



UNIVERSIDAD DE MURCIA

FACULTAD DE DERECHO

**El principio de jurisdicción universal (o la
búsqueda del equilibrio entre “lo posible” y el
“deber ser”)**

D^a. Irene Vázquez Serrano

2018



TESIS DOCTORAL

Departamento de Derecho Financiero, Internacional
y Procesal

TÍTULO

El principio de jurisdicción universal (o la búsqueda
del equilibrio entre “lo posible” y el “deber ser”)

DOCTORANDA

D^a. Irene Vázquez Serrano

DIRECTORA

Dra. D^a. María José Cervell Hortal

MURCIA 2018

“Somos la memoria que tenemos y la responsabilidad que asumimos,
sin memoria no existimos y sin responsabilidad
quizá no merezcamos existir”

Cuadernos de Lanzarote,

José Saramago

1997

A Étienne y Ulises

Agradecimientos

Durante mis estudios de Derecho había sentido siempre una inclinación hacía todo lo que tenía que ver con el Derecho Internacional y, en concreto, con el ámbito penal tras la, entonces, recién puesta en marcha de la Corte Penal Internacional. En mayo de 2014 mi segundo hijo Ulises, con apenas dos meses, me acompañaba al Congreso que FIBGAR organizó en Madrid sobre jurisdicción universal. Fue allí cuando decidí realizar mi Tesis doctoral sobre el principio de jurisdicción universal. Desde entonces, mucha gente ha formado parte de este proyecto y ha estado presente de muchas formas. A Manuel Vergara quiero agradecerle aquella invitación al congreso y también cada uno de los desayunos en Jacinto Benavente, que nos han dado la oportunidad de intercambiar ideas sobre jurisdicción universal. Agradezco también a FIBGAR el haberme permitido bucear entre su bibliografía.

A la profesora, mi amiga, Raquel Vanyó, que siempre ha creído en mí; y a la profesora Consuelo Ramón. Ambas no dudaron en ningún momento en brindarme toda su ayuda. También a los que han sido mis compañeros durante estos años de investigación, Carlos Gil y Carmen Torregrosa, Darling, gracias por toda tu ayuda y por los buenos ratos.

El último año de doctorado tuve la oportunidad de disfrutar, gracias a una beca otorgada por la Escuela Internacional de Doctorado de la Universidad de Murcia, de una estancia de investigación en el Instituto de Relaciones Internacionales de la Universidad Nacional de La Plata, en Buenos Aires, Argentina, bajo la dirección del profesor Norberto E. Consani y de la profesora, y amiga, Laura L. Bogado. La estancia me permitió conocer a Máximo Castex, abogado de las víctimas por los crímenes del franquismo. Las charlas que mantuvimos y la información compartida me permitieron creer que los frutos de la jurisdicción universal, a pesar de las dificultades, continúan.

Mi mayor agradecimiento no puede ser sino para la profesora María José Cervell, mi Directora, con mayúscula. Durante estos tres años, he tenido la suerte y el orgullo de disfrutar de y con su maravillosa dirección de esta Tesis doctoral: un equilibrio mágico entre la exigencia y el rigor académico, tan necesarios en la

Universidad, sumado a su respeto, su comprensión y sus palabras de apoyo, tan llenas siempre de cariño. Trabajadora incansable. Un ejemplo para mí. Gracias, gracias. Y al profesor Cesáreo Gutiérrez Espada, un maestro académico lleno de enseñanzas eternas con una sensibilidad infinita ¡Adelante con los faroles! Gracias por todas tus aportaciones a esta Tesis. La profesora Cervell y el profesor Gutiérrez me dejan el mejor legado que un doctorando puede recibir: la vivencia y el convencimiento de que existe una universidad que estimula, que apoya y que respeta a las personas.

Además, en esa Universidad respetuosa me he encontrado siempre con el apoyo incondicional de dos grandes profesores, y amigos, del Área de Derecho Internacional Público de la Facultad de Derecho la Universidad de Murcia, Jorge Piernas y Dorothy Estrada: presentes, atentos a mis avances y ayudándome siempre. Gracias a los dos.

