se establece que las Altas Partes contrayentes se comprometen a tomar todas las medidas legislativas y judiciales para perseguir los hechos y en su caso

sancionar a los responsables. Cada una de las partes contratantes, una vez ratificados dichos convenios se compromete a buscar a las personas acusadas de los delitos y como obligación consecuente, deberá hacer comparecer a los presuntos responsables delante de sus tribunales sea cual sea su nacionalidad. Al parecer estas normas establecen una clara obligación de proceder a juicio también bajo el principio de jurisdicción universal, si así es el caso y en cumplimiento de los requisitos establecidos para su activación.

Pasando al análisis del caso, podemos resumir los hechos de la siguiente forma⁵⁵⁰: el 24 de junio de 2008, con el apoyo del Centro Palestino para los Derechos Humanos, se presentó una querrela contra funcionarios del Estado de Israel. A ellos se le imputaba la planificación y ejecución de una ataque realizado el 22 de julio de 2002 en el que murieron 15 personas y resultaron heridas otras 150, además de los importantes daños a un gran número de viviendas⁵⁵¹.

El 25 de agosto de 2008, el Juzgado Central de Instrucción n.4, remitió una Comisión Rogatoria a las Autoridades del Estado de Israel, solicitando información sobre los hechos y averiguando con ello si se había tramitado o se estaba por tramitar un procedimiento sobre los mismos hechos objeto de la querrela.

Desde este momento la postura del Ministerio Fiscal fue bastante clara. Lo que el pedía era la inadmisión de la causa y después, una vez que el Juzgado Central de Instrucción n. 4 decidiera acordar la admisión, el archivo de la misma y desestimación de las pretensiones formuladas por los querellantes.

⁵⁵⁰ Para profundizar el tema véase Pérez González y Escudero Alday (2009). Los autores enfrentan diferentes temas ligados a la responsabilidades penales por crímenes de guerra, profundizando el caso de los crímenes cometidos en Palestina. En él se aborda, entre otras, la cuestión del ejercicio de la jurisdicción universal para el enjuiciamiento en España de estos hechos y la jurisprudencia de los tribunales españoles sobre este tema. Un aspecto que se puede resaltar es seguramente la postura que comparten los autores en considerar como incompatible con las obligaciones internacionales, la reforma operada en España a través de la Ley Orgánica 1 de 2009. En particular hacen referencia a las obligaciones derivadas por los Convenios internacionales sobre los Crímenes de Guerra, Ginebra de 1949 y sus Protocolos Adicionales de 1977.

⁵⁵¹ La operación militar israelí tenía como objetivo el asesinato de un miembro de la organización terrorista Hamas, Salah Shahadeh, que se encontraba en la Franja de Gaza y que resultó ser una de las 15 víctimas del bombardeo.

Con Auto del 29 de enero de 2009⁵⁵², el Juzgado Central de Instrucción n. 4 dictó la admisión a trámite de la querrela:

Para terminar recordando la doctrina que en el "Caso Guatemala" vino a expresar en Tribunal Constitucional, disponiendo que: "el fundamento último de esta norma [art.23.4 LOPJ] atributiva de competencia radica en la universalización de la competencia jurisdiccional de los Estados y sus órganos para el conocimiento de ciertos hechos sobre cuya persecución y enjuicimiento tienen interés todos los Estados... " Y, a este respecto, ha declarado que "el art.23.4 LOPJ otorga, en principio, un alcance muy amplio al principio de justicia universal, puesto que la única limitación expresa que introduce respecto de ella es la de la cosa juzgada"; viniendo a concluir el Tribunal Constitucional - al que corresponde la última palabra en materia de garantías constitucionales (v. Art. 123 CE)- que " la LOPJ instaura un principio de jurisdicción universal absoluto" (v. STC 237/2005: F.3º) [...] en definitiva, los hechos pueden y deben ser investigados por la jurisdicción española, máxime cuando no se ha recibido respuesta alguna a la solicitud formulada por este Juzgado en cuanto a la información interesada al Estado de Israel, ni existe constancia de que se haya abierto procedimiento alguno para su investigación⁵⁵³.

El Ministerio Fiscal, mediante un escrito del 2 de abril del mismo año, solicitó el archivo de las actuaciones, «debido al carácter preferente de la jurisdicción del estado donde tales hechos fueron cometidos⁵⁵⁴», lo que afortunadamente no se verificó en cuanto, por Auto del 5 de mayo de 2009⁵⁵⁵, el Juzgado Central de Instrucción n. 4 decidió mantener abierta la prosecución de la causa:

dicha solicitud se interesa en virtud del examen que de la documentación aportada por el Estado de Israel se ha recibido en este Juzgado, documentación recibida ea vez que este Juzgado dicta Auto de admisión a querrela, en fecha 21/01/2009. Entiende el Ministerio Fiscal que en la documentación aportada por Israel se informa sobre la existencia de dos procedimientos[...].Tras referir la

⁵⁵² Audiencia Nacional, Juzgado Central de Instrucción número 4, Diligencias Previas 157/2008 del 29 de enero de 2009: http://www.fidh.org/IMG/pdf/20090129elpepunac_1_Pes_PDF.pdf.

⁵⁵³ Razonamientos jurídicos segundo y tercero.

⁵⁵⁴ Sobre este tema véase Escudero Alday (2009: 173-174) y Boyé Tuset (2009: 201 y sucesivas).

⁵⁵⁵ Audiencia nacional, Juzgado Central de Instrucción número 4, Diligencias Previas 157/2008 del 4 de mayo de 2009: https://docs.google.com/a/uji.es/file/d/0ByBM8_x9YdxiWmJtTTI3Q2VXZHc/edit.

doctrina jurisprudencial que entiende aplicable al caso, señala que *Como corolario cabe destacar que la investigación llevada a cabo por las Autoridades competentes de Israel, con independencia de cuál sea su resultado final, responde a los cánones mínimamente exigibles en un estado de Derecho*⁵⁵⁶.

Pese al criterio en contra de la Fiscalía, el Juzgado Central de Instrucción decidió mantener la prosecución de la causa fundamentando su decisión: «aún en el caso de que existiera algún procedimiento judicial abierto en Israel [...] cabría interpretar la competencia concurrente de la jurisdicción española para llevar a cabo la presente instrucción»⁵⁵⁷. De todas formas, este tribunal consta que no ha existido ningún procedimiento judicial sobre los mismos hechos denunciados. Por lo tanto establece que no ha lugar a declarar la incompetencia de la jurisdicción española para el conocimiento objeto de la querrela ni al archivo provisional del mismo.

El 9 de julio de 2009⁵⁵⁸, el Pleno de la Sala de lo Penal dictó Auto, basado en el recurso de apelación del Ministerio Público⁵⁵⁹, que revocó el auto del Juzgado Central de Instrucción n.4, por el que se proseguía con la causa, y estableció el archivo de las actuaciones:

El recurso de apelación interpuesto por el Ministerio Fiscal ha de prosperar, en atención a los razonamientos de orden formal y de orden material [...]. B) En cuanto a la aplicabilidad del principio de justicia universal, establecido en el art. 23.4 de la J.O.P.J., no cabe su apreciación de modo absoluto, ya que diversas disposiciones legales y la propia jurisprudencia ha venido matizándolo. [...] el principio de jurisdicción universal no puede ser entendido como un principio absoluto, que no pueda ser limitado por otros principios del Derecho

⁵⁵⁶ Razonamiento Jurídico Primero.

⁵⁵⁷ Razonamiento Jurídico Sexto.

⁵⁵⁸ Audiencia Nacional, Sala de lo Penal, Pleno, Recurso de Apelación n. 31/09, Rollo de la Sala de la Sección 2 n. 118/09, Juzgado Central de Instrucción n.4, Diligencias Previa 157/08, Auto n. 1/09 del 9 de julio de 2009; el texto del auto se puede consultar en la página web: https://docs.google.com/a/uji.es/file/d/15vBj9XlIFuNCZ01yLR13z6Zk7GE_gjUzkxywbiIo78Ocz2CcocDnZiSHN_Q/edit.

⁵⁵⁹ Escrito del 6 de mayo de 2009 en el que el Ministerio Fiscal pedía la revocación del Auto dictado el 4 de mayo de 2009 por el Juzgado Central de Instrucción n. 4, Diligencias Previa 157/08, dejando de esta forma sin efectos la competencia de los tribunales españoles a conocer los hechos objeto de la querrela debido al carácter preferente de la jurisdicción del Estado de Israel.

Internacional⁵⁶⁰.

En el razonamiento cuarto, después de un análisis de las modificaciones legislativas introducidas en el ordenamiento español partiendo de las primeras normas que intentaron limitar el ejercicio de la justicia universal, podemos mencionar la Ley Orgánica n. 18 de 2003 de Cooperación con la Corte Penal Internacional entre otras, y del análisis de las sentencias de los tribunales españoles en los casos basados en esta tipología de jurisdicción, el Pleno de la Sala de lo Penal afirmó claramente que había que constatar la ausencia del carácter absoluto que posee el principio de jurisdicción universal en España. Para lo que se refiere a la documentación aportada por el Ministerio Fiscal, relativa a las actuaciones judiciales de los órganos del Estado de Israel, esta Corte declara que dichas actuaciones desactivan el principio de concurrencia de jurisdicciones con «clara prevalencia de la confianza en el Estado de Derecho que ello implica»⁵⁶¹. Finalmente se declara:

Con la documentación remitida por las autoridades israelíes no puede sostenerse que ninguna investigación criminal eficaz se ha producido en el Estado de Israel [...]. Tampoco se aprecia maliciosas e injustificadas demoras procesales tendentes a malograr las legítimas resolución judicial de las cuestiones sometidas a decisión judicial. [...] poner en duda la imparcialidad y la separación orgánica y funcional con el Poder Ejecutivo que tienen la Fiscalía General Militar de Israel, La Fiscalía General del Estado de Israel y la Comisión de Investigación nombrada por el gobierno de Israel, supone ignorar la evidencia de la existencia de un Estado Social y Democrático de Derecho. [...] en relación con lo anterior, resulta impropio cuestionar la competencia de las autoridades judiciales del Estado de Israel.

Contrariamente a lo establecido por dicho tribunal, en el voto particular⁵⁶² firmado

⁵⁶⁰ Razonamiento Jurídico Tercero.

⁵⁶¹ Razonamiento Jurídico Cuarto.

⁵⁶² Voto Particular al Auto 1 de 2009, Audiencia Nacional Sala de lo Penal, Pleno, Apelación contra Auto Diligencias Previa 157/2008, Juzgado Central de Instrucción n.4, Magistrados: Manuela Fernández Prado, José Ricardo de Prada Solaesa, Clara Bayarri García, y Ramón Sáez Varcárcel. Dichos

por cuatro magistrados de la Sala de lo Penal, se afirmaba la inactividad de la justicia y la imposibilidad de abrir investigaciones eficaces en el territorio Israelí sobre los hechos previstos en la querrela, o delante la Corte Penal Internacional⁵⁶³, lo que confirmaba la capacidad de los tribunales españoles a conocer los delitos mencionados⁵⁶⁴.

Después de este Auto se presentó un recurso de casación que fue desestimado por el Tribunal Supremo el 4 de marzo 2010, acto que fue recurrido⁵⁶⁵ alegando los siguientes motivos:

1. Vulneración del derecho fundamental a la tutela efectiva que la inadmisión de recurso de casación supone.
2. Vulneración del derecho fundamental a un proceso con las debidas garantías.
3. Vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva en relación a la no aplicación del artículo 23.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

Esta decisión del Tribunal supremo fue fuertemente criticada también por las autoridades Palestinas. El portavoz del bloque parlamentario de Hamas, Salah Al Bardawil,

Magistrados afirman que: «El Auto de la Sala afirma que el principio de jurisdicción universal no tiene carácter absoluto y se rige por el criterio de subsidiariedad, de prioritaria aplicación sobre el de concurrencia de jurisdicciones, por lo que como en el Estado de Israel "se ha investigado y se investigan" los hechos estima el recurso del Fiscal y procede al archivo definitivo de las diligencias previas. No podemos compartir esa argumentación porque significa negación frontal de la jurisdicción universal para la persecución de los crímenes más graves de derecho internacional, ni la decisión que crea un vacío de jurisdicción y propicia la impunidad de la conducta objeto del procedimiento. <https://docs.google.com/a/uji.es/file/d/1UuSsBMuhtny2wgWTHLdpwwWGYFnEJupRneQmUMFWWXE0kxjxHoS7DzPgLBsPT/edit>.

⁵⁶³ Como afirma Boyé Tuset (2009: 220 y sucesivas), el Ministerio Fiscal sostuvo en diferentes ocasiones que el archivo del procedimiento no influiría sobre las eventuales acciones propuestas delante la Corte Penal Internacional. Sin embargo, esta postura no puede ser considerada como buena en consideración del hecho de que los crímenes objeto de querrela no podrían ser perseguido delante dicho órgano. «En resumidas cuentas, la propuesta del Ministerio Fiscal sobre el ejercicio jurisdiccional de ámbito supranacional no sólo es inviable, sino que sirve exclusivamente para confundir sobre soluciones distintas a la de este procedimiento con fines pocos claros». Sobre la imposibilidad de activar la jurisdicción de la Corte Penal Internacional, González Vega (2009: 118 y sucesivas): «la operatividad del principio de complementariedad [...] excluye en principio del conocimiento de la Corte los hechos para los que se reconocen inicialmente competentes Tribunales internos de los Estados. Como resultado de la combinación de todo este conjunto de criterios tendremos ocasión de apreciar que el caso de Gaza nos sitúa en presencia de un exponente sobresaliente de un auténtico «agujero competencial» de la CPI».

⁵⁶⁴ Sobre este aspecto, entre otros, Escudero Alday (2009: 170 y sucesivas) afirma que: «No se trata aquí de plantear el debate [...] sobre la concurrencia o subsidiariedad de la jurisdicción española con respecto a la israelí para enjuiciar estos hechos. No se plantea el debate, simple y llanamente, porque no existen procedimiento judicial abierto en Israel».

⁵⁶⁵ Tribunal Supremo. Sala de lo Penal. Secretaría de Sala: Ilma. Sra. Dña. María Josefa Lobón del Río Recurso Nº: 1979/2009 <http://www.nodo50.org/csca/agenda10/palestina/pdf/NulidadTSPopular.pdf>.

protestó contra la decisión de este Tribunal de cerrar las puertas a las investigaciones ocurridas en territorios palestinos por parte de Israel y apeló a que se revisara la postura de dicho órgano para permitir dar justicia a las víctimas y sus familiares.

Sucesivamente también el Tribunal Constitucional, el 18 de octubre de 2010, acordó la no admisión a trámite del amparo presentado. Como consecuencia de estos pronunciamientos, los querellantes presentaron una demanda ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

El 5 de noviembre de 2013, los querellantes, afirmando el cumplimiento de los requisitos previstos en la ley de reforma de 2009, ausencia de investigaciones efectivas y presencia de uno de los acusados en el territorio español, solicitaron al Juzgado Central de Instrucción n.4 la reapertura del caso. Ahora tendremos que evaluar las actuaciones de los órganos judiciales españoles tras la introducción de la Ley Orgánica 1 de 2014, para ver si decidirán reabrir el caso o establecer que no se cumplen los nuevos requisitos establecidos en dicha norma.

5.10 Los requisitos previstos en la Ley Orgánica 1 de 2014 y los casos pendientes de juicio ante la Audiencia Nacional

Tras la reforma aprobada en 2014 en España sobre la limitación, o mejor dicho el cierre total de la justicia universal en dicho territorio, los tribunales españoles podrán conocer casos de crímenes internacionales bajo algunos estrictos requisitos establecidos en la misma Ley. Ley que además diferencia y prevé criterios diferentes por cada tipología de crimen tomado en consideración; lo que complica aún más la investigación y persecución de determinados delitos en España.

Sobre este aspecto la Ley requiere que para que un juez español pueda conocer

casos de crímenes de genocidio, de lesa humanidad y bienes protegidos en caso de conflicto armado, siempre que el procedimiento se dirija contra un español o contra un ciudadano extranjero que resida habitualmente en España, o contra un extranjero que se encontrara en España y cuya extradición hubiera sido denegada por las autoridades españolas. Por los crímenes de tortura y desapariciones forzadas se establece que el procedimiento se dirija contra un español; o la víctima tuviera nacionalidad española en el momento de comisión de los hechos y la persona a la que se impute la comisión del delito se encuentre en territorio español. Mientras que, en lo relativo al crimen de terrorismo, el legislador decide establecer criterios más flexibles⁵⁶⁶.

Al diferente trato de los crímenes, consigue inevitablemente un diferente y injustificado trato de las víctimas que han sufrido uno de estos actos. Como afirmado por Ana Pérez Cedepa (20 de mayo de 2014), en la conferencia sobre el futuro de la jurisdicción universal, en mayo de 2014 en Madrid⁵⁶⁷, la reforma establece víctimas de primera, segunda y tercera clase. Donde por primera, entendemos las víctimas de terrorismo, indemnidad sexual de menores, falsificación de productos médicos y químicos. Por segunda, las víctimas de tortura, integridad moral, violencia contra las mujeres, violencia en actos de guerra y trata de seres humanos. Mientras que la víctimas de tercera, o víctimas invisibles, las de genocidio, crímenes contra la humanidad y guerra.

Además de la introducción de criterios nuevos y todavía más restrictivos para el ejercicio de la jurisdicción universal sobre determinados delitos, la norma más nociva para

⁵⁶⁶ De hecho en este caso el legislador establece que los tribunales españoles son competentes en los casos en que: el procedimiento se dirija contra un español; el procedimiento se dirija contra un extranjero que resida habitualmente en España; el delito se haya cometido por cuenta de una persona jurídica con domicilio en España; la víctima tuviera nacionalidad española en el momento de comisión de los hechos; el delito haya sido cometido para influir o condicionar de un modo ilícito la actuación de cualquier Autoridad española; el delito haya sido cometido contra una institución u organismo de la Unión Europea que tenga su sede en España; el delito haya sido cometido contra un buque o aeronave con pabellón español; o, el delito se haya cometido contra instalaciones oficiales españolas, incluyendo sus embajadas y consulados.