Llegar hasta aquí y hasta el final de cualquier proyecto de mi vida habría sido imposible sin mis padres, Encarna y Antonio, apoyándonos y ayudándonos a crecer siempre juntos en esta aventura extraordinaria que es la vida y que tanto celebramos; los abuelos más maravillosos. A mi hermano pequeño, mi Nano. A mi tía Conchi, por cuidar a mis hijos con tanto cariño para que yo pudiera avanzar. A mis abuelos. A mi familia. A mis eternas amigas, Mandy y Encarni. Y a Frida, Menta, Amy, Ayla, Mía, Simba y Merlín porque pasear con vosotros me ha permitido ordenarme siempre las ideas.

Por último, dar las gracias a Jordi, mi compañero y mi cómplice en todos mis proyectos pero, sobre todo, en nuestro proyecto común. Mi fabuloso equilibrio. Un padre extraordinario que ha tenido que lidiar con años duros para que yo pudiera acabar esta Tesis. Lo sé.

Esta tesis está dedicada a mis hijos, Étienne y Ulises, aún sabiendo que una dedicatoria no será suficiente para devolvernos las horas que no compartimos pero con la esperanza de que os quede la enseñanza del ejemplo: procurad elegir el camino que os haga felices y acompañaros de buena gente y de gente buena; esforzaos, sed constantes, tenaces y pacientes; y no dudéis nunca de vosotros porque sé que llegaréis a la meta. Gracias por recibirme siempre con vuestras sonrisas, pues ellas han sido, son y serán siempre mi aliciente.

ÍNDICE

ABREVIATURAS Y ACRÓNIMOS	17
RIASSUNTO.....	21
INTRODUCCIÓN	27

PARTE PRIMERA

El principio de jurisdicción universal y el Derecho internacional

CAPÍTULO I. *La jurisdicción universal: concepto, orígenes y configuración*

I. UNA APROXIMACIÓN AL PRINCIPIO DE JURISDICCIÓN UNIVERSAL	35
1. LA APLICACIÓN EXTRATERRITORIAL DE LA JURISDICCIÓN ESTATAL.....	38
2. CONCEPTO DE JURISDICCIÓN UNIVERSAL	48
3. MODALIDADES DE EJERCICIO DEL PRINCIPIO DE JURISDICCIÓN UNIVERSAL.	58
II. ORIGEN Y EVOLUCIÓN HISTÓRICA DEL PRINCIPIO DE JURISDICCIÓN UNIVERSAL: UNA CRIATURA INSTITUCIONAL	60
1. EL SIGLO XVII, VERSALLES Y LA PRIMERA GRAN GUERRA.....	64
2. LOS TRIBUNALES PENALES INTERNACIONALES Y SU CONTRIBUCIÓN AL CONCEPTO DE JURISDICCIÓN UNIVERSAL.....	68
2.1 La primera generación: Núremberg y Tokio.....	68
2.2 Los tribunales de 2ª y 3ª generación (tribunales <i>ad hoc</i> y mixtos): precursores de la Corte Penal Internacional.....	76
3. TRAS LA CAÍDA DEL MURO, ¿ <i>QUO VADIS</i> , JURISDICCIÓN UNIVERSAL?.....	87
4. LA CODIFICACIÓN, QUE NO EL DESARROLLO PROGRESIVO, DE LA CDI.....	94

III. EL FUNDAMENTO (NATURAL Y JURÍDICO) DE LA JURISDICCIÓN UNIVERSAL	109
1. EL FUNDAMENTO NATURAL: EL <i>BONUM ORBIS</i>	112
2. EL FUNDAMENTO JURÍDICO	117
2.1 El fundamento convencional	118
2.2 El fundamento consuetudinario	126
IV. NATURALEZA DEL PRINCIPIO DE JURISDICCIÓN UNIVERSAL	128
1. LA JURISDICCIÓN UNIVERSAL, UNA OBLIGACIÓN DE LOS ESTADOS	129
2. LA REGLA GENERAL: UNA FACULTAD DE LOS ESTADOS	132
3. UN DERECHO DE LAS VÍCTIMAS A LA JUSTICIA	133

CAPÍTULO II. *El ejercicio del principio de jurisdicción universal*

I. CRÍMENES CONTRA EL DERECHO INTERNACIONAL OBJETO DEL PRINCIPIO DE JURISDICCIÓN UNIVERSAL	151
1. LOS CRÍMENES DE DERECHO INTERNACIONAL <i>STRICTO SENSU</i>	159
2. LOS CRÍMENES DE DERECHO INTERNACIONAL EN SENTIDO AMPLIO	166
3. NUEVAS PROPUESTAS DE CRÍMENES OBJETO DE LA JURISDICCIÓN UNIVERSAL	169
II. LA CONCURRENCIA DE JURISDICCIONES	172
1. PRINCIPIO DE PRIMACÍA Y PRINCIPIO DE COMPLEMENTARIEDAD	175
1.1 La jurisdicción de la CPI y de los Estados (parte o no) en el Estatuto	176
1.2 La jurisdicción de los tribunales internacionales <i>ad hoc</i> y de los Estados	192
1.3 La jurisdicción de los tribunales internacionales <i>ad hoc</i> y de la CPI	196
2. CONCURRENCIA DE JURISDICCIONES ESTATALES	197
2.1 Del Estado del <i>locus delicti commissi</i> y terceros Estados	201

2.2 Diferentes al Estado del <i>locus delicti commissi</i>	206
III. CONDICIONES PARA EL EJERCICIO DE LA JURISDICCIÓN UNIVERSAL	208
1. PRINCIPIOS HABILITADORES EN EL DERECHO INTERNACIONAL.....	210
1.1 El principio <i>aut dedere aut iudicare</i>	210
1.1.1 <i>Aut dedere</i> : doble incriminación e imprescriptibilidad del crimen	220
1.1.2 <i>Aut iudicare</i>	225
1.2 El principio de la responsabilidad de proteger	230
2. GARANTÍAS JURÍDICAS PROCESALES.....	235
2.1 <i>Nullum crimen sine iure</i>	235
2.1.1. Las sentencias de la AN y el TS en el asunto <i>Scilingo</i>	250
2.1.2. ¿Dónde queda el principio de universalidad?.....	260
2.2 <i>Ne bis in idem</i>	268
IV. ¿PARA QUÉ SIRVES, JURISDICCIÓN UNIVERSAL?	284

PARTE SEGUNDA

La jurisdicción universal en la práctica. Especial referencia al caso español

CAPÍTULO III. *La actualidad de la práctica de la jurisdicción universal*

I. PRINCIPALES OBSTÁCULOS A LA JURISDICCIÓN UNIVERSAL	295
1. LA VÍA LEGISLATIVA	295
1.1 El establecimiento de nexos estatales: los vínculos de conexión .	296
1.2 La inmunidad de jurisdicción	305
1.2.1 El principio de irrelevancia del cargo oficial y la jurisprudencia internacional.....	323
1.2.2 Inmunidad, tribunales estatales y jurisdicción universal.....	331
1.3 La prescripción de los ilícitos penales	338
1.4 La amnistía	350

1.5 Otras cláusulas legislativas	370
1.5.1 Jurisdicción universal territorial o prohibición <i>in absentia</i>	370
1.5.2 La prohibición de extraditar y el <i>ius standi</i> de la Fiscalía	385
2. RÉMORAS JUDICIALES.....	388
3. ÍTEM MÁS: LAS ZANCADILLAS POLÍTICAS.....	393
II. LAS CRÍTICAS A LA JURISDICCIÓN UNIVERSAL	400
1. LA PRÁCTICA DE LOS PODEROSOS.....	400
2. LA HETEROGENEIDAD DEL PRINCIPIO: EL <i>FORUM SHOPPING</i> PENAL	406
III. ¿QUÉ MOMENTO VIVES, JURISDICCIÓN UNIVERSAL?	409

CAPÍTULO IV. *La evolución del principio de jurisdicción universal en el ordenamiento jurídico español*

I. LA LEY ORGÁNICA 6/1985, DE 1 DE JULIO, DEL PODER JUDICIAL Y LAS MODIFICACIONES LEGISLATIVAS DEL PRINCIPIO DE JURISDICCIÓN UNIVERSAL EN ESPAÑA	417
1. LA LEY ORGÁNICA 18/2003, DE 10 DE DICIEMBRE, DE COOPERACIÓN CON LA CORTE PENAL INTERNACIONAL.....	422
2. LA INTRODUCCIÓN DE LA MUTILACIÓN GENITAL FEMENINA (2005) Y DEL TRÁFICO ILEGAL DE PERSONAS (2007)	431
3. LA LEY PARA LA IMPLANTACIÓN DE LA NUEVA OFICINA JUDICIAL DE 2009.....	442
II. LA REFORMA OPERADA POR LA LEY ORGÁNICA 1/2014	456
1. LA COMPETENCIA POSITIVA DE LA JURISDICCIÓN UNIVERSAL ESPAÑOLA: LOS INTERMINABLES NEXOS DE CONEXIÓN.....	465
2. LA COMPETENCIA NEGATIVA DE LA JURISDICCIÓN UNIVERSAL ESPAÑOLA: LA CUESTIONADA CLÁUSULA DE SUBSIDIARIEDAD	476
3. ¿DÓNDE ESTÁS, ACCIÓN POPULAR?	481
4. LA CONTROVERTIDA CLÁUSULA DE RETROACTIVIDAD DE LA DISPOSICIÓN TRANSITORIA ÚNICA.....	484