⁵⁶⁷ Conferencia organizada por la Fundación Baltasar Garzón en Madrid (FIBGAR), mayo de 2014.

los juicios todavía pendientes frente a los tribunales españoles es la Disposición Transitoria que establece el sobreseimiento de las causas hasta que no se acredite el cumplimiento de los requisitos establecidos en la Ley 1 de 2014. Disposición que además se pone en contra de un principio fundamental, el de la separación de los poderes, principio que debería ser respetado por lo menos en democracia.

En cuanto a la disposición transitoria única se observa una intromisión peligrosa del Poder Ejecutivo en el Poder Judicial al emplear una redacción imperativa sobre el sobreseimiento. Si se hubiera tenido conciencia del principio de la división de los poderes se debería haber dicho que los jueces, si no concurren los requisitos establecidos en la ley, procederían al sobreseimiento hasta que se acredite su cumplimiento. Curiosamente creo que se trata de un resabio del pasado puesto que, en la gran cantidad de indultos y amnistías concedida por la Dictadura, se ordenaba también el sobreseimiento (Martín Pallín, 2014: 75).

Como hemos visto a lo largo del cuarto capítulo de esta tesis, muchos expertos nacionales e internacionales se han manifestado en contra de la reforma en cuanto supone un retroceso en la defensa de los Derechos Humanos y pone en serio peligro el futuro ejercicio de la jurisdicción universal en territorio español. Entre otros, Chinchón Álvarez (2014: 10) afirma que, no obstante en la exposición de los motivos de la Ley Orgánica 1 de 2014, el legislador haya entendido modificar las normas existentes sobre la jurisdicción universal con el fin de adecuarlas a los límites y exigencias propias del Derecho Internacional,

Tras lo expuesto y a la vista de su articulado, no podemos más que acabar señalando que en realidad, lo que resulta inconcebible es defender que lo previsto en esa Ley respete esos límites y exigencias; sostener, en fin, que no ha pretendido eliminar de un plumazo y de raíz el auténtico sentido y razón de ser del principio de jurisdicción universal.

Con todo lo dicho, después de la publicación en el Boletín Oficial del Estado de la Ley 1 de 2014, los Juzgados de Instrucción de la Audiencia Nacional ya han empezado a

revisar los casos relativos a esta tipología de jurisdicción todavía abiertos.

Como hemos analizado a lo largo de este capítulo, muchos de los casos abiertos bajo este principio y que había superado los obstáculos previstos en las Leyes Orgánica 18 de 2003, de cooperación con la Corte Penal Internacional y 1 de 2009, reforma del Poder Judicial, ahora se encuentran delante un verdadero desafío: Seguir con las causas o decretar la muerte de la justicia universal en territorio español. Actualmente hasta 15 casos siguen a la espera de resolución en los tribunales españoles.

En un acto de rebelión general contra una reforma que no solo es inconstitucional y contraria a las obligaciones internacionales ratificadas por España, sino que también está redactada de tal forma que resulta en muchos de sus puntos totalmente irrazonable, pensamos por ejemplo al diferente trato de las víctimas dependiendo de la tipología de crimen que sufre, y que lo único que ha obtenido hasta la fecha ha sido, el archivo del caso Tíbet y la excarcelación de alrededor de 50 narcotraficantes⁵⁶⁸, jueces como Pedráz, Adreu y Ruz han mostrado sus dudas frente la constitucionalidad de la reforma.

Viendo desde cerca los casos pendientes delante la Audiencia Nacional podemos ver como el caso del cámara televisivo de Telecinco muerto en Bagdad, el caso *Couso*; el 17 de marzo de 2014⁵⁶⁹, El juez de la Audiencia Nacional Pedráz decidió no aplicar la nueva ley, fuertemente criticada en los últimos meses debido a que podría acabar definitivamente con la aplicación del principio de justicia universal en territorio español En el caso objeto de estudio en el apartado 5.5 el Juez Pedráz afirmó que la reforma expés no se puede aplicar en cuanto resulta ser manifiestamente contraria a los tratados internacionales, como los Convenios de Ginebra y sus Protocolos adicionales y por lo tanto debía ser considerada como inconstitucional.

⁵⁶⁸ De esta forma se manifiesta el Magistrado Andreu Merelles durante el Congreso sobre la jurisdicción universal el día 21 de mayo de 2014.

⁵⁶⁹ Audiencia Nacional, Juzgado Central de Instrucción n.1, Sumario 27 de 2007, Auto del 17 de marzo de 2014: <http://ep00.epimg.net/descargables/2014/03/17/1c0ed9d07594e89ac09558a27e7b52a3.pdf>.

En el fundamento Jurídico Sexto del Auto de 17 de marzo de 2014:

En resumen, el nuevo artículo 23.4 a) de la LOPJ introduce *ex novo* los delitos contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado, sometiéndolos a un requisito de perseguibilidad. Sin embargo, se contradice con la IV Convención de Ginebra que obliga a perseguir estos delitos sin limitación alguna. Dada la primacía de los tratados y que un tratado no puede ser modificado por una norma interna, resulta inaplicable la nueva norma, subsistiendo la disposición del tratado. Esta inaplicación supone la aplicación del nuevo apartado p) del artículo 23.4 de la LOPJ, que da cobertura a la IV Convención: Cualquier otro delito cuya persecución se imponga con carácter obligatorio por un Tratado vigente para España. Por tanto, la jurisdicción española Sí resulta competente para conocer de los hechos y delitos a que se contrae el presente Sumario.

Por ello, y vistos los preceptos citados y demás de general aplicación

DISPONGO: Inaplicar en la presente causa los apartados 4 a) y 5 del artículo 23 de la LOPJ, reformada por la LO 1/2014, de 13 de marzo, que modifica la LO 6/1985 de 1 de julio, del Poder Judicial, relativa a la justicia universal, así como la Disposición Transitoria Única; sin que haya lugar al sobreseimiento y archivo de la presente causa.

Como explica Martín Pallín (2014: 74):

si bien el artículo 23. Cuatro. a) de la ley orgánica del poder judicial introduce *ex novo* los delitos contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado, sometiéndolos a un requisito de perseguibilidad, sin embargo, se contradice con la Cuarta Convención de Ginebra que obliga a perseguir estos delitos sin limitación alguna. Dada la primacía de los Tratados y que un Tratado no puede ser modificado por una norma interna, resulta inaplicable la nueva norma, substituyendo la disposición del Tratado.

Pasando al caso *Guatemala*, relativo al genocidio del pueblo guatemalteco, El 20 de mayo de 2014⁵⁷⁰, el mismo juez Pedráz, ha dictado un auto en el que explicó que la reforma no le impedirá seguir investigando crímenes en Guatemala. De hecho, Pedraz

⁵⁷⁰ Audiencia Nacional, Juzgado Central de Instrucción n.1, Diligencias Previas 331/99, Auto del 20 de mayo de 2014: <http://cdn.20minutos.es/adj/2014/05/20/2786.pdf>.

sostuvo en diferentes ocasiones que con la aplicación de la Ley de reforma, España incumpliría con sus compromisos asumidos en tratados internacionales y al mismo tiempo, como consecuencia de esto, se vulneraría la Constitución española.

En el Razonamiento Jurídico Tercero el juez afirma que:

En resumen, España tiene jurisdicción sobre los hechos porque son delitos de terrorismo. Como estos hechos pueden ser también constitutivos de los otros delitos, los cuales, además, serían conexos a los delitos de terrorismo, resulta incuestionable -al menos en esta fase de investigación- que la jurisdicción española es competente para conocer de todos los delitos citados. Por tanto, la prosecución de la causa es factible por todos los delitos. Y, con ello, no es preciso el planteamiento de la inconstitucionalidad, pues la nueva norma del artículo 23 de la LOPJ no daría lugar al archivo de la causa. Se constata, entonces, como señala el Ministerio Fiscal, la falta de los presupuestos necesarios (juicio de relevancia y aplicabilidad de la norma al caso concreto) para que haya de plantearse la cuestión de inconstitucionalidad.

Pasando al caso del Sahara Occidental, el 15 de abril de 2014⁵⁷¹ el juez de Instrucción Ruz ha dictado auto disponiendo proseguir con la investigación de los hechos y con ello de no archivar por tanto el procedimiento, a pesar de los requisitos introducidos por la Ley de reforma 1 de 2014. De hecho el juez afirmó que los hechos se cometieron en un territorio que tiene una fuerte conexión con el territorio español, y que tenía dicha conexión también en el momento en el que los hechos han sido cometidos, los tribunales españoles tienen competencia a conocer los hechos delictivos así como descritos en la querrela. Sobre todo, añade el juez, competirían a la justicia española en cuanto dichos hechos se verificaron con posterioridad al abandono de España y de las autoridades españolas del territorio saharauí. Esto ha determinado y favorecido el verificarse de los hechos criminales y la perpetuación de la total impunidad para los responsables.

⁵⁷¹ Audiencia Nacional, Juzgado Central de Instrucción n.5, Diligencias Previa 362/2007, Auto del 15 de abril de 2014: http://estaticos.elmundo.es/documentos/2014/04/15/auto_ruz_sahara_1.pdf.

En lo relativo al caso *Tíbet*, genocidio tibetano, El juez Moreno concluyó el sumario contra a los ex dirigentes chinos dejando, de esta forma, en manos de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional el futuro del caso. El 23 de junio 2014, la Audiencia Nacional, con nueve votos contra siete, archivó las investigaciones sobre el asunto, fundamentando la decisión sobre la falta de jurisdicción de España sobre este caso⁵⁷².

Finalmente en el caso *Guantánamo*, 15 de abril de 2014⁵⁷³ el juez Ruz decidió proseguir con la investigación por delitos de torturas y crímenes de guerra cometidos contra los prisioneros de Guantánamo. Este juez, conforme en la misma línea del juez Pedráz, declaró que los convenios de Ginebra y la Convención Contra la Tortura imponen a los Estados la obligación ineludible de perseguir delitos.

5.11 Conclusiones capítulo

Las actuaciones de los jueces españoles en los últimos veinte años ha sido fundamental para el desarrollo de las normas de Derecho penal internacional y en particular en lo relativo a la jurisdicción penal universal como medio complementario a los Tribunales Penales Internacionales en la lucha contra la impunidad. Además de esto, como reconocen muchos autores, como Gil Gil (2006), consideran que los casos abiertos frente la Audiencia Nacional concientizaron la opinión pública internacional en lo relativo a la necesidad de perseguir graves violaciones a los Derechos Humanos y han animado, como efectos dominó, las actuaciones de otros países a seguir sus pasos.

Los casos Scilingo-Cavallo y Pinochet supusieron la primera aplicación en

⁵⁷² Más información en el diario El País: La Audiencia Nacional archiva la investigación sobre genocidio en el Tíbet, en la página web: http://politica.elpais.com/politica/2014/06/23/actualidad/1403537543_926352.html y China agradece al Gobierno los esfuerzos tras cierre del caso del genocidio de Tíbet, en la página web: http://politica.elpais.com/politica/2014/06/24/actualidad/1403606597_195373.html.

⁵⁷³ Audiencia Nacional, Juzgado Central de Instrucción n.5, Diligencias Previas 150/2009, Auto del 15 de abril de 2014; el Auto 150/2009 se puede consultar en la siguiente página web : <http://imagenes.publico.es/resources/archivos/2014/4/15/1397563066650AUTO%20SUMARIO%20GUANTANAMO.pdf>.

España del principio de Jurisdicción Universal [...], y a ellos siguieron otros procesos contra responsables de graves violaciones a los derechos humanos en dicho Estado [...]. En este sentido la sentencia del Tribunal Constitucional de 26 de septiembre de 2005, al resolver la existencia de jurisdicción universal en los tribunales españoles para investigar el genocidio de la etnia maya en Guatemala, luego seguida por la de 22 de octubre de 2007 (caso Falun Gong) confirmó en toda su extensión el referido principio a favor de las víctimas a las que otorgó carácter universal (Garzón, 2014: 42).

De todas formas, Como explica Esteve Moltó (2008), las interpretaciones dadas por los órganos judiciales españoles relativas al principio de jurisdicción universal, no han estado libres de tentativas de limitar su alcance. Los casos analizados a lo largo de este capítulo son un ejemplo de lo dicho. A título ejemplificativo, uno de los principales límites a la aplicación de una justicia universal absoluta fue, sin duda alguna, el principio de subsidiariedad consagrado en la legislación española y interpretado de forma tal de limitar el ejercicio de esta tipología de jurisdicción a los casos menos problemáticos.

Seguramente las dos reformas del Poder Judicial, introducidas por Ley Orgánica 1 de 2009 y 1 de 2014, han representado y representan el mayor obstáculo para el ejercicio de la justicia universal en territorio español. La introducción de requisitos siempre más restrictivos inducen a pensar que el legislador se haya manifestado a favor de las posturas restrictivas tanto del Ministerio Fiscal y en muchos caso de la Audiencia Nacional y del Tribunal Supremo que en lugar de ser orientadas a los intereses de justicia, en muchas ocasiones parecieron dirigidas más bien a proceder al archivo rápido de determinados casos relativos a crímenes internacionales como genocidio, de guerra y lesa humanidad.

5.11.1 Lecciones Aprendidas

Del análisis llevada a cabo en el capítulo cuarto de esta tesis, relativo a la legislación española en tema de jurisdicción universal hasta la última reforma de 2014 y del estudio de los casos más relevantes y problemáticos llevados a cabo por los órganos judiciales españoles, ¿cuáles han sido las lecciones aprendidas?

Esta pregunta ha estado al centro del debate de 50 expertos de fama internacional durante los cuatro días de la conferencia organizada por la Fundación Baldasar Garzón en mayo de 2014. A lo largo de dicho evento, numerosos estudiosos y juristas que han trabajado también en los casos que hemos analizado en este capítulo, han dado una visión en conjunto de la labor tanto del legislador español como de los tribunales españoles que recibieron las querellas por crímenes internacionales.

Como afirmado por Andreu Merelles (21 de mayo de 2014) una de la lección que hemos tenido que aprender ha sido que la condición previa para que los casos sigan abiertos frente a los órganos judiciales españoles es la creación de las condiciones políticas y sociales. De hecho hay que informar la sociedad civil sobre dichos asuntos, hay que involucrar la sociedad civil en reivindicar derechos que pertenecen a toda la humanidad y se proteste en contra de reforma que afectan el bienestar de esta última.

Como hemos mencionado en el tercer capítulo de esta tesis hablando de las tendencias internacionales en tema de jurisdicción universal, podemos ver que estas condiciones políticas y sociales se están verificando en algunos Estados, y gracias a ellas es ahora posible un cambio en el sistema de justicia que de esta forma se está posicionando a favor de la lucha a la impunidad. De hecho, también si lamentablemente en España y en Bélgica asistimos a un retroceso, en algunos países de África se está avanzando hacia el ejercicio de la jurisdicción universal para crímenes internacionales, el caso *Habré* es seguramente el ejemplo más significativo de este cambio. Hay otros Estados como Chile,

Argentina, Ecuador o México donde la Corte Interamericana está impulsando cambios significativos en tema de reconocimiento de los estándares de protección de los derechos humanos, en contra de la cultura de la impunidad.

Hablando por ejemplo del caso Guatemala, Almudena Bernabéu (21 de mayo de 2014) afirma que hay muchos pequeños sucesos que debemos tener en consideración, tanto por parte de la justicia española como de la justicia guatemalteca. El ejercicio de la jurisdicción universal por parte de los tribunales españoles ha podido contribuir en los procesos de transición de muchos países.

Creo que el que mejor ha expresado lo que hemos comprendido de este trabajo ha sido el profesor Ollé Sesé (21 de mayo de 2014) el cual en aquella ocasión afirmó que: del ejercicio de la Jurisdicción Universal en el territorio español aprendimos que la constitución española ha defendido y defiende los tratados internacionales sobre la protección de los Derechos Humanos y de las víctimas; de esta forma aprendimos que no se puede aplicar el derecho interno si este último está en contra del Derecho Internacional antes mencionado, en cuanto su finalidad es la protección de intereses considerados superiores para el beneficio y la supervivencia de toda la humanidad. Aprendimos que los crímenes de competencia de los tribunales españoles bajo el principio de jurisdicción universal eran y son delitos de *jus cogens* y que de ellos se derivan directas y *erga omnes* obligaciones de persecución de dichos actos. De ello aprendimos que hay una obligación estatal y supraestatal en perseguir dichas violaciones.

Aprendimos, entre otras cosas, que el principio de concurrencia permite perseguir en España crímenes internacionales y hacer valer los derechos de las víctimas a la verdad, justicia y reparación. Que el mecanismo de jurisdicción universal no es solo necesario sino el único que puede superar los obstáculos de la jurisdicción territorial y de los tribunales internacionales. Nosotros aprendimos de las víctimas, nos enseñaron a luchar, que no

podemos olvidar la protección de los Derechos Humanos por factores económicos.

Lamentablemente, todo lo que hemos venido aprendiendo, los avances hechos por los tribunales españoles y su contribución a la lucha contra la impunidad están siendo ahora amenazados por la última reforma legislativa. Como ha bien explicado Ariel Dulitzky (21 de mayo de 2014), el retroceso que la reforma supone, ha sido posible y se produjo en cuanto la Comunidad Internacional ha dejado sola a España; la indiferencia mostrada a no apoyar la jurisdicción universal ejercitada por dicho país, o a no protestar formalmente en contra de la reforma que supone un cierre total de las puertas para la persecución de los crímenes internacionales, ha permitido los cambios actuales.

Conclusiones

Un manantial de errores y de injusticia son las falsas ideas de utilidad que se forman los legisladores. Falsa idea de utilidad es aquella que antepone los inconvenientes particulares al inconveniente general.
Beccaria (1764)

Como es sabido, después de los crímenes cometidos durante la Segunda Guerra Mundial la Comunidad Internacional creó un sistema que, como se explicó en el segundo capítulo de este trabajo, fue llamado penal internacional⁵⁷⁴. Este sistema está orientado a la protección de aquellos valores e intereses considerados como meritorios de una tutela mayor y más eficaz y cuya violación afecta a toda la humanidad en su conjunto, y a pesar de su imperfección en parte debido a su fragmentación⁵⁷⁵, ha logrado enfrentarse a las graves violaciones cometidas contra dichos valores y luchar con ello a la impunidad.