III. SUMA Y SIGUE: LA ¿ÚLTIMA? MODIFICACIÓN DE 2015.....	491
IV. LA JURISDICCIÓN UNIVERSAL EN ESPAÑA Y EL DERECHO INTERNACIONAL	495
V. CONSIDERACIONES FINALES.....	502
ANEXO. Línea temporal de la jurisdicción universal en España: modificaciones legislativas y asuntos	509
CONCLUSIONI	513
BIBLIOGRAFÍA Y FUENTES CONSULTADAS.....	531

ABREVIATURAS Y ACRÓNIMOS

ACDI	Anuario Colombiano de Derecho Internacional
ADI	Anuario de Derecho Internacional
AG	Asamblea General de las Naciones Unidas
AEDI	Anuario Español de Derecho Internacional
AFLA	African Legal Aid
AHLADI	Anuario Hispano-Luso-Americano de Derecho Internacional
AIDIP	Anuario Iberoamericano de Derecho Internacional Penal
AJIL	American Journal of International Law
AMDI	Anuario Mexicano de Derecho Internacional
AN	Audiencia Nacional
BOCG	Boletín Oficial de las Cortes Generales
BOE	Boletín Oficial del Estado Español
CDI	Comisión de Derecho Internacional
CE	Constitución Española
CEDH	Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales
CETC	Cámaras Extraordinarias de los Tribunales de Camboya
CGPJ	Consejo General del Poder Judicial
CIDH	Corte Interamericana de Derechos Humanos
CIJ	Corte Internacional de Justicia
CIISE	Comisión Internacional sobre Intervención y Soberanía de los Estados
CP	Código Penal
CPI	Corte Penal Internacional
CPJI	Corte Permanente de Justicia Internacional
CS	Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas
DDHH	Derechos Humanos
DI	Derecho Internacional
DIH	Derecho Internacional Humanitario
DP	Derecho Penal

DPI	Derecho Penal Internacional
ECPI	Estatuto de la Corte Penal Internacional
EJIL	European Journal of International Law
FIBGAR	Fundación Internacional Baltasar Garzón
FIDH	Federación Internacional de los Derechos Humanos
FRIDE	Fundación para las Relaciones Internacionales y el Diálogo Exterior
IDI	Institut de Droit International
IEEE	Instituto Español de Estudios Estratégicos
ILA	International Law Association
JICJ	Journal of International Criminal Justice
LECrim	Ley de Enjuiciamiento Criminal
LO	Ley Orgánica
LOPJ	Ley Orgánica del Poder Judicial
OI	Organizaciones internacionales
OEA	Organización de Estados Americanos
ONG	Organización no gubernamental
ONU	Organización de las Naciones Unidas
PIDCP	Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos
REDI	Revista Española de Derecho Internacional
REDM	Revista Española de Derecho Militar
REEI	Revista Electrónica de Estudios Internacionales
RICR	Revista Internacional de la Cruz Roja
SG	Secretario General de las Naciones Unidas
SI	Sociedad Internacional
SYBIL	The Spanish Yearbook of International Law
TC	Tribunal Constitucional
TEDH	Tribunal Europeo de Derechos Humanos
TEL	Tribunal Especial para el Líbano
TESL	Tribunal Especial para Sierra Leona
TPIR	Tribunal Penal Internacional para Ruanda
TPIY	Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia
TS	Tribunal Supremo

UA	Unión Africana
UE	Unión Europea
UNAKART	Programa de Asistencia para los Juicios de los Jemeres Rojos
UNMIK	Misión de Naciones Unidas en Kosovo
UNTAET	Administración de Transición de las Naciones Unidas para Timor Oriental

RIASSUNTO

“La persuasione di non trovare un palmo di terra che perdoni ai veri delitti sarebbe un mezzo efficacissimo per prevenirli”

Cesare Beccaria

Dei delitti e delle pene, 1764

Nel Diritto Internazionale non esiste un legislatore internazionale, ma sono gli stessi Stati che, con la pratica, creano le proprie norme e consentono di farsi vincolare da loro; norme che si esprimono attraverso diverse fonti tra le quali non esiste una gerarchia, così come è stato stabilito nel caso *Lotus* nel 1927 e sancite dall'articolo 38.1 dello Statuto della Corte Internazionale di Giustizia.

Il fenomeno della globalizzazione o *mondializzazione*¹ ha rappresentato una ridefinizione del concetto di Stato e, di conseguenza, del concetto di giustizia. Dalla Seconda Guerra Mondiale, stiamo assistendo alla creazione di un progetto di *globalizzazione giuridica*² inteso non solo come una globalizzazione della giustizia ma anche come un'estensione globale dello Stato di Diritto e del costituzionalismo in cui il principio di giurisdizione universale è un tassello importante.

La creazione del *Diritto Internazionale Penale*, sin dai suoi inizi, ha riguardato i soggetti internazionali per eccellenza, gli Stati. È una disciplina del Diritto Internazionale con ancora poca storia, giovane, attraverso la quale la Comunità Internazionale si attribuisce lo *ius puniendi* internazionale nei confronti di crimini la cui origine si trova nelle fonti del Diritto Internazionale, che ha sperimentato il suo massimo sviluppo dopo la Seconda Guerra Mondiale con la

¹ Anche se alcuni autori fanno la differenza tra globalizzazione e mondializzazione: “Se per *globalizzazione* intendiamo *mondializzazione* non c'è nulla da obiettare. I fatti non si discutono, una volta stabiliti. E la *mondializzazione* lo è. Però la *globalizzazione* –termine di matrice aglosassone- è qualcosa di più. È *mondializzazione più ideologia*, il termine di riferimento del pensiero unico per l'organizzazione politica, economica e sociale del mondo su basi neoliberali, instaurando il regno del mercato e facendo delle imprese multinazionali gli attori principali e delle amministrazioni pubbliche i suoi agenti” (REMIRO BROTONS, A., “Desvertebración del Derecho Internacional en la sociedad globalizada”, *Cursos Euromediterráneos Bancaja de Derecho Internacional*, vol. V, 2001, pp. 45-382, pp. 66-67).

² RAMÓN CHORNET, C., “Acerca del debate sobre las reformas legales de la jurisdicción universal en España”, *Teoría y derecho: revista de pensamiento jurídico*, núm. 21, 2017, pp. 10-23, p. 10.

creazione del principio di responsabilità penale individuale, conseguenza dell'erosione del concetto di Stato e di sovranità, a favore della tutela dei Diritti Umani e dell'individuo; e, tutto questo, non da una concezione statista, ma cosmopolita. Eppure, non esiste ancora nel Diritto Internazionale Penale un testo che, basato sul consenso statale, raccolga le norme sostantive penali, nonostante, come vedremo, i tentativi da parte della Commissione di Diritto Internazionale di approvare il *Progetto di Codice dei crimini contro la pace e la sicurezza dell'umanità* del 1996. In compenso, conta su istituzioni internazionali tra le quali si distinguono la Corte Penale Internazionale, organo penale internazionale per eccellenza, e altri organi giudiziari *ad hoc* (Tribunale Penale Internazionale per l'ex - Jugoslavia, Tribunale Penale Internazionale per il Ruanda) ed esternalizzati (Timor Est, Sierra Leone...).

Considerando la frammentazione e la scarsa istituzionalizzazione della Società Internazionale del XXI secolo in cui viviamo, possiamo affermare che il Diritto Internazionale Penale non è un sistema perfetto, per cui, per la sua realizzazione ha bisogno dei sistemi penali nazionali; per quanto questo rappresenti complicazioni che derivano fundamentalmente dalla diversità delle fonti giuridiche della difesa dei diversi interessi individuali (sistemi nazionali penali) o collettivi (sistema internazionale penale).