Fundamentado en la exigencia de salvaguardar estos bienes y determinar las responsabilidades de aquellos individuos que los ponen en peligro, y no solamente de los

⁵⁷⁴ En el segundo capítulo de esta tesis hemos analizado este sistema compuesto de diferentes mecanismos constituidos con el fin de acabar con la impunidad. En particular, hemos centrado nuestro análisis sobre los avances y límites de los tribunales internacionales en la persecución de crímenes internacionales, de los tribunales mixtos y finalmente de la jurisdicción universal como mecanismo complementario a los primeros, pero seguramente necesario y en muchos casos obligatorio, debido a que los convenios internacionales que prescriben conductas criminales internacionales establecen claramente la obligación de los Estados de investigar y en su caso enjuiciar a los responsables y con ello garantizar un foro a las víctimas que no recibieron justicia en el lugar de comisión de los hechos. En este sistema resulta de particular interés una tipología de jurisdicción sobre ilícitos civiles especiales, profundizada en los apartados 2.5 y sucesivos de este trabajo, para el resarcimiento e indemnización de los daños derivados de la perpetración de un ilícito internacional. Sobre el tema del sistema penal internacional véase, entre otros, Carrillo Salcedo (2001), Cassese (2004), Christian Tomuschat (2009), Sánchez Legido, (2009) y Ollé Sesé (2008).

⁵⁷⁵ Para profundizar el tema de la fragmentación del sistema penal internacional véase, entre otros, Víctor y Ernesto Corzo Aceves (2006).

Estados, este sistema se ha estructurado en diferentes mecanismos, legislativos y judiciales, aptos a reprimir las graves violaciones al Derecho Internacional, independientemente del lugar de comisión de los hechos, de la nacionalidad de las víctimas o de los responsables. Como explica Prada Solaesa (2014: 21): «la formación de un sistema internacional de DDHH, de carácter no puramente simbólico, con vocación de universalidad, implica necesariamente la existencia de un sistema de protección internacional eficaz frente a las violaciones de estos derechos por parte de los Estados y sus agentes».

A esto podemos agregar que, no obstante su imperfección y fragmentación, este ha sido aceptado y apoyado en su lucha en contra de la impunidad por los Estados; últimos siempre más conscientes de la obligatoriedad y necesidad de este sistema para el respeto del orden internacional y la defensa del bienestar de la Comunidad Internacional en su conjunto. De hecho, los diferentes mecanismos que lo componen se fundan y necesariamente traen su propia fuerza por las mismas obligaciones internacionales creadas para los Estados por el Derecho Internacional en protección de los valores de todos los países: «se ha aceptado que los Estados tienen un cierto número de obligaciones derivadas del Derecho internacional de los derechos humanos que guardan relación con la cuestión del derecho de las víctimas a *saber, a la justicia y a un recurso efectivo*, así como a *obtener reparación*» (Montserrat Abad Castelos, 2012: 87).

Obviamente su fragmentación en una pluralidad de mecanismos y normas internas e internacionales, es uno de los motivos de la imperfección de dicho sistema. También es sabido que, al estado actual, no hay nada que pueda igualar a los sistemas nacionales en la persecución de delitos comunes. Analizando cada uno de estos instrumentos que componen la justicia penal internacional, la conclusión a la que hemos llegado es que ninguno resulta perfecto⁵⁷⁶ pero que el trabajo en conjunto de dichos mecanismos ha favorecido y por lo

⁵⁷⁶ De hecho, así como quedó enfatizado en el segundo capítulo de esta tesis, el sistema penal internacional,

tanto resulta no solo ser necesario sino obligatorio para la represión de los crímenes internacionales. Represión en un sentido amplio, prevención, persecución y sanción, y reparación para las víctimas⁵⁷⁷.

Como ha emergido durante la investigación, el principio de justicia universal, parte integrante de este sistema y actualmente previsto en más de un centenario de legislaciones nacionales⁵⁷⁸, representa un verdadero complemento⁵⁷⁹ de la jurisdicción internacional

debido a las dificultades prácticas que encuentra, no puede resultar perfecto o por lo menos eficaz en comparación con los sistemas penales nacionales cuando se enfrentan a delitos comunes. Además, las diferentes tipologías de jurisdicción que participan en ello encuentran obstáculos tanto legislativos como prácticos, a la hora de enfrentarse a la determinación de las responsabilidades de los sujetos involucrados en la comisión de crímenes. Si tomamos en consideración los tribunales internacionales, estos últimos encuentran numerosos obstáculos a la hora de poder perseguir un delito internacional y como explica Kai Ambos (2007), la Corte Penal Internacional, lejos de poderse considerar un tribunal perfecto, todavía está desarrollándose y de hecho en muchos casos no puede resultar un mecanismo eficaz de lucha a la impunidad. Tampoco los tribunales mixtos pueden ser considerados los instrumentos únicos y más eficaces de represión de conductas ilícitas internacionales, sobre este tema véase entre otros, Beigbeder (2005) y Salinas Alcega (2009); así como la jurisdicción sobre ilícitos civiles especiales encuentra numerosos límites, uno entre todos, el hecho que está siendo utilizada por un número verdaderamente exiguo de Estados y que determina solo responsabilidades civiles para el resarcimiento de los daños. Este último tema ha sido largamente profundizado por el profesor Zamora Cabot.

⁵⁷⁷ Como afirmado por Sánchez Legido (2009) y Ollé Sesé (2008), en este sistema se inserta el principio de jurisdicción universal que, junto con los precedentes instrumentos, ha venido colmando y solucionando las imperfecciones de estos últimos y ha seguramente favorecido la determinación de las responsabilidades penales en caso de delitos internacionales. De todas formas, cabe recordar que tampoco este mecanismo puede ser considerado de forma aislada respecto a los precedentes, en cuanto tampoco este instrumento resulta por sí solo suficiente y perfecto. De hecho, la doctrina especializada habla de complementariedad de dichos instrumentos para combatir de forma eficaz la impunidad y para garantizar un foro adecuado a las víctimas.

⁵⁷⁸ Para profundizar esta temática véase el informe de Amnistía Internacional, actualizado en 2012, sobre la codificación del principio de justicia universal en el interior de las legislaciones nacionales. En el que se afirma que actualmente 163 Estados han previsto en su ordenamiento nacional el principio de jurisdicción universal para perseguir conductas internacionales. El informe de 2012 se puede consultar en la siguiente página web: <http://www.amnesty.org/es/library/asset/IOR53/019/2012/en/2769ce03-16b7-4dd7-8ea395f4c64a522a/ior530192012en.pdf>.

⁵⁷⁹ Sobre este aspecto, en el cuarto capítulo de esta tesis donde se ha analizado el ejercicio de la jurisdicción universal en territorio español, se ha enfatizado el esfuerzo de los tribunales españoles en activar su jurisdicción frente a la inercia o la impotencia de los tribunales del lugar donde los hechos han ocurrido o la imposibilidad de la Corte Penal Internacional de intervenir en dichos asuntos, debido a las limitaciones temporales y materiales establecidas en su Estatuto. En este caso se ha hablado de la justicia universal como complemento y mecanismo eficaz también en el sentido de que este mecanismo tiene la capacidad de fortalecer la lucha a la impunidad también en el interior de los Estados en cuyos territorios se verificaron los hechos; esto en cuanto logra, también si no en el breve tiempo, reactivar el sistema de justicia nacional en cumplimiento de las obligaciones internacionales de represión de conductas criminales internacionales. De hecho en muchos casos ha sido demostrado que después de haber empezado juicios en España sobre determinados crímenes internacionales y basados sobre esta tipología de jurisdicción, los sistemas judiciales de los Estados afectados por los delitos han decidido reactivarse para garantizar a las víctimas verdad, justicia y reparación. Finalmente podemos decir que no debemos valorar los resultados dados por esta tipología de jurisdicción mirando únicamente el número de sentencias emitidas por los tribunales nacionales, sino mirando todos los efectos internacionales provocados por su ejercicio. Este es el caso por ejemplo de Chile, Argentina y Guatemala. Sobre este aspecto véase entre otros, Garzón (2014).

ejercitada por los tribunales internacionales, un instrumento normativo útil y complementario en la persecución de crímenes de Derecho Internacional como genocidio, de guerra o de lesa humanidad, cometidos en cualquier parte del mundo y sin que el Estado que proceda a juicio tenga un interés específico en la represión del crimen, sino bien, que procede en cuanto el afectado es el interés general de la Comunidad Internacional⁵⁸⁰.

Pero, también este mecanismo, lejos de ser perfecto, tiene importantes limitaciones, una importante es la falta de una reglamentación clara y vinculante a nivel internacional. Esto conlleva a que las legislaciones nacionales no compartan los mismos requisitos para que sus tribunales puedan ejercer esta tipología de jurisdicción y que la praxis de los Estados tampoco ha podido ser y podrá ser, en un futuro próximo, homogénea. Además de esto, la falta de obligatoriedad o la mera facultad, establecidas por las normas internacionales sobre la prevención de determinados delitos que los Estados tienen en ejercer esta tipología de jurisdicción, ha hecho posible que frente a una codificación del principio en muchas legislaciones nacionales, solo un número reducido de Estados han de verdad trabajado y utilizado este principio: «menos de una veintena de Estados han aplicado efectivamente la jurisdicción universal, una muestra muy reducida para extraer de ellas reglas generalizables» (Alija Fernández, 2014:14).

Hablando de tendencias internacionales en tema de jurisdicción universal, podemos ver como en muy pocos casos este principio fue utilizado de forma absoluta, totalmente desligado de cualquier interés nacional incluido el requisito de la presencia en el territorio del sospechoso, no obstante la inicial previsión a nivel internacional del principio que evidenciaba su carácter absoluto y que lo fundamentaba solamente en la naturaleza del

⁵⁸⁰ Como explica Baltasar Garzón (2014: 40), la lucha a la impunidad ha sido posible también gracias al desarrollo y ejercicio de la jurisdicción universal. El continuo progreso en la persecución de las graves violaciones al Derecho Internacional ha sido posible también por él: «avance liderado por las víctimas impulsando la acción de la comunidad internacional en su conjunto y la acción de la justicia en diferentes países [y también] por la decisión de aquellos Estados que recogieron en su legislación aquel principio demostraron la voluntad inicial de luchar contra los crímenes más abominables [...]».

crimen cometido, como por ejemplo resulta en los principios de Princeton en esta materia. De hecho, la práctica estatal ha sido muy diferente y se ha alejado mucho del sentido originario de la norma.

En los principios de Princeton, que por primera vez sentaron las bases para el ejercicio de esta tipología de jurisdicción, aunque no vinculante siendo normas de *soft law*, se afirmaba la existencia de una jurisdicción universal de carácter absoluto es decir sin ninguna conexión relevante con el territorio del foro, cuando se trataba de crímenes contra el Derecho Internacional, aquellas graves violaciones que afectaban a la humanidad en su conjunto⁵⁸¹. De hecho podemos decir que la finalidad última de estas normas es la creación de un foro *necessitatis*, en el caso en el que no se pueda activar ningún otro foro ligado a un interés nacional en la persecución del delito.

La Declaración de Madrid⁵⁸² de 2014, en línea con dichos Principios, y haciéndose eco de las tendencias internacionales en este tema, tiene el valor de abrir ahora el debate de los expertos internacionales para reorganizar la materia. Obviamente no se puede y no se debe considerar este último como un acto aislado ni tampoco definitivo, sino más bien el punto de partida para sentar las nuevas bases pero sobre todo para intentar mejorar un sistema tan necesario y como eficaz en la lucha a la impunidad.

De este acto creo que podemos ya ver cuáles serán los nuevos temas encima de la mesa de los expertos; uno de ellos seguramente es la responsabilidad, no solo de los individuos sino de las personas jurídicas, problemática que hemos enfrentado a lo largo del segundo capítulo cuando hemos hablado de la norma estadounidense sobre la jurisdicción relativa a los ilícitos civiles especiales, el *Alien Tort Claims Act*.

Mirando la praxis estatales en esta materia, podemos ver que entre las legislaciones analizadas en el tercer capítulo, las que han interpretado de esta forma absoluta la

⁵⁸¹ Sobre este tema véase entre otros, Cassese (2003) y Ollé Sesé (2010).

⁵⁸² Este tema ha sido profundizado en el tercer capítulo de esta tesis en el apartado 3.5.1.2.

jurisdicción universal son la legislación alemana, la legislación belga antes de la reforma de 2003 que ha introducido algunos requisitos específicos para la aplicación del principio en este territorio y la legislación española antes de las dos reformas de 2009 y de 2014.

Es verdad que al estado actual algunos países mantienen una legislación más conforme a la naturaleza de la justicia universal en su sentido más auténtico y como fue creada a nivel internacional después de los crímenes de la Segunda Guerra Mundial⁵⁸³, pero no podemos olvidarnos el hecho de que la mayoría de Estados han preferido interpretar el principio de forma diferente, encontrando por ejemplo un nexo de conexión entre el crimen y el foro, también teniendo en cuenta las dificultades para llevar a cabo las investigaciones y el sucesivo enjuiciamiento de los presuntos responsables⁵⁸⁴.

De hecho, en muchos otros casos en lo relativo a esta tipología de jurisdicción, los Estados han preferido codificar este principio introduciendo algún vínculo que legitimase los tribunales a activarse en caso de crímenes internacionales como la presencia del presunto responsable en el territorio. Efectivamente, como quedó analizado en el tercer capítulo de esta tesis por ejemplo en el caso de la legislación francesa se establece el requisito de la residencia del presunto responsable en el territorio estatal, mientras que en Suecia y Holanda, entre otros, se impone el vínculo de la presencia del acusado en el interior de su territorio.

Quien escribe ha intentado enfatizar el papel que España ha tenido a nivel mundial en las últimas décadas en la lucha contra las muchas formas de impunidad hoy en día existentes. La Ley Orgánica del Poder Judicial, n. 6 de 1985, en su artículo 23.4 recoge el

⁵⁸³ Sobre este aspecto véase el análisis de Alija Fernández (2014: 14 y sucesivas) en el que la autora identifica elementos en común en la prácticas estatales para intentar evaluar el alcance y los elementos que constituyen la jurisdicción universal.

⁵⁸⁴ Analizando las razones de fondo que llevaron a las modificaciones de la jurisdicción universal en España, Sánchez Legido (2014: 3) afirma que: «los países que con España más entusiasmo mostraron hacia la aplicación judicial descentralizada del Derecho Internacional Penal, bien tomaron inicialmente la cautela de prever mecanismos que evitaran usos políticamente incómodos de la jurisdicción universal, bien sometieron *a posteriori* su regulación a una voladura parcial y controlada que impidiera ese tipo de empleo».

principio de jurisdicción penal universal⁵⁸⁵; este artículo ha permitido la persecución de muchos crímenes internacionales en este país, crímenes de genocidio, de lesa humanidad o de tortura, a partir del famoso caso Pinochet. Como explica Del Carpio Delgado, la jurisdicción penal universal se ha puesto en el centro de un atento debate nacional español cuando fue emitida la orden de captura internacional y la extradición del ex-dictador Pinochet en España:

Durante la década de 1980 y principios de 1990, el ejercicio del principio de justicia universal para perseguir los delitos relacionados con el tráfico de drogas y otros delitos comunes para los tribunales españoles era un tema que no presentaba una especial problemática. Sin embargo, el tema cobró especial importancia cuando como consecuencia de las denuncias por genocidio y terrorismo presentadas por la Unión Progresista de Fiscales contra los integrantes de las Juntas militares argentina y chilena, el titular del Juzgado 318 Central de Instrucción núm. 5 decretaba la prisión provisional incondicional y libraba órdenes de búsqueda y captura internacionales con fines de extradición de Pinochet. El dictador fue detenido en Londres el 16 de octubre de 1998, y tras muchos avatares jurídicos, fue puesto en libertad por el Gobierno del Reino Unido el 2 de marzo de 2000 por razones de salud. (Del Carpio Delgado, 2009: 1).

Desde este momento, la historia de este principio en el territorio español ha visto contraponerse diferentes interpretaciones y estuvo al centro de las discusiones de la Audiencia Nacional, del Tribunal Supremo y de la Corte Constitucional⁵⁸⁶. A lo largo de los últimos veinte años, hemos podido apreciar las diferentes posturas de dichos órganos sobre este tema, pasando de las más abiertas a las más restrictivas, interpretaciones que han

⁵⁸⁵ Como explica Padra Solaesa (2014: 22): «La previsión contenida en el art.23.4 de la LOPJ no es, por tanto, el fundamento de la justicia universal, sino únicamente la norma interna que faculta expresamente a los tribunales españoles para actuarla- atribuye jurisdicción- y fija su extensión y condiciones de ejercicio [...]. También configura legalmente en nuestro sistema el derecho de las víctimas y perjudicados a obtener tutela judicial de los jueces y tribunales españoles para la protección de los derechos humanos fundamentales, como es el de la justicia y la reparación, frente a los más graves ataques, independientemente de dónde se produjeran y la nacionalidad de sus autores».

⁵⁸⁶ Para profundizar el tema véase, entre otros Prada Solaesa (2014) en su artículo sobre el pasado, el presente y el futuro de la jurisdicción universal, en particular en los apartados relativos a las actuaciones de los tribunales españoles.

marcado las etapas de una norma ampliamente criticada y obstaculizada⁵⁸⁷ tanto a nivel nacional como internacional.

Dicho esto, cabe constatar que desde la perspectiva de las tendencias internacionales en este tema, hemos podido ver como este principio, pieza fundamental en la persecución de crímenes internacionales, está ahora siendo cuestionado y puesto en peligro por parte de la misma comunidad de Estados; comunidad que lo había creado con la noble idea dar una respuesta reparadora a las víctimas y restablecer el orden violado. En particular, asistimos a un retroceso en la defensa y protección de los Derechos Humanos y de la represión de los crímenes internacionales, por parte de algunos Estados como España⁵⁸⁸ o Bélgica⁵⁸⁹, que en el pasado habían utilizado la jurisdicción universal como medio para reparar las víctimas y condenar a los responsables de delitos internacionales en el interior de sus territorios⁵⁹⁰. De hecho, en los últimos años, estos Estados, pioneros en la lucha contra la impunidad, han modificado su legislación introduciendo límites y requisitos para obstaculizar los procedimientos en curso, y los futuros, basados en la jurisdicción penal universal.

Asimismo, podemos ver también que en el caso de la jurisdicción sobre ilícitos civiles especiales, que está orientada solo a dar una reparación a las víctimas de un crimen

⁵⁸⁷ Sería utópico analizar la norma simplemente desde una perspectiva teórica. La práctica nos enseña que en la realidad, no obstante su noble finalidad, las problemáticas y criticidad de su aplicación resultan evidentes. Sobre todo si tenemos en consideración el hecho de que norma choca con otras normas internacionales que defienden la soberanía estatal y el principio de no interferencia en los asuntos internos. Hay muchos intereses en juego y balancearlos resulta muy complejo. A esto se tiene que agregar que la falta de un tratado internacional, que determine con claridad con requisitos y límites de esta tipología de jurisdicción, dificulta y agrava esta situación.

⁵⁸⁸ La idea de limitar u obstaculizar la jurisdicción universal no es nueva en territorio español. Como fue evidenciado en el cuarto capítulo de esta tesis, en el apartado 4.3, el legislador ya desde el 2003 intentó limitar esta tipología de jurisdicción y sucesivamente introdujo requisitos siempre más restrictivos a través de las dos reformas de la Ley Orgánica del Poder Judicial, la número 1 de 2009 y la número 1 de 2014.

⁵⁸⁹ Como hemos explicado en el tercer capítulo, apartado 3.7.4, también en territorio Belga el legislador introdujo nuevos requisitos para la aplicación del principio de jurisdicción universal en una Ley de 2003 relativa a la represión de las graves violaciones de Derecho Internacional humanitario.

⁵⁹⁰ Como evidencia Baltasar Garzón (2014: 44) hablando de la última reforma española de 2014, asistimos a un retroceso que parece orientado a una renuncia a combatir la impunidad y destruir los derechos de las víctimas pretendiendo acabar con la jurisdicción universal.

internacional en un Estado que no tiene ninguna conexión con del delito, está siendo amenazada por una reciente jurisprudencia de la Suprema Corte americana, que también en este caso, cuestiona la posibilidad de introducir límites o condiciones para el ejercicio de esta tipología de jurisdicción por parte de las cortes estadounidenses.

La situación es clara: en este momento estamos frente a una verdadera crisis del principio de justicia universal, tanto a nivel civil como penal, debido a que esta regla supone una interferencia en los asuntos internos de países que no quieren o no pueden reprimir dichos actos en el interior de su territorio y podría por lo tanto crear problemas diplomáticos o económicos entre los Estados.

En los capítulos cuarto y quinto de esta tesis, hemos tenido la oportunidad de profundizar el tema mirando de cerca el caso Español, seguramente emblemático de esta situación de retroceso en la protección de las víctimas y persecución de los responsables de crímenes internacionales. Las dos reformas de la Ley Orgánica 6 de 1985, una de 2009 y la segunda más reciente de 2014, demuestran la clara voluntad del legislador español de limitar el ejercicio de este tipología de jurisdicción cuando interfiere con otros intereses, políticos, económico y diplomáticos. Por lo que ya con la primera reforma surgió una pregunta para entender el retroceso que este proceso de modificación ha supuesto en la defensa de los Derechos Humanos: ¿Quién teme a la justicia universal?

Con esta pregunta se abrió en mayo 2009 una discusión en el periódico de Catalunya. El magistrado José Antonio Martín Pallín afirmaba que en aquel momento no corrían buenos tiempos para esta tipología de jurisdicción, en particular en España. Efectivamente tenía toda la razón cuando decía que el retroceso empezado con la primera reforma del principio de jurisdicción universal en territorio español no se pararía hasta acabar con dicho principio y su utilización por los tribunales nacionales y ahora tenemos

confirmación de lo dicho⁵⁹¹.

A raíz de los cambios previstos Ley Orgánica número 1 de 2009, el Magistrado intentó encontrar respuestas claras al cambio normativo; cambios que como es sabido introdujo requisitos restrictivos para la persecución de los crímenes internacionales, síntoma preocupante de una situación de grave crisis de valores compartidos a nivel internacional, aunque cabe recordar que dichas modificaciones permitían seguir investigando las conductas y enjuiciar a los presuntos responsables.

Como es fácil de entender, esta Ley junto con la legislación más restrictiva de otros países como Bélgica, se colocó en la fase inicial de limitación del principio⁵⁹²; de hecho debilitó y en parte desnaturalizó el principio de justicia universal previsto en el artículo 23.4 de la Ley de Poder Judicial, introduciendo una serie de obstáculos para el ejercicio de esta jurisdicción; lo que, como es obvio, suscitó numerosas críticas y polémicas debido a que por su trámite se inició un proceso que afectó de forma negativa el Derecho Internacional en lo relativo a la persecución de los crímenes internacionales.

Aunque en su preámbulo se hablaba de diferentes motivos sobre los que se fundamentaban los cambios, como la necesidad de modificar la legislación vigente o la incorporación de tipos de delitos que no estaban incluidos, la adaptación el precepto de acuerdo con el principio de subsidiariedad y la doctrina emanada del Tribunal Constitucional y la jurisprudencia del Tribunal Supremo, y finalmente el de evitar el exceso de procedimientos, el intento del legislador fue claramente obstaculizar y frenar causas que estaban poniendo en peligro las relaciones diplomáticas y económicas de

⁵⁹¹ En un artículo reciente, el magistrado Martín Pallín (2014) regresa sobre este tema, haciendo un recorrido de las modificaciones introducidas por el legislador español a partir de la reforma de 2009 que tuvo la oportunidad de abrir las puertas a futuras modificaciones todavía más restrictivas del principio de justicia universal. Como afirma el autor, la nueva reforma no deja muchas esperanzas para el futuro ejercicio de la jurisdicción universal en España y además amenaza de forma directa las causas todavía pendientes frente a la Audiencia Nacional.

⁵⁹² Como explica Ollé Sesé (2014: 47): «con anterioridad, la Ley 18/2003 de Cooperación con la Corte Penal Internacional (art.7) fue el preludeo a este esfuerzo de restringir el principio de jurisdicción universal. Por lo tanto se puede afirmar que ésta fue la segunda modificación legal importante en el camino hacia la laminación del principio de Justicia Universal en España».

España con otros Estados⁵⁹³.

De forma sintética podemos ver como los requisitos introducidos consistían en: 1. la presencia del presunto reo en el territorio español, 2. la nacionalidad de las víctimas, 3. que se encuentre un punto de conexión relevante con el territorio español. Como hemos visto en los capítulos cuarto y quinto de este trabajo, no cabe duda de que esta previsión tuvo un papel muy importante en el análisis de naturaleza del principio de justicia universal, una justicia que, por lo menos en un inicio, se entendía como absoluta en España⁵⁹⁴; en otras palabras, también en este territorio, y conforme a la interpretación dada por el Tribunal Constitucional en el caso Guatemala de la norma que establecía la competencia de los tribunales nacionales sobre delitos internacionales, hasta ese momento, la jurisdicción podía activarse también en ausencia de un vínculo entre el crimen y el foro.

Si pensamos al requisito de la nacionalidad de las víctimas, podemos ver como a través de esta regla, lo que el legislador pareció afirmar fue que a la protección de los intereses fundamentales de la Comunidad Internacional en realidad se sobreponía la protección de los intereses estatales, protección que las normas penales ya prevén en los principios de la aplicación extraterritorial de la ley penal. Además no podemos olvidarnos de que con este requisito, se discriminaban a las víctimas por su nacionalidad, negándoles justicia y dejando abierta la puerta a la impunidad.

⁵⁹³ Sobre este aspecto véase Ollé Sesé (2014). El autor hace un análisis detallado de los requisitos introducidos por dicha norma y la forma en que estos últimos iban a interferir con el ejercicio de la jurisdicción universal por los tribunales nacionales. Finalmente afirma que: «Lo único aceptable de la reforma fue la incorporación expresa al catálogo de delitos sujetos al principio cosmopolita de los delitos de lesa humanidad [...]. Sin embargo no se alcanza a comprender por qué los crímenes de guerra y de tortura no corrieron en la reforma de 2009 la misma suerte de expresa incorporación al inventario del art. 23.4 LOPJ» (Ollé Sesé, 2014: 50).

⁵⁹⁴ La Ley Orgánica 6 de 1985, en su artículo 23.4, adaptándose a las previsiones internacionales en esta materia, entendía la jurisdicción universal de forma absoluta sin punto de conexión con el territorio que procede al enjuiciamiento de los hechos. Esta postura estaba también confirmada por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional en el conocido caso del genocidio maya en Guatemala, sentencia n.237 de 2005 de 26 de septiembre de 2005, en cuyo fundamento Jurídico Noveno establecía: «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 [...]. Del mismo modo la concepción de la jurisdicción universal vigente no se configura en torno a vínculos de conexión fundados en particulares intereses estatales».

Siguiendo con el análisis de la norma, el hecho de deber encontrar un punto de conexión o vínculo con el territorio español fue, como explica la Profesora Ana Cristina Andrés Domínguez (2010), un requisito que desnaturalizó el principio de justicia universal⁵⁹⁵. ¿Si es universal porqué se basa solo sobre la naturaleza del crimen, sin crear un punto de conexión con el territorio, no resulta contradictorio pedir a los jueces encontrar un vínculo relevante con España para poder abrir las investigaciones?

Pasando al punto que más críticas levantó, la subsidiariedad de la jurisdicción española, podemos ver como:

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 naturaleza, resulta extremadamente complejo e implica, en muchos supuestos, a un número elevado de autores, de víctimas y testigos desplazados, con frecuencia, del lugar de los hechos (Pigrau Solé, 2009: 71).

Tomando por bueno este acuerdo generalizado, no podemos olvidarnos que en la práctica, es propio en el Estado sobre cuyo territorio se perpetraron los crímenes, donde la mayoría de las veces, estos actos se quedan en la más amplia impunidad para los autores. Además, El principio de territorialidad en relación a los crímenes comunes, hay una fuerte complicidad y apoyo por parte del gobierno a los responsables de dichos crímenes. Por lo tanto es de vital importancia, evaluar caso por caso, cuando efectivamente la justicia local tiene la capacidad o la voluntad de perseguir los hechos o en cuales casos sería mejor una jurisdicción imparcial y lejana de los últimos. Entre otras preguntas que se quedaron sin respuesta en la previsión normativa introducida en 2009 encontramos las sugeridas por

⁵⁹⁵ Sobre este punto, Ollé Sesé (2014: 51), habla de la contrariedad de la reforma de 2009 con el Derecho Internacional y en particular con el desarrollo que el principio de justicia universal había tenido tanto a nivel internacional como nacional. Para el autor el principio de jurisdicción universal es puro, por lo menos para los crímenes internacionales de primer grado, es decir sin la necesidad de encontrar punto de conexiones entre el crimen y el foro, es el único instrumento válido para combatir la impunidad.

Pigrau Solé (2009: 72):

¿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?

Finalmente esta ley abrió el camino a la eliminación de lo que hasta aquel momento se entendía como jurisdicción universal en España, también si cabe recordar que no obstante lo dicho, en la práctica se dejó una ventana abierta al ejercicio de esta tipología de jurisdicción por los tribunales nacionales. De hecho, la reforma antes mencionada ha sido actualmente superada por la Ley Orgánica 1 de 2014⁵⁹⁶, creada con el único fin de acabar de una vez con este principio y archivar los casos pendientes de juicio⁵⁹⁷.

Brevemente, podemos mencionar que el conocimiento de los Tribunales españoles

⁵⁹⁶ Esta Ley, como hemos evidenciado en el cuarto capítulo de esta tesis, ha sido objeto de diferentes ataques por parte de la doctrina especializada en estos temas. Como explica Rosa Ana Alija Fernández (2014) en su artículo 2 «Crónica de una muerte anunciada: análisis de la Proposición de Ley Orgánica para la reforma de la justicia universal en España»: «En definitiva, aunque a simple vista pueda parecer que la reforma de 2009 y la que ahora se propone son similares en su objetivo de restringir el alcance del principio de justicia universal, lo cierto es que entre ambas existe una importante diferencia cualitativa: mientras que aquella, en efecto, buscaba limitar severamente la operatividad del principio en la jurisdicción española, excluyendo cualquier posibilidad de que la justicia universal se invoque con carácter absoluto, esta –de aprobarse– supondría aniquilar la esencia del principio, sustituyéndolo por otros criterios de atribución de competencia, como los principios de personalidad activa y/o pasiva, salvo en los contados supuestos en que el derecho internacional impone su vigencia como una obligación para los estados en virtud del principio *aut iudicare aut dedere*. Dicho de otra forma, si en 2009 se limitaron las opciones de activar la jurisdicción española utilizando el principio de justicia universal, 2014 podría ser el año en que la justicia universal desaparezca del ordenamiento jurídico español» el artículo completo se puede consultar en la siguiente página web: <http://blocs.gencat.cat/blocs/AppPHP/eapc-rcdp/2014/02/05/cronica-de-una-muerte-anunciada-analisis-de-la-proposicion-de-ley-organica-para-la-reforma-de-la-justicia-universal-en-espana-rosa-ana-alija/>. En este contexto, como afirmado por la doctrina internacional, esta reforma se pone en contraposición con las obligaciones internacionales de los Estados en la protección de los Derechos Humanos, persecución de determinadas conductas que pueden ser calificadas como crímenes en contra del Derecho Internacional y la reparación de las víctimas. Otros como Prada Solaesa, también hablan de la violación, a través de esta reforma del principio de progresividad en el ámbito de la protección de los Derechos Humanos. Según este principio, cualquier retroceso o rebaja en los estándares de protección fijados a nivel internacional no sería permitido por el Derecho Internacional, lo que conllevaría a una responsabilidad internacional del Estado rebaja la intensidad de dicha protección contra los intereses de las víctimas y de la Comunidad Internacional en su conjunto. De hecho: «nuestro país no puede abdicar de ninguna manera de su condición de miembro activo de la comunidad internacional, particularmente en esta materia y menos en este momento histórico en el que existen claras obligaciones internacionales expresas e implícitas de cooperar en la investigación y enjuiciamiento de los crímenes internacionales» (Prada Solaesa, 2014: 29).

⁵⁹⁷ Sobre este tema el profesor Javier Chinchón Álvarez (2014: 10) afirma que esta reforma ha pretendido eliminar de un plumazo y de raíz el principio de jurisdicción universal en España, quitándole al mismo tiempo su sentido y razón de ser.

ahora está subordinado a algunos requisitos todavía más restrictivos que los previstos en la precedente reforma, ya que como se desprende en la exposición de los motivos, la persecución de crímenes internacionales cometidos fuera de España es de carácter excepcional. Como lo explica Ledesma Bartret (2014: 36 y 37), esto justifica que, entre otros requisitos:

la apertura de los procedimientos se condicione a la exclusión de la competencia de los tribunales cuando ya se hubiese iniciado un procedimiento en un Tribunal Internacional o por la jurisdicción del país de comisión o de nacionalidad del imputado, siempre que, en estos dos últimos casos, el imputado no se encuentre en España o, estando en España, vaya a ser extraditado o transferido a un Tribunal Internacional. La disposición transitoria única de la LO a que ahora nos referimos ordena el sobreseimiento de las causas en tramitación hasta que no se acredite el cumplimiento de los requisitos establecidos en dicha ley.

Las críticas por parte de la doctrina especializada a esta Ley son muchas, como quedó evidenciado en los capítulos cuarto y quinto de esta tesis, en particular en lo que se refiere a la técnica legislativa utilizada para introducir los cambios, los motivos subyacentes que han determinado la urgencia de la reforma, la negación de la legitimación de las acusaciones populares, la diversificación de los requisitos para los diferentes crímenes internacionales, es decir, el hecho que los requisitos expeditos parecen creados a medida, a raíz de los casos abiertos por la Audiencia Nacional. Pero sobre todo el hecho de contradecir las obligaciones internacionales que España ha ratificado como las previstas en los convenios de Ginebra y los protocolos adicionales de perseguir y en su caso enjuiciar los responsables de crímenes de guerra.

De hecho, como afirma Gómez Benítez (2014: 62) sobre este último aspecto, también si consideramos que los Convenios de Ginebra no establecen una prioridad o jerarquía de los instrumentos aptos a perseguir las infracciones internacionales:

no autorizan [...] en modo alguno [...] a no ejercer jurisdicción sobre estos crímenes cuando otros estados no la ejercen de forma eficaz y con las debidas garantías. Por mucha subsidiariedad que España quisiera atribuir a su jurisdicción universal sobre crímenes de guerra, esta termina forzando, siempre, la actuación de nuestros tribunales para evitar la impunidad. [...] Por mucho que lo pretenda, la reforma del artículo 23 LOPJ no puede modificar, derogar o dejar en suspenso estos Convenios .

Pasando a las razones que llevaron a la reforma urgente, las críticas han sido muchas debido a que esta urgencia privó y eludió el debate parlamentario necesario para la introducción de dichas modificaciones en el ordenamiento Español. Durante el Congreso organizado por FIBGAR en mayo 2014 en Madrid, los expertos que participaron en ello han evidenciado la incongruencia del legislador en querer adaptar supuestamente la legislación española en materia a los tratados y convenios internacionales sobre la persecución de crímenes internacionales, cuando en la realidad la norma conlleva a una directa contraposición a las obligaciones ivi establecidas (Chinchón Álvarez, 2014: 10).

Resulta todavía más incongruente el discurso expresado en los motivos de la Ley, en la parte en que se establece que la justicia universal no puede concebirse sino desde los límites y exigencias derivadas del Derecho Internacional, esto en cuanto en la realidad es sabido que en el Derecho Internacional en protección de valores superiores compartidos por la totalidad de los Estados, no establece limitaciones al cumplimiento de las obligaciones derivadas por los tratados internacionales sobre la persecución de determinados delitos. De esta forma la única razón que queda en pie es que las restricciones tienen como finalidad la de eliminar posibles conflictos entre los países. Nada de nuevo, considerando que los reales motivos que conllevaron a la reforma de 2014 no se alejan de los que en 2009 fundamentaron la primera. Es decir, frente a las presiones de determinados Gobiernos, entre otros China y Estados Unidos, el legislador prefirió priorizar los intereses nacionales y considerar la jurisdicción universal como mecanismo

excepcional activable solo como última *ratio* en el respecto de criterios muy difícil de cumplir.