Come conseguenza di quest'interazione tra i sistemi nazionali e quello internazionale, gli Stati sanciscono e applicano le norme internazionali penali nei propri ordinamenti interni, dando luogo al cosiddetto *Diritto Penale Internazionale*³, basato fundamentalmente sulla legge, fonte per eccellenza del Diritto Penale. Tuttavia, affinché i sistemi penali nazionali di giustizia possano contribuire al sistema di Diritto Internazionale Penale, è necessario che compiano alcuni requisiti: che le norme sostantive che contemplano i crimini internazionali siano previste negli ordinamenti interni (principio di legalità); che ci siano norme procedurali che ne stabiliscano il procedimento; e, infine, che esistano organi giudiziari non solo con giurisdizione ma anche con la competenza per applicare il Diritto Internazionale Penale.

³ Il professor Antonio QUINTANO RIPOLLÉS esponeva già nel 1955 la differenza tra il Diritto Penale Internazionale e il Diritto Internazionale Penale (*Tratado de Derecho Penal Internacional e Internacional Penal*, Tomo I, Centro Superior de Investigaciones Científicas, Madrid, 1955, p. 166).

Tuttavia, la ridefinizione del concetto di *Stato* e di *sovranità* della quale abbiamo parlato ha rappresentato anche una crisi nei sistemi nazionali di protezione dei Diritti fondamentali, che ha ceduto il passo al Diritto dell'individuo alla giustizia universale e, con esso, alla creazione di nuove sedi sovranazionali che complementino la giustizia messa in atto dai tribunali nazionali. Quando parliamo di giustizia universale ci riferiamo a una giustizia che cerca non solo la retribuzione, ma anche la pace come obiettivo ultimo e che è composta da tre pilastri fondamentali: la giustizia retributiva, la giustizia restaurativa e la giustizia transizionale.

La *giustizia retributiva*, tradizionalmente conosciuta anche come giustizia penale (nazionale o internazionale), stabilisce la pena prevista dalla legge per i responsabili degli atti illeciti, mentre la vittima rimane al margine del risultato del processo anche se non del processo in sé. Viene esercitata dai tribunali internazionali e dai tribunali interni poiché esercita il principio di giurisdizione universale. Tuttavia, i processi internazionali sono costosi e non sempre arrivano ad essere di sua competenza i soggetti che dovrebbero essere giudicati; invece, riguardo al principio universale, gli Stati come Spagna o Belgio ci danno un buon resoconto dei limiti di cui risente quando inizia a essere applicato dai giudici statali.

La *giustizia restaurativa* o *riparativa* comprende, da parte sua, un risarcimento *multidirezionale*⁴ per le vittime (economico, sociale, politico e culturale), parti attrici del processo in cui gli vengono riconosciuti, tra l'altro, il diritto di accesso alla giustizia, a un ricorso effettivo o all'informazione.

Infine, la *giustizia transizionale*⁵ è definita dal Centro Internazionale per la Giustizia Transizionale come "l'insieme di risposte alle violazioni sistematiche o generalizzate dei diritti umani. Il suo obiettivo è il riconoscimento delle vittime e

⁴ MARTÍN, V., "Justicia Universal: La nueva dimensión de la Justicia Transicional", *FRIDE*, Febrero, 2010, p. 4.

⁵ Sebbene TAMARIT SUMALLA, J. M. indichi che il termine "giustizia transizionale" sia un termine forzato della traduzione inglese *transicional justice*, e preferisca utilizzarne altri come "giustizia di transizione", nota che questa è un processo che avanza parallelamente all'evoluzione della giustizia penale internazionale, soprattutto in quei contesti politici di ricerca di una transizione verso la democrazia, per niente estranei a vari esercizi del principio di giustizia universale, e che cerca di dare "risposta alle richieste di giustizia per le violazioni gravi e sistematiche dei diritti umani che costituiscono una realtà associata quasi inevitabilmente ai regimi dittatoriali e agli scontri armati" (*Justicia de transición, justicia penal internacional y justicia universal*, Atelier, Barcelona, 2010, pp. 13-14).

della promozione di possibilità di pace, riconciliazione e democrazia. La giustizia transizionale non è una forma speciale di giustizia, ma una giustizia adattata a società che si trasformano dopo un periodo di violazione generalizzata dei diritti umani”.