Lo anterior conlleva a una total desprotección de las víctimas cuando se trata de delitos por ejemplo de genocidio y de lesa humanidad cuyo cumplimiento de los requisitos expedidos por la nueva Ley hace casi totalmente imposible la persecución de dichos actos en territorio Español. Así se expresaba el Profesor José Elías Esteve Moltó el 11 de febrero de 2014 en el diario el país hablando del caso *Tibet* «crónica de una impunidad anunciada»⁵⁹⁸:

Un gran dilema puede plantearse a partir de hoy por parte de los pueblos oprimidos como el tibetano, el saharauí, el palestino y tantos otros que no han encontrado justicia ni en su propia tierra, ni en ningún sistema de protección de las Naciones Unidas, ni en tribunal internacional alguno, y ahora se les niega la última puerta que es el de la justicia universal, cuyos casos serán archivados al no encontrarse los acusados en territorio nacional; siendo ellos conscientes que han agotado todas las vías pacíficas, ajustadas a la legalidad internacional, y lo único que han encontrado es la garantía efectiva de la impunidad de sus verdugos, ¿qué mensaje y qué salida se les está dando desde estas supuestas democracias occidentales y organizaciones internacionales?

Parece todavía más grave que la desprotección de las víctimas llega hasta el punto de no garantizar justicia y reparación también en el caso de víctimas españolas, sobre todo en cuando se trata de la comisión de un crimen de genocidio o de lesa humanidad:

la reciente reforma ha dado los pasos que faltaban para cerrar esa posibilidad: excluir la jurisdicción universal de nuestros tribunales cuando existen víctimas españolas y, por si esto no fuera suficiente, negar legitimación a las acusaciones populares para el ejercicio de acciones penales contra los responsables de estos crímenes (Gómez Benítez, 2014: 64-65).

Lo dicho nos resume la problemática relativa a las negativas influencias que las modificaciones introducidas pueden tener para el Derecho Internacional sobre todo a la hora de evaluar la posibilidad de cambiar la reglamentación internacional en tema de

⁵⁹⁸ Véase la pagina web: http://elpais.com/elpais/2014/02/11/planeta_futuro/1392113038_599851.htm.l.

persecución de los crímenes internacionales. En cualquier caso, como he tenido oportunidad de mencionar en el capítulo quinto de esta tesis, en el párrafo 5.4 Reflexiones sobre el futuro ejercicio de la jurisdicción penal universal: ¿sigue existiendo una justicia universal?, las prácticas de algunos Estados, también si pueden amenazar la futura regulación legislativa del principio de jurisdicción universal, me refiero a España, Bélgica y Estados Unidos en el caso de la jurisdicción sobre ilícitos civiles especiales, pueden ser contrastadas por las prácticas de otros países que en cambio, fundamentan la existencia de un principio que permita dar justicia efectiva a las víctimas a nivel mundial⁵⁹⁹.

Seguramente la querrela argentina presentada en Buenos Aires el 14 de abril de 2010, es un acto que se pone en esta dirección, y hace evidente que ahora es el momento de juzgar los crímenes cometidos en España y que se quedaron sin respuesta por parte de la justicia de este país. La querrela, que contó con la presencia de muchos profesores, abogados, jueces y de un premio Nobel de la Paz, Adolfo Pérez Esquivel, desde el principio no tuvo vida fácil. Efectivamente después de la presentación de dicho acto, el fiscal argentino Federico Delgado, dictaba que la demanda debía desestimarse, según el principio de subsidiariedad, debido a que en España había procesos judiciales en curso sobre los mismos hechos. Por lo tanto, el 5 de mayo de 2010 se archivó la causa. Esta archivación dejó un sabor amargo en boca pero por solo algunos meses, ya que en septiembre de 2010 la Cámara Criminal y Correccional Federal de Argentina obligó a que se reabriera la causa. Fue gracias a dicha decisión que la justicia argentina pudo empezar la lucha contra la impunidad en el territorio ibérico. Resumiendo los hechos, el 13 de diciembre de 2013 la juez Servini emitió un acto pidiendo a las autoridades españolas que le enviara los nombres de los miembros de los consejos de ministros, dirigentes de Falange

⁵⁹⁹ Sobre este tema véase el capítulo tercero relativo al ejercicio de la jurisdicción universal por ejemplo en Senegal, apartado 3.7.18, donde han sido creadas las Salas Extraordinarias Africanas. El caso Habré, que empezará en 2015, será seguramente un buen punto de partida para evaluar la posibilidad de activar la jurisdicción universal en territorio africano; desde ahora resulta un punto fundamental y de no regreso a la impunidad también en este continente.

y Fuerzas Armadas, además del número e identidad de los desaparecidos, torturados y asesinados, junto con otros crímenes cometidos durante la Guerra Civil y la Dictadura españolas.

El Gobierno español, como antes habían hecho otros países, como Chile, Argentina, China y Estados Unidos cuando eran juzgados los crímenes cometidos en estos territorios y quien juzgaba era la justicia española, no aceptó la intromisión en sus asuntos internos por parte de las autoridades judiciales argentinas y desde el principio decidió no facilitar ningún dato relevante para las investigaciones, aludiendo que España tenía una competencia primaria para juzgar esos delitos, y que además era y es vigente en este territorio una ley de amnistía, de 1977, que impide la entrega de los sospechosos y la investigación de los hechos, amnistía que como explica la profesora Gil Gil (2009b: 151), no viola el Derecho Internacional de la época, pero que al mismo tiempo demuestra la firme voluntad del Estado español de resistirse en investigar los hechos. En efecto, el modelo de transición español es un modelo de olvido absoluto con rehabilitación parcial. «Un modelo fruto de la necesidad y la coyuntura política y social en el que se desarrolló».

Ante la resistencia mostrada por el gobierno español, la juez decidió tomar personalmente declaraciones a las víctimas y se desplazó hacia Madrid, Vigo y Barcelona. En muchas ocasiones, el Juez Garzón, quien ha tenido un papel importante en los procesos hechos en España relativos a crímenes internacionales, que actualmente colabora con la justicia argentina, ha declarado que los crímenes cometidos en territorio español son crímenes internacionales de lesa humanidad y que por lo tanto son imprescriptibles y no están cubiertos por la ley de amnistía. Podemos ver cómo, ante el rechazo de España a juzgar los crímenes cometidos durante el franquismo, siendo estos crímenes internacionales, otro país, Argentina, puede pedir investigarlos bajo el principio de justicia universal.

España, según los promotores de la querrela, negando cada vía judicial a las víctimas de estos crímenes, no solo está incumpliendo con las normas internacionales que ha ratificado, sino que está yendo en contra de todos los avances que ella misma había hecho en defensa de los Derechos Humanos y reparación para las víctimas. Efectivamente, desde septiembre 2013, la ONU está pidiendo al Gobierno Español dejar sin efecto la ley de amnistía para poder juzgar en su territorio todos los crímenes cometidos, desde las desapariciones forzadas hasta el robo de niños.

La querrela argentina, en cierta forma, nos alivia, porque por su trámite, mantiene presente, al centro del debate interno e internacional, la cuestión de la justicia universal, sus límites y su fundamento, aunque no podemos olvidarnos de todas las críticas que la rodean, desde la clasificación de los hechos hasta la competencia de los tribunales argentinos sobre dichos crímenes.

Con todo lo dicho, teniendo en cuenta las restricciones introducidas en los últimos años por parte de las legislaciones de algunos Estados y a falta de una reglamentación vinculante a nivel internacional⁶⁰⁰, ahora más que nunca serán los jueces nacionales los que deberán aplicar esta justicia en coherencia con su normativa nacional, valorando los diferentes intereses en juego. En este momento toca a España enfrentarse al problema de balancear esos intereses. Antes o después tendrá que decidir si empezar los procesos en su interior o dejar que otros Estados los investiguen, porque las víctimas seguirán pidiendo justicia, verdad y reparación por lo sufrido.

Finalmente, me gustaría terminar este trabajo con algunas consideraciones conclusivas. Como resultado del análisis de las normativas nacionales que prevén esta tipología de jurisdicción, la primera consideración que puedo hacer es que el ejercicio de

⁶⁰⁰ Como hemos anticipado en el capítulo tercero, apartado 3.5.1.2, durante el Congreso internacional de Madrid de 2014 organizado por FIBGAR, los expertos han avanzado una propuesta de diálogo, la Declaración de Madrid, para poner en marcha futuras discusiones en tema de justicia universal y llegar a un acuerdo generalizado sobre los requisitos y los límites de esta tipología de jurisdicción.

una jurisdicción penal de forma extraterritorial sigue constituyendo *vexata quaestio* del Derecho Internacional, esto en cuanto todavía este principio está siendo puesto en discusión sobre todo en lo relativo a los requisitos pedidos para su aplicación y a los límites que encuentra en los casos enfrentados delante de las cortes nacionales.

La segunda consideración es, como explica el Profesor Jesús María Silva Sánchez (2009), que el deber de lealtad y solidaridad hacia la Comunidad Internacional, del cual se desprende la obligación general de proteger los intereses propios de esta última, todavía no ha establecido que el principio de jurisdicción universal constituye un deber internacional y por lo tanto, la asunción, o el establecimiento de límites o restricciones a dicho deber, no genera, al estado actual, una responsabilidad internacional de los Estados. Debido a esto, el solo retroceso en la protección de los Derechos Humanos y por el Derecho Internacional para la persecución de los crímenes internacionales no es suficiente para establecer una responsabilidad internacional del Estado que introduce límites a la aplicación del principio de justicia universal en su ordenamiento.

No obstante, si las modificaciones introducidas resultan contraponerse a normas internacionales, como por ejemplo la Ley de reforma de 2014 y los Convenios de Ginebra y sus protocolos adicionales, aunque no constituyendo una responsabilidad del Estado que las introduce, tienen otro efecto: los jueces, delante de asuntos basados sobre esta tipología de jurisdicción, deberán aplicar la normativa internacional, también si es contraria a la legislación nacional, en cuanto superior a esta última e inderogable por Ley Orgánica; es decir, dejar sin efecto la norma nacional que contradice las obligaciones internacionales ratificadas por los Estados⁶⁰¹.

⁶⁰¹ Como afirma Pérez González (2009), también si la cuestión relativa a la existencia de una norma de Derecho Internacional que imponga a los países una clara y unívoca obligación de incorporar el principio de jurisdicción universal en sus ordenamientos no está totalmente resuelta, «en mi opinión, sin embargo, la interpretación literal de los artículos correspondientes de los Convenios de Ginebra y su comparación con las disposiciones contenidas en otros tratados internacionales que, como acabamos de comprobar, imponen de manera expresa la regla *aut dedere aut iudicare* permiten afirmar que si bien el principio de

La tercera consideración es que lamentablemente este paso atrás hace que se pierda el verdadero significado universal de la jurisdicción; de hecho, a raíz de dichos cambios, resulta totalmente utópico y carente de sentido práctico seguir hablando de una jurisdicción universal pura, totalmente desligada de los intereses nacionales. Lo que estas limitaciones están promoviendo es la idea de que la persecución de un crimen internacional sigue estando ligada a un interés específico del Estado que procede a juicio, siempre que no sean amenazados sus beneficios económicos, políticos y diplomáticos.

Finalmente y para terminar, concluyo afirmando que ahora más que nunca se debería poner en marcha una atenta discusión a nivel internacional para redefinir las características, los criterios y los límites para la aplicación de esta tipología de jurisdicción. Sería oportuna y necesaria la codificación, en forma de tratado, de las normas de *soft law* y consuetudinarias en materia; codificación que se deberá adaptar al desarrollo que las mismas normas internacionales han surtido en la jurisprudencia de los Estados que efectivamente han ejercido dicha jurisdicción. De hecho, como explica Alija Fernández (2014: 16):

A falta de un tratado internacional que regule el alcance de la jurisdicción universal, la práctica de los Estados se convierte en un dado esencial [...]. La falta de uniformidad en cuanto al alcance de esa jurisdicción no permite hablar de una regulación consuetudinaria del principio de jurisdicción universal. Es más, si la práctica relevante es aquella de los estados cuyos tribunales

jurisdicción universal es un principio facultativo de Derecho internacional general no lo es cuando se trata de juzgar las infracciones graves a las normas de DIH en aquellos Estados que son parte en los citados convenios. Creo que es posible afirmar, en definitiva, que en el estado actual del Derecho internacional, ninguna norma consuetudinaria obliga-ni prohíbe- a los Estados de la Comunidad Internacional a incorporar en sus ordenamientos jurídicos internos el principio de jurisdicción universal. Sin embargo, los Convenios de Ginebra son en mi opinión claros en ese sentido al imponer a los Estados parte la obligación de buscar a los presuntos responsables. Lo que significa que cabe la iniciación del procedimiento cuando el presunto responsable no se halla en el territorio o bajo la jurisdicción del Estado e, incluso, la posibilidad de juzgar *in absentia* si así lo permite la legislación interna». De forma diferente, Sánchez Legido (2014: 32) afirma que: «la consideración según la cual el artículo 146 de cuarto Convenio de Ginebra impone una obligación operativa *urbi et orbi*, independientemente de la presencia o no del sospechoso en el propio territorio, puede tener ciertamente encaje en el tenor literal del precepto, pero no resulta avalada ni por la interpretación del párrafo en su conjunto, ni por la práctica generalizada subsiguiente de los Estados, ni por la interpretación que del mismo parece haber la Comisión de Derecho Internacional, ni por los propios trabajos preparatorios del precepto».

efectivamente han aplicado este principio, resulta comprobar que, ante la existencia de diversos intereses en conflicto, la voluntad de los Estados parece ser la de limitar el alcance del principio [...]. Es deseable que, de salir adelante un tratado internacional en la materia, no se imponga la defensa e ultranza de la soberanía estatal como argumento para dar prioridad a intereses políticos y económicos, en detrimento del fin de la impunidad.

Tenemos que superar los problemas derivados de la naturaleza del principio de jurisdicción universal para centrarnos ahora en establecer las normas vinculantes para los Estados, para que esta tipología de jurisdicción sea obligatoria, a modo de foro *necessitatis* es decir cuando no haya otro foro competente y dispuesto a llevar el asunto, para restablecer el orden internacional violado, determinar las relativas responsabilidades y reparar a las víctimas.

Bibliografía

- ABAD CASTELOS, MONTSERRAT (2012): «La persecución restringida de los delitos que lesionan valores esenciales de la Comunidad internacional: ¿sigue existiendo la jurisdicción universal en España?», *Universitas: Revista de Filosofía, Derecho y Política*, n. 15, Madrid, Universidad Carlos III de Madrid. Instituto de derechos humanos Bartolomé de las Casas, 65-90.
- ABAD CASTELOS, MONTSERRAT (1998), «la actuación de la Audiencia Nacional española respecto de los crímenes contra la humanidad cometidos en Argentina y en Chile: un paso adelante desvendando la impunidad», *Anuario de facultade de dereito da Universidade da Coruña*, consultable en: <http://ruc.udc.es/dspace/bitstream/2183/1977/1/AD-2-2.pdf>.
- ALIJA FERNÁNDEZ, ROSA ANA (2014): «Crónica de una muerte anunciada: análisis de la Proposición de la Ley Orgánica para la reforma de la justicia universal en España», del *Blog de la Revista Catalana de Dret Públic*, del 5 de febrero de 2014, consultable en: <http://blocs.gencat.cat/blocs/AppPHP/eapc-rcdp/2014/02/05/cronica-de-una-muerte-anunciada-analisis-de-la-proposicion-de-ley-organica-para-la-reforma-de-la-justicia-universal-en-espana-rosa-ana-alija>.
- ÁLVAREZ TORNÉ, MARIA (2013): «El derecho internacional privado ante las vulneraciones de derechos humanos cometidas por empresas y respuestas en la UE», *Revista Española de Derecho Internacional*, Vol. LXV No 2, MARCIAL PONS, Madrid, 157-190.
- AMBOS, KAI (2007): «Enjuiciamiento de crímenes internacionales en el nivel nacional e internacional: entre Justicia y *Realpolitik*». *Política criminal* No 4, A1, consultable en: http://www.politicacriminal.cl/n_04/a_1_4.pdf, 1-16.
- AMBOS, KAI (2006b): «La construcción de una parte general del derecho penal internacional», *Revista Penal*, n. 17, consultable en la web: <http://www.uhu.es/revistapenal/index.php/penal/article/viewArticle/265>.
- AMBOS, KAI (2006a): *Temas de Derecho penal internacional y europeo*, MARCIAL PONS, Madrid.
- AMBOS, KAI (2005): *Estudios de derecho penal internacional*, segunda edición, Caracas, UCAB.
- AMBOS, KAI (1999): *Impunidad y derecho penal internacional*, segunda edición actualizada y revisada, AD-HOC S.R.L., Buenos Aires.
- AMBOS, KAI, MALARINO, EZEQUIEL, ELSNER, GISELA (2007), *Cooperación y asistencia judicial con la Corte Penal Internacional*, KONRAD-ADENAUER-STIFTUNG e. V., Berlin.

- ANDRÉS DOMÍNGUEZ, ANA CRISTINA (2010): La reforma del principio de justicia universal, *Revista de derecho penal*, n. 31, lex nova, Valladolid, 11-42.
- ARCOS VARGAS, MARIA CRUZ (2000): «La imprescindible cooperación de los Estados con la Corte Penal Internacional», en Carrillo Salcedo, Juan Antonio (coordinador), *La criminalización de la barbarie: La Corte Penal Internacional*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid.
- BASSIOUNI, M. CHERIF (2014): *International Extradition, United States Law and Practice*, Sixth Edition, Oxford University Press, Oxford.
- BASSIOUNI, M. CHERIF (2005): *The Legislative History of the International Criminal Court: Introduction. Analysis and Integrated Text*, Transnational Publishers, Ardsley.
- BASSIOUNI, M. CHERIF (2001b): «Jurisdicción Universal para Crímenes Internacionales: Perspectivas Históricas y Práctica Contemporánea», Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, consultable en <http://www.cdh.uchile.cl/media/publicaciones/pdf/18/45.pdf>, 1-67.
- BASSIOUNI, M. CHERIF (2001): «Universal Jurisdiction for International Crimes: Historical Perspectives and Contemporary Practice», en *Virginia Journal of International Law Association*, Otoño 2001, 42 Va. J. Int'l. L., University of Virginia School of Law, Charlottesville, 81-162.
- BASSIOUNI, M. CHERIF (2000): «Note explicative sur le Statut de la Cour Pénal Internationale», *Revue Internationale de Droit Pénal*, consultable en: http://www.penal.org/IMG/RIDP_2000_1_2.pdf.
- BASSIOUNI, M. CHERIF (1999): *Le fonti e il contenuto del diritto penale internazionale*, Giuffrè, Milano.
- BASSIOUNI, M. CHERIF (1992): *Crimes Against Humanity in International Criminal Law*, Martinus Nijhoff, Dordrecht.
- BASSIOUNI, M. CHERIF, CUESTA ARZAMENDI, JOSÉ LUIS (1984), *Derecho penal internacional proyecto de Código penal internacional*, Tecnos, Madrid.
- BASSIOUNI, M. CHERIF, WISE, EDWARD M. (1995): *Aut Dedere Aut Judicare: The Duty to Extradite or Prosecute in International Law*, Martinus Nijhoff, Dordrecht/Boston/London.
- BECCARIA, CESARE (2003): *Dei delitti e delle pene (1764)*, Feltrinelli, Milano.
- BECKER, STEVEN W. (2008): «The universal jurisdiction global», en *Revue Internationale de Droit Pénal*, consultable en: http://www.penal.org/IMG/RIDP_2008_1_2.pdf.
- BECKER, STEVEN W. (2001): *Comentario a los Principios de Princeton*, junio de 2001, DePaul University College of Law, Chicago.
- BEHRENDT, URS (2005): *Die Verfolgung des Völkermordes in Ruanda durch*

internationale und nationale Gerichte, Berliner Wissenschafts-Verlag, Berlin.

- BEIGBEDER, YVES (2005): *International Justice against Impunity Progress and New Challenges*, Martinus Nijhoff Publishers, Koninklijke Brill NV, Leiden.
- BERNAZ, NADIA, RÉMY, PROUYÉZE (2010): «International and Domestic Prosecutions», en Bassiouni (ed.), *The pursuit of International Criminal Justice: a world study on conflicts, victimization, and post – conflict justice*, V.I., Intersentia, Oxford.
- BESNÉ MAÑERO, ROSARIO (1999): *El Crimen internacional nuevos aspectos de la responsabilidad internacional de los Estados*, Universidad de Deusto, Bilbao.
- BLANC ALTEMIR, ANTONIO (2001), «Universalidad, Indivisibilidad e Interdependencia de los Derechos Humanos a los cincuenta años de la Declaración Universal», en Blanc Altemir Antonio *la protección Internacional de los Derechos Humanos, a los cincuenta años de la Declaración Universal*, Tecnos, Madrid.
- BLANCO CORDERO, ISODORO (2008): «Jurisdicción universal, relación general», *Revue internationale de droit pénal*, 2008/1, Vol 79, consultable en: <http://es.scribd.com/doc/51083222/7-Blanco-Cordero-Isidoro-Jurisdiccion-Universal-relacion-general>, 101-145.
- BLANCO CORDERO, ISODORO (2004): «Crisis del principio de jurisdicción universal en el derecho penal contemporáneo (y II)», *Diario La Ley*, No 5981, La Ley Actualidad, Madrid.
- BLIX NILSEN, SILJIE, ERIKSEN, PAL (2007): *Implementation of the Rome Statute in Norway*, consultable en: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=996523.
- BOLLO AROCENA, M. DOLORES (2009), «La impunidad de los Estados frente a las violaciones de Derechos Humanos y del Derecho Internacional Humanitario», en Soroeta Liceras, Juan (edt.), *Los Derechos Humanos frente a la impunidad, Cursos de Derechos Humanos de Donostia-San Sebastián*, Volumen X, Argitalpen Zerbitzua, Universidad del País Vasco, 59-88.
- BOLLO AROCENA, M. DOLORES (2004), *Derecho Internacional Penal, Estudio de los crímenes internacionales y de la técnicas para su represión*, Universidad del País Vasco, Bilbao.
- BOSLY, HENRI & VANDERMEERSCH, DAMIEN (2014): introducción en Bénédicte De Moerloose and Daniel Perissi, *Vingt ans de justice internationale pénale*, La Charte, Bruxelles.
- BOSLY, HENRI & VANDERMEERSCH, DAMIEN (2010): *Génocide, crimes contre l'humanité et crimes de guerre face à la justice. Les juridictions internationales et les tribunaux nationaux*, Bruylant, Bruxelles.
- BOYÉ TUSET, GONZALO (2009): «Proceso hacia la impunidad» en PÉREZ GONZÁLEZ, CARMEN, Escudero Alday, Rafael (editores), *La responsabilidad penal*

por la comisión de crímenes de guerra: el caso de Palestina, Aranzadi, Navarra.

- BRADLEY, CURTIS (2013): «Supreme Court Holds That Alien Tort Statute Does Not Apply to Conduct in Foreign Countries», *American society of international law*, Vol 17 Issue 12, consultable en: <http://www.asil.org/pdfs/insights/insight130418.pdf>.
- BRETT, SEBASTIÁN (2008): *El Efecto Pinochet. A diez años de Londres 1998*. en Collins, Cath, Informe de una conferencia realizada en el Universidad Diego Portales, Santiago, Chile 8.10 octubre 2008., consultable en: <http://www.icso.cl/images/Paperss/tpefinal.pdf>.
- BROWN BARTRAM S. (2001): «The Evolving Concept of Universal Jurisdiction», en *New England law Review*, Vol 35 n.2, consultable en: <http://www.nesl.edu/userfiles/file/lawreview/vol35/2/brown.pdf>, 383-398.
- BUJOSA VADELL, LORENZO MATEO (2009): «En torno a la reforma del principio de justicia universal en la Jurisdicción española», *Diario La Ley*, La Ley-Actualidad, Madrid.
- BUJOSA VADELL, LORENZO MATEO (2008): *La cooperación procesal de los Estados con la Corte Penal Internacional*, Atelier, Barcelona.
- CALATAYUD, ORIHUELA(2000): «Aplicación del Derecho internacional humanitario por las jurisdicciones nacionales», en J. Quel (ed.), *Creación de una jurisdicción penal internacional*, Colección Escuela Diplomática, Vol 4, AEPDIRI-BOE, Madrid, 237-264.
- CANÇADO TRIDADE, ANTONIO AUGUSTO (1999), «The International Law of Human Rights at the dawn of the XX1st century», en *Cursos Euromediterráneos Bancaja de Derecho Internacional*, Volumen III de 1999, Aranzadi, Navarra.
- CAPELLÀ I ROIG, MARGALIDA (2005): *La Tipificación internacional de los crímenes contra la humanidad*, Tirant lo Blanch, Valencia.
- CARNERO ROJO, ENRIQUE (2011): «National Legislation Providing for the Prosecution and Punishment of International Crimes in Spain», *Journal of International Criminal Justice*, n. 9, Oxford University Press, Oxford.
- CARON, DAVID, BUXBAUM, RICHARD (2010): «The Alien Tort Statute: An Overview of the Current Issues», *Berkeley Journal of International law*, Vol. 28:2, Washington & Lee Law School, University of California, Berkeley, School of Law, 511-518.
- CARRILLO SALCEDO, JUAN ANTONIO (2001): *Soberanía de los Estados y Derechos Humanos en Derecho Internacional Contemporáneo*, Editorial Tecnos, Madrid.
- CARRILLO SALCEDO, JUAN ANTONIO (2000): «Derechos Humanos y Derecho Internacional», en *Isegoría*, No 22, consultable en <http://isegoria.revistas.csic.es/index.php/isegoria/article/viewArticle/522>, 69-81.
- CARRILLO SALCEDO, JUAN ANTONIO (1999), «Permanencia y cambios en Derecho Internacional», en *Cursos Euromediterráneos Bancaja de Derecho Internacional*, Volumen III de 1999, Aranzadi, Navarra.

- CARRILLO SALCEDO, JUAN ANTONIO (1998), «La Declaración Universal de Derechos Humanos ¿es universal?» en *Tiempo de Paz*, No 48, primavera de 1998, Movimiento por la Paz, el Desarme y la Libertad, Madrid, 11-18.
- CASSESE, ANTONIO (2007): *La giustizia penale internazionale*, progetto Diritti umani, UTET, Torino.
- CASSESE, ANTONIO (2004): «¿Hay un conflicto insuperable entre soberanía de los Estados y justicia penal internacional?» en: *Crímenes internacionales y Jurisdicciones internacionales*, Grupo Editorial Norma, Bogotá.
- CASSESE, ANTONIO (2003): *International Criminal Law*, Oxford University Press, Oxford.
- CASSESE, ANTONIO (1998): «Reflections on the International Justice». *The Modern Law Review*, Vol. 61. No 1, Blackwell Publishing, London, 6-8.
- CASTILLO, MIREYA (2003): *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, Tirant lo Blanch, Valencia.
- CHINCHÓN ÁLVAREZ, JAVIER (2014): «El principio de jurisdicción universal. Concepto y fundamentos lógico y jurídico», en *Tiempos de Paz*, No 104, Movimiento por la Paz, el Desarme y la Libertad, No 112, Madrid, 6-12.
- CHINCHÓN ÁLVAREZ, JAVIER (2009): «Análisis formal y material de la reforma del principio de jurisdicción universal en la jurisdicción española: de la «abrogación de facto» a la «derogación de iure», *Diario la Ley*, n. 7211, La Ley-Actualidad, Madrid.
- CHINCHÓN ÁLVAREZ, JAVIER (2007): «El viaje a ninguna parte: Memoria, leyes, historia y olvido sobre la guerra civil y el pasado autoritario en España. Un examen desde el derecho internacional», en *Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, consultable en: http://eprints.ucm.es/6980/1/Articulo_Transicion_Espa%C3%B1ola_Revista_IIDH.pdf, 119-233.
- COLANGELO, ANTHONY (2013): «The Alien Tort Statute and the Law of Nations in Kiobel and Beyond», *Georgetown Journal of International Law*, Vol. 44, Forthcoming, consultable en: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2313217#%23.
- COMELLAS AGUIRREZÁBAL, M. TERESA (2010): «La jurisdicción universal en España tras la reforma de 2009: ¿racionalización del principio o un paso atrás en la lucha contra la impunidad», en *Anuario Español de Derecho Internacional*, Vol 26, consultable en: http://dspace.unav.es/dspace/bitstream/10171/21506/1/ADI_n%C2%BA%2026_2010_02.pdf, 61-110.
- CONDORELLI, LUIGI (1999): «Jurisdiction et (dés)ordre judiciaire en droit international: Quelques remarques au sujet de l'arrêt du 2 octobre 1995 dans l'affaire Tadic», in *Mélanges en l'honneur de Nicolas Valticos: Droit et justice*, Pedone, Paris, 281-286.
- CONFORTI, BENEDETTO (2014): *Diritto internazionale*, X edizione, editoriale

científica, Napoli.

- CONFORTI, BENEDETTO (1994): *Le Nazioni Unite*, CEDAM, Padova.
- COOMBES, KARINNE (2011), «Universal jurisdiction: a means to end impunity or a threat to friendly international relations?», *George Washington International Law Review*, George Washington University Law School, consultable en: <http://docs.law.gwu.edu/stdg/gwilr/PDFs/43-3/2-%20Coombes.pdf>, 419-466.
- CORZO, VÍCTOR, CORZO, ERNESTO (2006): «El Sistema Penal Internacional», *Revista Mexicana de Justicia, Los nuevos desafíos de la Procuraduría General de la República*, Sexta Época, No. 13, consultable en: http://www.oas.org/juridico/Mla/sp/mex/sp_mex-mla_spi.pdf.
- CRYER, ROBERT, FRIMAN, HAKAN, ROBINSON, DARRAYL, WILMSHURST ELIZABETH (2010): *An introduction to International Criminal Law and Procedure*, second edition, 2010, Cambridge, Cambridge University.
- DE STEFANO, PAOLO (2000): *Profili di diritto penale internazionale nella prospettiva dei diritti umani*, quaderni del Centro studi e formazione sui diritti della persona e dei popoli, Cattedra Unesco Diritti umani, democrazia e pace, Università di Padova, Padova, Cedam.
- DEL CARPIO DELGADO, JUANA (2009): «El principio de justicia universal en España tras la reforma de 2009», *Diario la Ley*, n. 7307, La Ley-Actualidad, Madrid.
- DEL TORO HUERTA, MAURICIO IVÁN (2007): «La jurisdicción universal en materia civil y el deber de reparación por violaciones graves a los derechos humanos», *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, número 7, Enero 2007, Ciudad de México, Universidad Nacional Autónoma de México, 315-349.
- DEL TORO HUERTA, MAURICIO IVÁN (2006): Transcripción de la ponencia presentada en el Congreso Internacional de Derecho Internacional de los Derechos Humanos realizado del 23 al 26 de mayo de 2006, en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, disponible en: <http://biblio.juridicas.unam.mx/estrev/derint/cont/7/art/art9.htm>.
- DÍAZ PITA, M. PAULA(2005): «Concurrencia de jurisdicciones entre los Tribunales Penales españoles y la Corte Penal Internacional: los arts. 8 y 9 de la Ley Orgánica 18 de de 10 de diciembre, de cooperación con la Corte Penal Internacional», en *Revista electrónica de estudios internacionales*, No 9, consultable en: <http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=1143394>.
- DICKER, RICHARD (2013): «A few reflections on the current status and future direction of universal jurisdiction practice», en *Proceedings of the Annual Meeting*, American Society of International Law Vol. 107, Washington DC, 233-237.
- DICKINSON, LAURA A. (2003): «The Promise of Hybrid Courts», en *American Journal of International Law*, Vol 97, George Washington University Law School, consultable en: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=481683.
- DONOVAN, DONALD FRANCIS, ROBERTS, ANTHEA (2006): «The Emerging

Recognition of Universal Civil Jurisdiction», *American Journal of International Law*, American Society of International Law Vol. 100, Washington DC, 142-163.

- ELSNER, GISELA (2007): «Presentación», en Ambos, Kai, Malarino, Ezquiél,, Cooperación y asistencia judicial con la Corte Penal Internacional, KONRAD-ADENAUER-STIFTUNG e. V., Berlin, 13-17.
- ENNEKING, LIESBETH F.H (2012), *Multinational Corporations, Human Rights Violations and a 1789 US Statute - A Brief Exploration of the Case of Kiobel v. Shell, Nederlands Internationaal Privaatrecht*, consultable en la web: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2204762.
- ESCOBAR HERNÁNDEZ, CONCEPCIÓN, YÁÑEZ BARNUEVO, JUAN ANTONIO, «Entrevista sobre la CPI» en *Tiempos de Paz*, No 104, Movimiento por la Paz, el Desarme y la Libertad, Madrid 16-25.
- ESCRIBANO TESTAUT, PEDRO Y OTROS (2010): *Ley Orgánica del Poder Judicial, comentada, con jurisprudencia sistematizada y concordancias*, Colección Tribunal Supremo, El Derecho Grupo Editorial, Madrid.
- ESCUDERO ALDAY, RAFAEL (2009): «Los tribunales israelíes y la cultura de la legalidad» en PÉREZ GONZÁLEZ, CARMEN, Escudero Alday, Rafael (editores), *La responsabilidad penal por la comisión de crímenes de guerra: el caso de Palestina*, Aranzadi, Navarra.
- ESTEVE MOLTÓ, JOSÉ ELÍAS (2014): «Crónica de la impunidad anunciada», en *El País*, consultable en: http://elpais.com/autor/jose_elias_esteve_molto/a/.
- ESTEVE MOLTÓ, JOSÉ ELÍAS (2011): «La persecución de las violaciones del derecho internacional humanitario en el contexto de los conflictos armados internos: el caso de Birmania ante la jurisdicción universal en España», en *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, No 22, consultable en: <http://www.reei.org/index.php/revista/num22/articulos/persecucion-violaciones-derecho-internacional-humanitario-contexto-conflictos-armados-internos-caso-birmania-ante-jurisdiccion-universal-espana>.
- ESTEVE MOLTÓ, JOSÉ ELÍAS (2008): «La persecución de crímenes internacionales y la lucha contra la impunidad», en Ramón Chomet, Consuelo (coord.), *Conflictos Armados y Derecho Internacional Humanitario, Problemas Actuales*, Tirant lo Blanch, Valencia.
- ESTEVE MOLTÓ, JOSÉ ELÍAS (2006): «El Auto de Admisión a Trámite de 10 de enero de 2006 de la Audiencia Nacional: La aplicación de la jurisdicción universal al caso del genocidio del Tíbet», en *Anuario Español de Derecho Internacional*, Universidad de Navarra.
- EVANS, GARETH (1993): *Cooperating for Peace. The Global Agenda for the 1990s and Beyond*, Allen & Unwin, St Leonards (Australia).
- FAWCETT, JAMES E. (1962): «The Eichmann Case», en *38 Brit. Y.B. Int'l L.* 181, consultable en: <http://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/byrint38&div=6&id=&page=>.

- FEIJOO SÁNCHEZ, BERNARDO (2011): «El principio de justicia universal en el Derecho penal español tras la reforma mediante la LO 1/2009. Comentario crítico al Auto del Pleno de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional de 27 de octubre de 2010 ("Caso Tibet") y al Voto particular que formulan tres magistrados», en *InDret* Revista para el análisis del derecho, indret.com, enero 2011, Barcelona.
- FERNÁNDEZ APARICIO, JUAN MANUEL (2006), «La incidencia del Estatuto de la Corte Penal Internacional en el Derecho español», *Boletín de información del Ministerio de Justicia*, consultable en: <http://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/1292344081081?blobheader=application%2Fpdf&blobheadername1=Content..>
- FERNÁNDEZ BUEY, FRANCISCO (1992): «La controversia entre Ginés de Sepúlveda y Bartolomé de las Casas: Una revisión», en *Boletín Americanista*, consultable en: <http://www.raco.cat/index.php/BoletinAmericanista/article/view/98598>.
- FERNÁNDEZ-PACHECO ESTRADA CRISTINA (2008): *La jurisprudencia española en aplicación del principio de jurisdicción universal: el caso de la represión en Argentina*, Jueces para la Democracia, Información y Debate. N. 61 (nov. 2008), 101-117.
- FERRER LLORET, JAUME (2002): «Impunidad versus inmunidad de jurisdicción: la sentencia del Tribunal Internacional de Justicia de 14 de Febrero de 2002 (Republica Democrática del Congo contra Bélgica)», en *Anuario de Derecho Internacional XVII*, Universidad de Navarra, Navarra.
- FERRER LLORET, JOSÉ (1993-1994): «Impunity in Cases of Serious Human Rights Violations: Argentina and Chile», *SPYBIL*, Vol 3, 20-29.
- FERSTMAN, CARLA, SCHURR, JURGEN (2011): «Universal Justice? The Practice and Politics of Universal Jurisdiction Cases relating to Crimes committed in Africa», en Letschert Riann y otros, *Victimological Approaches to International Crimes: Africa*, Intersentia, Cambridge, 439-461.
- FINSTERBUSCH, CHRISTIAN (2013), «Las fuentes de la futura calificación del crimen de agresión por parte de la Corte Penal Internacional», en *Tribuna Internacional*, Volumen 2, número 4, consultable en www.revistas.uchile.cl/index.php/RTI/article/view/30127/31857, 33-63.
- FITZMAURICE, GERALD (1953): «The Law and Procedure of the International Court of Justice, 1951-54: General Principles and Sources of Law», *The British year book of international law*, 30, H. Frowde, London, 1-70.
- FUENTES TORRIJO, XIMENA (2004): «La jurisdicción universal y la Corte Penal», *Revista de Estudios de la Justicia*, No 4, consultable en: http://web.derecho.uchile.cl/cej/recej/recej4/archivos/articulo%20revista%20CEJ%20X Fuentes%20_15_.pdf.
- GAJA, GIORGIO (1981): «Jus Cogens Beyond the Vienna Convention», in *Recueil des Cours*, T.172, 1981- III, The Hague Academy of International Law , La Haya 271-316.
- GARCÍA ARÁN, MERCEDES (2004): «Complementariedad recíproca y justicia global:

España, Guatemala y la corte penal internacional». *Persona y Derecho*, Vol 51, dadun, Universidad de Navarra, 255-281.