Partiamo, pertanto, dalla premessa secondo cui il principio universale è, dalla prospettiva della Giustizia Universale, un diritto (o un obbligo) non solo degli Stati ma anche dei cittadini di accesso alla giustizia nel suo senso più ampio che, esercitato davanti ai tribunali nazionali, ha come finalità quella di mettere fine all’impunità di cui godono i responsabili dei crimini più gravi del Diritto Internazionale e che si trovano sanciti dalle norme penali interne, indipendentemente da chi li abbia commessi, da chi sia stata la vittima o dal luogo della sua perpetrazione.

Dalla prospettiva della giustizia internazionale penale, da un lato e all’interno del sistema di protezione internazionale dei Diritti Umani, il principio di giurisdizione universale è un’altra possibilità in più di ricorrere davanti ai tribunali nazionali dei diversi Stati, poiché nella maggior parte delle istanze giudiziarie internazionali l’individuo non gode dello *ius standi*, diritto riservato agli stessi Stati e, in poche occasioni, alle Organizzazioni internazionali e, persino, al Consiglio di Sicurezza. Dall’altro lato, il principio di giurisdizione universale è un meccanismo di cooperazione giudiziaria più avanzato rispetto a quelli stabiliti dagli accordi statali, che consiste nel creare spazi universali di giurisdizione attraverso i quali gli Stati reprimono attività criminali, tutto questo, insieme ai meccanismi primari (principio di territorialità, principio di personalità attiva e passiva e principio reale o di protezione) e altri meccanismi secondari, come la creazione di tribunali internazionali.

Per lo studio del principio di giurisdizione universale, questa Tesi di Dottorato è stata divisa in due parti, ognuna delle quali costituita da due capitoli che mirano a una migliore comprensione dal punto di vista *giusinternazionalista* del principio. La prima parte è stata dedicata alla teoria generale del principio di giurisdizione universale, considerando che fosse necessario avere chiari i concetti di base per affrontare meglio la seconda parte incentrata sulla prassi del principio da parte degli Stati, in concreto, sulla pratica dello Stato spagnolo.

Riguardo al primo capitolo, *La jurisdicción universal: concepto, orígenes y configuración* (La giurisdizione universale: concetto, origini e configurazione), siamo partiti dalla base secondo cui, in primo luogo, fosse necessario conoscere i diversi principi giurisdizionali esistenti per avvicinarci posteriormente al concetto di giurisdizione universale, così come alle diverse modalità di esercizio che possiede il principio. A seguire, per vedere l'evoluzione che il principio di giurisdizione universale aveva sperimentato, ci siamo occupati della sua storia, suddivisa nelle stesse fasi in cui il Diritto Internazionale Penale si è via via formato, osservando come questo non è più di una creatura istituzionale, nella quale la Commissione di Diritto Internazionale non ha avuto il ruolo rilevante che forse avrebbe dovuto avere. Questo capitolo si conclude con un'analisi del suo fondamento, pietra angolare della sua esistenza e della sua natura intesa come doppia, non solo dalla prospettiva statale e che, alla luce del Diritto Internazionale contemporaneo e del Diritto Internazionale dei Diritti Umani, non possiamo fare altro che intendere il principio di giurisdizione universale anche come un diritto delle vittime di accesso alla giustizia.

Il secondo capitolo è incentrato sull'analisi dell'*ejercicio del principio de jurisdicción universal* (esercizio del principio di giurisdizione universale). A tal fine, si stabiliscono quei crimini che possano essere 'protetti' sotto l'egida della giurisdizione universale, basandoci su quelli sanciti dallo Statuto della Corte Penale Internazionale (1998) e, persino, rispettandone le caratteristiche, proponendone altri che possano arrivare ad essere, con la pratica statale, il futuro dell'esercizio della giurisdizione universale. Una volta stabilito l'oggetto, si analizzano le difficoltà giurisdizionali che possono sorgere nell'esercizio del principio, analizzando a questo proposito le regole del gioco (principio di supremazia, principio di complementarietà e principio di sussidiarietà) che regolano il quadro delle giurisdizioni e le loro relazioni (orizzontali e verticali). Questo capitolo si occupa del principio *aut dedere aut iudicare* e del principio della responsabilità di proteggere, vedendo come il primo di essi si è trasformato in un meccanismo imprescindibile oggi in applicazione del principio universale; e nelle diverse garanzie giuridiche che accompagnano il processo in cui si sviluppa l'esercizio della giurisdizione universale, fondamentalmente il principio *nullum crimen sine iure* e il principio *ne bis in idem*. Questa prima parte si conclude

interrogandoci sul perché serve e sul perché esiste la giurisdizione universale, sorpresi dalle molteplici risposte che abbiamo ottenuto insieme alla lotta contro l'impunità dei crimini più gravi.