- GARCÍA ARÁN, MERCEDES (2000b), *El principio de justicia universalidad*, consultable en http://portal.uclm.es/descargas/idp_docs/doctrinas/elprincipiodejusticiauniversal.pdf.
- GARCÍA ARÁN, MERCEDES, CARRIDO LÓPEZ, DIEGO (coords) (2000a): *crimen internacional y jurisdicción universal. El caso Pinochet*, Tirant lo Blanch, Valencia.
- GARCÍA SIRO, CHOCLÁN MONTALVO, JOSÉ ANTONIO (2010): *Ley Orgánica del Poder Judicial (9 ED)*, Colex, Madrid.
- GARCÍA GARCÍA, EMILIO (2011): «Los Derechos Humanos en su origen. La República Dominicana y Antón de montesinos», en M. Maceiras y L. Mendéz (Coordinadores), Editorial San Esteban Salamanca, 81-114.
- GARCÍA SÁNCHEZ, BEATRIZ (2004): *Límites a la Ley Penal en el Espacio*, Atelier, Barcelona.
- GARRIDO LÓPEZ, DIEGO (2000), «La imprescriptibilidad de los crímenes contra la humanidad y el principio de la jurisdicción universal» en GARCÍA ARÁN, MERCEDES, CARRIDO LÓPEZ, DIEGO (coords) (2000A) *crimen internacional y jurisdicción universal. El caso Pinochet*, Tirant lo Blanch, Valencia, 49-54.
- GARZÓN, BALTASAR (2014): «La consolidación del principio de jurisdicción universal: los casos Argentina y Chile», en *Tiempo de Paz*, No 112, Movimiento por la Paz, el Desarme y la Libertad, Madrid, 39-45.
- GIL GIL, ALICIA (2009b): *La justicia de transición en España. De la amnistía a la memoria histórica*, Atelier, Barcelona.
- GIL GIL, ALICIA (2009a): «Principio de legalidad y crímenes internacionales. Luces y sombras en la Sentencia del Tribunal Supremo en el caso Scilingo», en Cuerda Riezu, Antonio Rafael y Jiménez García, Francisco (coords.): *Nuevos Desafíos del Derecho penal internacional: Terrorismo, crímenes internacionales y derechos fundamentales*, Madrid, Tecnos.
- GIL GIL, ALICIA (2006b): «jurisdicción de los Tribunales españoles sobre el genocidio, crímenes contra la humanidad y crímenes de guerra», en *Revista española de derecho militar*, No 87, consultable en: [http://portal.uclm.es/descargas/idp_docs/doctrinas/jurisdiccionalostribunalesespanolesobregengenocidio\[1\]\[1\].aliciagil.pdf](http://portal.uclm.es/descargas/idp_docs/doctrinas/jurisdiccionalostribunalesespanolesobregengenocidio[1][1].aliciagil.pdf), 55-88.
- GIL GIL, ALICIA (2006a): *Bases para la persecución penal de crímenes internacionales en España*, Comares, Granada.
- GIL GIL, ALICIA (2005): «La sentencia de la Audiencia Nacional en el caso Scilingo», en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, consultable en: <http://criminet.ugr.es/recpc/07/recpc07-r1.pdf>.
- GIL GIL, ALICIA (1999): *El genocidio y otros crímenes internacionales*, UNED,

Valencia.

- GILLET, MATTHEW (2013): The Anatomy of an International Crime: Aggression at the International Criminal Court, *International Criminal Law Review*, vol 13, BrillOnline, Leiden, 829-864.
- GOLDHABER, MICHAEL(2013): «Corporate Human Rights Litigation in Non-U.S. Courts: A Comparative Scorecard», 3 *U.C. IRVINE L.REV.*, consultable en: <http://www.law.uci.edu/lawreview/vol3/no1/goldhaber.pdf>, 127-137.
- GÓMEZ BENÍTEZ, JOSÉ MANUEL (2014), «La desprotección de las víctimas españolas de crímenes de derecho internacional cometidos fuera de España», en *Tiempo de Paz*, No 112, Movimiento por la Paz, el Desarme y la Libertad, Madrid, 60-65.
- GONZÁLEZ VEGA, JAVIER (2009), «¿Misión imposible? La competencia de la Corte Penal Internacional para enjuiciar los crímenes cometidos en el curso de las acciones israelíes sobre Gaza (Diciembre de 2008- Enero de 2009)», en Carmen Pérez González y Rafael Escudero Alday editores, *La responsabilidad penal por la comisión de crímenes de guerra: el caso de Palestina*, Aranzadi, Navarra, 105-130.
- GRAZIANI, FRANCESCA (2011): *Atti del Convegno in memoria di Luigi Sico : il contributo di Luigi Sico agli studi di diritto internazionale e di diritto dell'Unione europea*, Università degli studi di Napoli Federico 2., 23 aprile 2010 / a cura di Talitha Vassalli di Dachenhausen, Editoriale scientifica, Napoli.
- GROS ESPIELL, HÉCTOR (1984): Derechos humanos, Derecho internacional humanitario y Derecho internacional de los refugiados, en *Etudes et essais sur le Droit International Humanitaire et sur les Principes de la Croix-Rouge en l'honneur de Jean Pictet* (C. Swinarski rédacteur), Geneve - la Haye, 699-711.
- HAFETZ, JONATHAN (2013): «Human Rights Litigation and the National Interest: Kiobel's Application of the Presumption Against Extra-Territoriality to the Alien Tort Statute», *Maryland Journal of International Law*, consultable en: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2313189.
- HENNER, PETER (2009), *Human Rights and the Alien Tort Statute, Law, History and Analysis*, ABA, Chicago.
- HESENOV, RAHIM (2012): «Universal Jurisdiction for International Crimes – A Case Study», *Eur J Crim Policy Res* (2013) No 19, consultable en: http://download.springer.com/static/pdf/188/art%253A10.1007%252Fs10610-012-9189-8.pdf?auth66=1409759907_7b925fc33869979e032c718a9aba0457&ext=.pdf, 275-283.
- HIGGINS ROSALYN (1995): *Problems and Process: International Law and How We Use It* Published November 9th 1995, Oxford University Press, Oxford.
- HORMAZÁBAL MALARÉE, HERNÁN (2000): «La inmunidad del jefe de estado», García Arán, Mercedes y López Garrido, Diego (coord.), *crimen internacional y jurisdicción universal: el caso Pinochet*, Tirant lo Blanch, Valencia,163-184.
- IGNATIEFF, MICHAEL (2003): *Los derechos humanos como política e idolatría*, Paidós, Barcelona.

- INAZUMI, MITSUE (2005): *Universal Jurisdiction in Modern International Law: Expansion of National Jurisdiction for Prosecuting Serious Crimes Under International Law*, Intersentia, Cambridge.
- JESCHECKS, HANS-HEINRICH (1981), *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, Editorial Bosch, Barcelona
- JUSTE RUIZ, JOSÉ (2000): «crímenes internacionales y justicia universal, en el nuevo orden jurídico internacional y la solución de conflictos», *La clave del Mediterráneo*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 25-56.
- KANT, IMMANUEL (2005): *Fondazione della metafisica dei costumi* (1785), Editori Laterza, Bari.
- KELSEN, HANS (1990): *La pace attraverso il diritto*, (traduzione italiana di Peace Through law), Giappichelli, Torino.
- KISSINGER HENRY (2001): «The pitfalls of universal jurisdiction», en Global Policy Forum, Agosto 2001, consultable en: <https://www.globalpolicy.org/component/content/article/163/28174.html>.
- KOEBELE, MICHAEL (2009): *Corporate Responsibility under The Alien Tort Statute, Enforcement of International Law through US Torts Law*, Martinus Nijhoff, Leiden.
- KYRIAKAKIS, JOANNA (2012): «Developments in international criminal law and the case of business involvement in international crimes» en *International Review of Red Cross*, Vol 94 No 887, consultable en: <http://www.icrc.org/eng/assets/files/review/2012/irrc-887-kyriakakis.pdf>, 981- 1005.
- KREICKER, HELMUT (2005): «National Prosecution of Genocide from A Comparative Perspective», *International Criminal Law Review*, n.5, Martinus Nijhoff, New York, 313-327.
- LATTANZI, FLAVIA (1993): Alcune riflessioni su un tribunale ad hoc per la ex Jugoslavia, in *I diritti dell'uomo, Cronache e Battaglie*, Unione forense per la tutela dei diritti dell'uomo, Roma.
- LEDESMA BARTRET, FERNANDO (2014): «La justicia universal», en *Tiempo de Paz*, No 112, Movimiento por la Paz, el Desarme y la Libertad, Madrid, 32-38.
- LEMKIN, RAPHAEL (1944): *Axis Rule in Occupied Europe, Laws of Occupation, Analysis of Government, Proposals for Redress*, Carnegie Endowment for International Peace, Washington.
- LISTE, PHILIP (2013), «Transnational Human Rights Litigation and Territorialized Knowledge: Kiobel and the 'Politics of Space'», en *Transnational Legal Theory*, Vol. 4, Issue 4, consultable en: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2370413.
- LIIVOJA, RAIN (2014): «Treaties, Custom and Universal Jurisdiction» en Rain Liivoja and Jarna Petman (eds), *International Law-making: Essays in Honour of Jan*

Klabbers, Routledge, 298–312.

- LUKASHUK, IGOR IVANOVICH (1991), «Introduction to competence and responsibility of states» en Bedjaoui, Mohammed, *International law: achievements and prospects*, Martinus Nijhoff, Paris, UNESCO; Dordrecht, Netherlands, 130-306.
- MACEDO, STEPHEN (2004): *Universal Jurisdiction: National Courts and the Prosecution of Serious Crimes under International Law*, University of Pennsylvania Press, Philadelphia.
- MALARINO, EZEQUIEL (2007): «Análisis comparativo: La Adecuación del Derecho Interno al Estatuto de la Corte Penal Internacional en materia de cooperación y asistencia judicial. La experiencia Latinoamericana», en Ambos, Kai, Malarino Ezequiel, Elsner, Gisela, *Cooperación y asistencia judicial con la Corte Penal Internacional*, KONRAD-ADENAUER-STIFTUNG e. V., Berlin, 579-644.
- MANERO SALVADOR, ANA (2009): «La controversia de Valladolid: España y el análisis de la legitimidad de la conquista de América», *Revista Electrónica Iberoamericana*, Vol 3, No2, Centro de Estudios de Iberoamérica, Universidad Carlos III de Madrid (España) disponible en: http://www.urjc.es/ceib/investigacion/publicaciones/REIB_03_02_A_Manero_Salvador.pdf.
- MÁRIÑO MENÉNDEZ, FERNANDO (2009), Exigencia de responsabilidad penal internacional por crímenes de guerra y solución del conflicto palestino-israelí» en Pérez González, Carmen y Escudero Alday, Rafael (editores), *La responsabilidad penal por la comisión de crímenes de guerra: el caso de Palestina*, Aranzadi, Navarra.
- MÁRIÑO MENÉNDEZ, FERNANDO (1993), *Derecho Internacional Público, Parte General*, Trotta, Madrid.
- MÁRQUEZ CARRASCO, MARÍA DEL CARMEN (2000): «Alcance de la Jurisdicción de la Corte Penal Internacional: Jurisdicción universal o nexos jurisdiccionales aplicables», en *La criminalización de la barbarie: la Corte Penal Internacional*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid.
- MARTÍN PALLÍN, JOSÉ ANTONIO (2014): « Recortes en jurisdicción universal: un retroceso de casi cien años», en *Tiempo de Paz* No 112, Movimiento por la Paz, el Desarme y la Libertad, Madrid, 72-76.
- MARTÍN PALLÍN, JOSÉ ANTONIO (2012): «Trabas e insumisiones al derecho internacional de los derechos humanos», en *la Primacía del Derecho Internacional de los Derechos Humanos: su aplicación en España Mesa redonda de expertos*, Madrid, 29 de mayo de 2012, consultable en: http://apdhe.org/wp-content/uploads/2013/08/La_Primacia_del_Derecho_Internacional.pdf.
- MARTÍNEZ, JENNY (2008): «Anti-Slavery Courts and the Dawn of International Human Rights Law», *Yale Law Journal*, New Haven, Yale University Press, 550-556.
- MARTÍNEZ GUZMÁN, VICENT (2009): *Filosofía para hacer las paces*, segunda edición, Barcelona, Icaria.

- MARTÍNEZ GUZMÁN, VICENT (2008): *El papel de la sociedad civil en la construcción de la paz: un estudio introductorio*, documentos de trabajo 1, Icaria-Editorial, Barcelona.
- MARTÍNEZ RIVAS, FRANCISCO (2010): «Notas de urgencia sobre el principio de justicia universal y la reforma del art. 23.4 de la LOPJ por la Ley Orgánica 1/2009, de 3 de noviembre», *Cuadernos de derecho transnacional*, Vol. 2, Nº. 1, 2010, Área de Derecho Internacional Privado de la Universidad Carlos III de Madrid, Madrid, 359-375.
- MEOLI, CHIARA (2006): *La jurisdizione universale per i diritti umani*, Associazione Italiana Costituzionalisti, AIC, Roma.
- METTRAUX, GUÉNAËL (2005): *International Crimes and the Ad Hoc Tribunals*, Oxford University Press, Oxford.
- MOMTAZ, DJAMCHID (2006): «Le Droit International et la répression des crimes internationaux», en *Cursos Euromediterráneos Bancaja de Derecho Internacional*, Vol X de 2006, Tirant lo Blanch, Valencia.
- MOERLOOSE, BENEDICTET, PERISSI, DANIELE (2014): «La compétence universelle comme instrument de la justice internationale: L'exemple de la suisse», en Bénédicte De Moerloose and Daniel Perissi, *Vingt ans de justice internationale pénale*, La Chartre, Bruxelles.
- MORENO OCAMPO, LUIS (2007): *Building a Future on Peace and Justice*, consultable en: http://www.icc-cpi.int/NR/rdonlyres/4E466EDB-2B38-4BAF-AF5F005461711149/143825/LMO_nuremberg_20070625_English.pdf.
- MORILLAS FERNÁNDEZ, DAVID LORENZO (2012): «Aplicación práctica del principio de justicia universal: claves para entender la Ley Orgánica 1/2009 y su vigencia actual», en Pérez Cepeda, Ana Isabel, *El principio de justicia universal: Fundamentos y Límites*, Tirant lo Blanch, Valencia.
- NIETO GARCÍA, LUIS CARLOS (2009): «La reforma de la jurisdicción universal: un acuerdo para desandar un avance en la defensa de los derechos humanos», *papeles de relaciones ecosociales y cambio global*, Fundación Hogar del Empleado, Centro de investigación para la paz, Nº. 106, Madrid, FUHEM Ecosocial e Icaria, 155-159.
- NOUWEN SARAH M.H. (2006): «'Hybrid courts' The hybrid category of a new type of international crimes court», *Utrecht Law Review*, Vol 2, Issue 2, consultable en: <http://www.utrechtlawreview.org/>, 190-2014.
- ODELLO, MARCO (2005): «La Corte Penal Internacional y las legislaciones nacionales: relación entre Derecho Internacional y Derechos nacionales», *Foro, Nueva época*, núm. 1/2005, Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 295-329.
- OLÁSULO ALONSO, HÉCTOR (2009): *Ensayos sobre la Corte Penal Internacional, Colección Internacional No 9*, Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas, DIKE Biblioteca Jurídica, Bogotá.
- OLÁSULO ALONSO, HÉCTOR (2007): «España», en Ambos, Kai, Malarino, Ezquiél, Elsner, Gisela, *Cooperación y asistencia judicial con la Corte Penal Internacional*, KONRAD-ADENAUER-STIFTUNG e. V., Berlin, 315-350.

- OLLE SESÉ, MANUEL (2014): «La limitación de la justicia universal en la Ley Orgánica 1/2009», en *Tiempo de Paz* No 112, Movimiento por la Paz, el Desarme y la Libertad, Madrid 46-51.
- OLLE SESÉ, MANUEL (2010): «El principio de justicia universal en España: del caso Pinochet a la situación actual», en, J. Tamarit Sumalla, Josep (coord.), *Justicia de transición, justicia penal internacional y justicia universal*, Atelier, Barcelona.
- OLLE SESÉ, MANUEL (2008): *Justicia Universal para crímenes internacionales*, LA LEY, Universidad Nebrija, grupo Wolters Kluwer.
- ORIOLO, ANNA (2008): *La responsabilità penale internazionale degli individui: tra sovranità statale e giurisdizione universale*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli.
- PALCHETTI, PAOLO (1996): «Il potere del consiglio di sicurezza di istituire tribunali internazionali», in *Rivista diritto internazionale*, Giuffrè Editore, Milano, 413-438.
- PARDO GATO, JOSÉ RICARDO (2011): «El principio de jurisdicción universal», *Diario La Ley*, n. 7676, La Ley-Actualidad, Madrid.
- PÁREZ GONZÁLEZ, MANUEL (1997): «Las relaciones entre el derecho internacional de los derechos humanos y el Derecho internacional humanitario», *Cursos Euromediterraneos Bancaja de Derecho Internacional*, Volumen I, Aranzadi editorial, Pamplona.
- PASCULLI, MARIA ANTONELLA (2011): *Una umanità, una giustizia. Contributo allo studio sulla giurisdizione penale universale*, CEDAM, Padova.
- PELAEZ MARON, JOSÉ MANUEL (2000): «El desarrollo del derecho Internacional penal en el siglo XX», en Kai, Ambos, Ezequiel, Malarino, Jan, Woischnik, *La criminalización de la barbarie: la Corte Penal Internacional*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid.
- PÉREZ GONZÁLEZ, CARMEN (2012): *La responsabilidad penal por la comisión de crímenes de guerra en los territorios palestinos ocupados*, en *Palestina tiempo de justicia y paz*, Caritas Española editores, Madrid.
- PÉREZ GONZÁLEZ, CARMEN (2009), «Jurisdicción Universal y enjuiciamiento de crímenes de guerra: que obligaciones impone el Derecho Internacional Público?» en Pérez González, Carmen y Escudero Alday, Rafael (editores), *La responsabilidad penal por la comisión de crímenes de guerra: el caso de Palestina*, Aranzadi, Navarra.
- PÉREZ GONZÁLEZ, CARMEN, ESCUDERO ALDAY, RAFAEL (2009) (editores), *La responsabilidad penal por la comisión de crímenes de guerra: el caso de Palestina*, Aranzadi, Navarra.
- PHILIPPE, XAVIER (2006): «The principles of universal jurisdiction and complementarity: how do the two principles intermesh?», en *International review of the Red Cross*, Vol 88 No 862, Junio 2006, consultable en: http://www.icrc.org/eng/assets/files/other/irrc_862_philippe.pdf.
- PICONE, PAOLO (1983): «Obblighi reciproci ed obblighi *erga omnes* degli Stati nel

Campo della Protezione internazionale dell'ambiente marino dall'inquinamento», in Starace (a cura di), *Diritto Internazionale e Protezione dell'Ambiente Marino*, Giuffrè Editore, Milano.

- PIGRAU SOLÉ, ANTONI (2014): *Cap a la supressió de la jurisdicció universal a Espanya: un avis sobre el futur dels drets humans en un món que ca a perdent els principis d'humanitat*, el Bloc de l'ICIP, consultable en: <http://blocs.gencat.cat/blocs/AppPHP/icip/>.
- PIGRAU SOLÉ, ANTONI (2012): «La jurisdicció extraterritorial como vía para hacer responsables a las empresas por daños al medio ambiente causados en el extranjero: especial referencia al ATCA», en Esteban Pérez Alonso y otros, *Derecho, Globalización, Riesgo y Medio Ambiente*, Tirant lo Blanch, Valencia, 183-217.
- PIGRAU SOLÉ, ANTONI (2010): «La responsabilidad civil de las empresas transnacionales a través de la *alien tort claims act* por su participación en violaciones de derechos humanos», *Revista española de desarrollo y cooperación*, No 25, Madrid, Universidad Complutense de Madrid, 113-130.
- PIGRAU SOLÉ, ANTONI (2009): *La jurisdicció universal y su aplicación en España: la persecución del genocidio, los crímenes de guerra y lo crímenes contra la humanidad por los tribunales nacionales*, Generalidad de Catalunya, Departamento de Interior, Relaciones Internacionales y Participación, colección "Recerca x Derets Humans", 3, Barcelona. Generalidad de Catalunya.
- PIGRAU SOLÉ, ANTONI (2005): «Desvirtuando la jurisdicció universal en España: del caso Guatemala a la Ley 18/2003 de Cooperación con la Corte Penal Internacional», en *Soberanía del Estado y Derecho Internacional, Homenaje al Professor Juan Antonio Carrillo Salcedo* tomo II, Universidad de Sevilla.
- PIGRAU SOLÉ, ANTONI (1997): «Elementos de derecho penal internacional», en *Cursos de Derecho Internacional y relaciones internacionales de Vitoria-Gasteiz 1997*, Tecnos, Universidad del País Vasco, 127-176.
- PINZAUTI, GIULIA (2005): «Problemi di diritto penale e di diritto internazionale dinanzi all'Audiencia Nacional nel caso Scilingo», en *Revista di Diritto Internazionale*, consultable en: <http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=1302915>.
- PLAWSKY, STANISLAW (1978), «La notion du droit international pénal, *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*», Sirey, Paris. 789-809
- PRADA SOLAESA, JOSÉ RICARDO (2014): «La justicia universal, pasado, presente y futuro» en *Tiempo de Paz* No 112, Movimiento por la Paz, el Desarme y la Libertad, Madrid 19-31.
- PRADA SOLAESA, JOSÉ RICARDO (2012): «Los Tribunales Internacionales ad hoc y la Corte Penal Internacional» en *Tiempos de Paz*, No 104, Movimiento por la Paz, el Desarme y la Libertad, Madrid 16-25.
- QUEL LÓPEZ, FRANCISCO JAVIER, BOLLO AROCENA, M. DOLORES (2001), «La Corte Penal Internacional: ¿un instrumento contra la impunidad?», en *La protección Internacional de los Derechos Humanos, a los cincuenta años de la Declaración*

Universal. Tecnos, Madrid.

- QUESADA ALCALÁ, CARMEN (2009), «La Corte Penal Internacional: ¿un instrumento definitivo en la lucha contra la impunidad?», en Soroeta Licerias, Juan (edt.), *Los Derechos Humanos frente a la impunidad, Cursos de Derechos Humanos de Donostia-San Sebastián*, Volumen X, Argitaipen Zerbitzua, Universidad del País Vasco, 111-145.
- QUINTANO RIPOLLÉS, ANTONIO (1957), *Tratado de derecho penal internacional e internacional penal*, dos tomos, Inst . F. de Vitoria, Madrid.
- QUINTANO RIPOLLÉS, ANTONIO (1954): *criminalidad de guerra*, en nueva enciclopedia jurídica, T. VI, Seix-Barral, Barcelona.
- RANDALL, KENNETH C. (1988): «Universal jurisdiction under international law», *Texas Law Review*, No. 66, The University of Texas School of Law, 794-785.
- RAWLS, JOHN (2001): *El derecho de gentes y una revisión de la idea de razón pública*, Ediciones Paidós Ibérica, S. A, Barcelona.
- RAWLS, JOHN (1975): *Teoría de la Justicia*, edición en español, Fondo de Cultura Económica, Madrid.
- REMIRO BROTONS, ANTONIO (2007): *Derecho Internacional*, Tirant lo Blanch, Valencia.
- REMIRO BROTONS, ANTONIO (2001): «Los crímenes de derecho internacional y su persecución judicial», en Enrique Bacigalupo Zapater, *El derecho penal internacional*, Cuadernos de Derecho Judicial, VII 2001, LERKO PRINT, S.A., Madrid.
- REMIRO BROTONS, ANTONIO (1999): *El caso Pinochet. Los límites de la impunidad*, Biblioteca nueva, Madrid.
- REYDAMS, LUC (2010): The rise and fall of universal jurisdiction, Working Paper, enero 2010, No 37, Leuven Centre for Global Governance Studies, consultable en: https://ghum.kuleuven.be/ggs/publications/working_papers/new_series/wp31-40/wp37.pdf.
- REYDAMS, LUC (2004): «Universal Jurisdiction», en Oxford Scholarship Online, consultable en: <http://documents.law.yale.edu/sites/default/files/Reydams%20%20Netherlands%20Univ.%20Jurisdiction%20%202004.pdf>.
- REYDAMS, LUC (2003): *Universal Jurisdiction. International and Municipal Legal Perspectives*, Oxford University Press, New York.
- REYDAMS, LUC (2002): «International Decision: Niyonteze v. Public Prosecutor», Vol 96 *AJIL*, 231-236.
- RÍOS RODRÍGUEZ, JACOBO (2007): «Límites y beneficiarios de la inmunidad de los gobernantes», *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, n. 13, consultable en: <http://www.reei.org/index.php/revista/num13/notas/limites-beneficiarios-inmunidad-gobernantes>,

- ROBERTS, ANTHEA (2012): «Comparative International Law? The role of National Courts in creating and enforcing International Law», *International and Comparative Law Quarterly*, Vol 60, Issue 1, consultable en http://documents.law.yale.edu/sites/default/files/Roberts%20-%20Comp_Intl_Law.pdf, 57-92.
- RODRÍGUEZ YAGÜE, CRISTINA (2007): «Criterios de resolución de conflictos entre la corte penal internacional y tribunales *ad hoc* y la jurisdicción española: a vueltas con la justicia universal», *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, consultable en: <http://www.reei.org/index.php/revista/num14/articulos/criterios-resolucion-conflictos-entre-corte-penal-internacional-tribunales-ad-hoc-jurisdiccion-espanola-vueltas-con-justicia-universal>.
- RODRÍGUEZ RAMOS (1999): «La extradición de Pinochet: error jurídico, ¿error político?», *La Ley*, No 4837, Distribuciones de la Ley, Madrid, 1-4.
- RONZITTI, NATALINO (1988): «Crimini internazionali», in *Enciclopedia giuridica Treccani*, Vol. X, Biblioteche Oggi, Milano.
- SALINAS ALCEGA, SERGIO (2009): «Los Tribunales Penales Mixtos como instrumentos en la lucha por la Comisión de Crímenes Internacionales», en Soroeta Licerias, Juan (edt.), *Los Derechos Humanos frente a la impunidad, Cursos de Derechos Humanos de Donostia-San Sebastián*, Volumen X, Argitalpen Zerbitzua, Universidad del País Vasco, 185-239.
- SÁNCHEZ LEGIDO, ANGEL (2014), El fin del modelo español de jurisdicción universal, en Revista electrónica de estudios internacionales, No 27, consultable en: <http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4738875>.
- SÁNCHEZ LEGIDO, ANGEL (2009): «Diez años de Derecho Internacional Penal», en Soroeta Licerias, Juan (edt.), *Los Derechos Humanos frente a la impunidad, Cursos de Derechos Humanos de Donostia-San Sebastián*, Volumen X, Argitalpen Zerbitzua, Universidad del País Vasco, 269-321.
- SANCHEZ LEGIDO, ÁNGEL (2004): *Jurisdicción universal penal y derecho internacional*, Tirant lo Blanch, Valencia.
- SANCHEZ LEGIDO, ÁNGEL (2002): «La práctica española en materia de jurisdicción universal», *INCODEUM*, consultable en: <http://www.uma.es/investigadores/grupos/incodeum/Archivos/COOP/LA%20PRACTICA%20ESPANOLA%20EN%20MATERIA%20DE%20JURISDICCION%20UNIVERSAL.pdf>.
- SANCHEZ LEGIDO, ÁNGEL (2001): «Ius cogens, inmunidad soberana y jurisdicción extraterritorial: el asunto Al-Adsani ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos», *Revista española de derecho internacional*, Vol. 53 No 1, MARCIAL PONS, Madrid, 313-330.
- SANTOS VARA, JUAN (2006): «La jurisdicción de los tribunales españoles para enunciar los crímenes cometidos en Guatemala», *Revista electrónica de Estudios Internacionales*, consultable en:

<http://www.reei.org/index.php/revista/num11/articulos/jurisdicion-tribunales-espanoles-para-enjuiciar-crimenes-cometidos-guatemala>.

- SCHABAS, WILLIAM (2008): *War Crimes and Human Rights: Essays on the Death Penalty, Justice and Accountability*, Cameron May Publishers, London.
- SCHABAS, WILLIAM (2006): *First Prosecutions at the International Criminal Court*, 27 Hum. RTS, L.J. 25.
- SCHABAS, WILLIAM (2000): *Genocide in International Law, The Crimes of the Crimes*, Cambridge University Press, Cambridge.
- SCHACHTER, OSCAR (1991): *International Law in Theory and Practice*, Dordrecht-Boston-London.
- SILVA SÁNCHEZ, JESÚS MARÍA (2009): «Justicia universal española», en *ABC.es*, consultable en: [HTTP://WWW.ABC.ES/20090630/OPINION-TERCERA/JUSTICIA-UNIVERSAL-ESPANOLA-20090630.HTML](http://www.abc.es/20090630/OPINION-TERCERA/JUSTICIA-UNIVERSAL-ESPANOLA-20090630.HTML) .
- SLAUGHTER, A. MARIE (2004): «Jurisdiction and national Courts», en Macedo Stephen, *Universal Jurisdiction: National Courts and the Prosecution of Serious Crimes under International Law*. University of Pennsylvania Press, Philadelphia.
- SPERDUTI, GIUSEPPE (1962): «Crimini internazionali», en *Enciclopedia del diritto*, col. XI, Giuffrè Editori, Milano.
- STEIHARDT, RALPH, D'AMATO, ANTHONY (eds) (1999), *The Alien Tort Claims Act: An Analytical Anthology*, Transnational Publishers Inc, New York.
- TANZI, ATTILA (2013): *Introduzione al diritto internazionale pubblico*, Padova, CEDAM.
- TOMUSCHAT, CHRISTIAN (2009): «El sistema de justicia penal internacional», en Juan Soroeta Licerias: «Los derechos Humanos frente a la impunidad», *Cursos de Derechos Humanos de Donostia-San Sebastian*, Volumen X, Universad País Vasco, ARGITALPEN ZERBITZUA, Bilbao, 11-21.
- TORRIJO XIMENA FUENTES (2004): « La Jurisdicción universal y la Corte Penal Internacional», *Revista de Estudios de la Justicia*, No 4, consultable en: http://web.derecho.uchile.cl/cej/recej/recej4/archivos/articulo%20revista%20CEJ%20X Fuentes%20_15_.pdf, 123-134.
- TREVES, TULLIO (1973): *La giurisdizione del diritto penale internazionale*, CEDAM, Padova.
- VARÓN MEJÍA, ANTONIO (2009): Análisis del crimen de piratería de derecho de gentes desde la perspectiva de la jurisdicción universal, *Revista Diálogos de Saberes*, n. 30, Enero-Junio de 2009, p. 219-239, Universidad Libre, Bogotá.
- VASSALLI, GIULIANO (1995): *La giustizia internazionale penale*, Milano, Giuffrè Editore.

- VICENTE MÁRQUEZ, LYDIA, CHINCHÓN ÁLVAREZ, JAVIER (2014): «la nueva reforma de la jurisdicción universal 'made in Spain'», en *El Diario*, el 27 de enero de 2014.
- VIDAL, MARTÍN (2009): *España da marcha atrás en Justicia Universal*, consultable en: <http://www.medelu.org/spip.php?article481>.
- VILLALPANDO, WALDO (2009): «El nuevo derecho internacional penal los crímenes internacionales», *Invenio*, Vol 12 No 23, Universidad del Centro Educativo Latinoamericano, Argentina.
- WERLE, GERHARD (2009): *Diritto dei Crimini Internazionali*, Bononia University Press, Bologna.
- WERLE, GERHARD (2005): *Principles of International Criminal Law*, The Hague Academy of International law, The Hague.
- WERTH, NICOLAS, BARTOŠEK, KAREL PANNÉ, JEAN-LOUIS MARGOLIN, JEAN-LOUIS, PACZKOWSKI, ANDRZEJ, COURTOIS, STÉPHANE (1999): *The Black Book of Communism: Crimes, Terror, Repression*, Harvard University Press, 1999.
- ZAMORA CABOT, FRANCISCO JAVIER (2014), «Decisión del Tribunal Supremo de los Estados Unidos en el caso Daimler AG v. Bauman et al: closing the golden door», *Papeles El templo de los derechos*, n. 2, consultable en: <http://www.tiempodelosderechos.es/docs/wp2-14.pdf>.
- ZAMORA CABOT, FRANCISCO JAVIER (2013), «Kiobel and the question of extraterritoriality», *Papeles El templo de los derechos*, n. 2, consultable en: <http://www.tiempodelosderechos.es/materiales/working-papers.html>.
- ZAMORA CABOT, FRANCISCO JAVIER (2012), «Derecho internacional privado y derechos humanos en el ámbito europeo», *Papeles El templo de los derechos*, No 4, consultable en: <http://conflictoflaws.net/News/2012/10/D%C2%BA-Int-Priv-y-DDHH-Consolider1.pdf>
- ZAMORA CABOT, FRANCISCO JAVIER (2011), «*Kiobel v. Royal Dutch Corp.* y los litigios transnacionales sobre derechos humanos», *Papeles El templo de los derechos*, No 4, consultable en: <http://www.business-humanrights.org/media/documents/kiobel-commentariozamora-cabot-2011.pdf>.
- ZAMORA CABOT, FRANCISCO JAVIER (2005a): «Una luz en el corazón de las tinieblas: el *Alien Tort Claims Act* of 1789 (ATCA) de los EEUU», en *Soberanía del Estado y Derecho Internacional, Homenaje al Profesor J.A. Carrillo Salcedo*, Tomo II., Sevilla, 2005, p. 1389, Universidad de Sevilla.
- ZAMORA CABOT, FRANCISCO JAVIER (2005b): «Casos recientes de aplicación del *Alien Tort Claims Act* (ATCA) of 1789, de los EEUU, respecto de las corporaciones multinacionales», en *Pacis Artes*. obra homenaje al Profesor Julio D. Gonzalez Campo, Tomo II, Derecho internacional privado, derecho constitucional y varia, Eurolez Editorial, Madrid.
- ZAPICO BARBEITO, MÓNICA (2010): «La investigación de los crímenes del franquismo entre el procesamiento por prevaricación abierto contra el juez Baltasar Garzon y la

querella presentada en Argentina en virtud del ejercicio de la jurisdicción universal», *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, N° 14, Universidad de la Coruña, 891-930.

- ZICCARDI CAPALDO, GIULIANA (1990): *Terrorismo Internazionale e garanzie collettive*, Milano, Giuffrè editore.
- ZIMMERMANN, ANDREAS (1999): «Crimes within the jurisdiction of the Court», in Otto Triffterer, *Commentary on the Rome Statute of International Criminal Court: observers notes, article by article*, 1 ed., München : C. H. Beck ; Oxford : Hart ; Baden-Baden: Nomos, 1999.