Il terzo capitolo, *la actualidad de la práctica de la jurisdicción* (l'attualità della pratica della giurisdizione), è dedicato alla *praxis* statale. Questa pratica, attualmente, si riduce a diverse condizioni legislative come i nessi di collegamento, le immunità, la prescrizione o le amnistie, ma si riscontrano anche azioni giudiziarie e politiche che intralciano l'esercizio della giurisdizione universale. È inclusa in questo capitolo una sezione sulle critiche e sui rimproveri che si possono muovere all'esercizio che gli Stati fanno della giurisdizione universale quando, dimenticandosi del proprio fondamento, danno priorità ai propri interessi piuttosto che a quelli della Comunità.

Il quarto capitolo, l'ultimo, è quello dedicato alle diverse formulazioni del principio di giustizia universale in Spagna; dalla *Legge Organica 6/1985, dell'1 luglio, del Potere Giudiziario* (pubblicata sulla Gazzetta Ufficiale spagnola -BOE-, num. 157, del 2 luglio 1985) fino all'ultima riforma messa in atto dalla *Legge Organica 2/2015, del 30 marzo, attraverso la quale si modifica la Legge Organica 10/1995, del 23 novembre del Codice Penale* (Gazzetta Ufficiale spagnola -BOE- num. 77, del 31 marzo 2015). Un totale di sette riforme che oscillano dall'ampliamento dell'elenco dei delitti oggetto della giurisdizione universale all'ampliamento del numero di vincoli di collegamento con lo Stato spagnolo che devono essere compiuti per poter esercitare così il principio di giurisdizione universale in Spagna. Al momento di concludere questo lavoro e dal 9 settembre del 2016, una *Proposta di legge organica di modifica della Legge Organica 6/1985, dell'1 luglio, del Potere Giudiziario, relativa al miglioramento della giustizia universale* è conservata in qualche cassetto della Camera dei Deputati sperando che la Spagna non continui a sottrarsi ai suoi obblighi internazionali.

Limiti di spazio e di tempo hanno impedito di trattare in questa Tesi di Dottorato la giurisdizione universale civile, il trattamento nei diversi Stati membri dell'Unione Europea del principio di giurisdizione universale, lo studio individuale di crimini internazionali oggetto del principio universale o la possibilità di esercitare il principio di giurisdizione universale nei confronti delle persone giuridiche. Rimangono in sospeso, pertanto, future ricerche in tale direzione.

INTRODUCCIÓN

“La persuasione di non trovare un palmo di terra che perdoni ai veri delitti sarebbe un mezzo efficacissimo per prevenirli”

Cesare Beccaria

Dei delitti e delle pene, 1764

En Derecho Internacional no existe un legislador internacional sino que son los propios Estados los que, a través de la práctica, crean sus normas y consienten en obligarse por ellas; normas que se expresan a través de diversas fuentes entre las que no existe jerarquía, tal y como se estableció en el asunto *Lotus* en 1927 y se recogieron en el artículo 38.1 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia.

El fenómeno de la globalización o *mundialización*⁶ ha supuesto una redefinición del concepto de Estado y, consecuentemente, del concepto de justicia. Desde la Segunda Guerra Mundial, estamos asistiendo a la creación de un proyecto de *globalización jurídica*⁷ entendido no sólo como una globalización de la justicia sino también como una extensión global del Estado de Derecho y el constitucionalismo en el que el principio de jurisdicción universal es una pieza importante.

La creación del *Derecho Internacional Penal*, desde sus inicios, ha girado en torno a los sujetos internacionales por excelencia, los Estados. Es una disciplina del Derecho Internacional con poco recorrido aún, joven, a través de la cual la Comunidad Internacional se atribuye el *ius puniendi* internacional frente a crímenes cuyo origen se encuentra en las fuentes del Derecho Internacional,

⁶ Aunque algunos autores diferencian entre globalización y mundialización: “Si por *globalización* entendemos *mundialización* nada hay que objetar. Los hechos no se discuten, una vez establecidos. Y la *mundialización* lo es. Pero *globalización* –término de matriz anglosajona- es algo más. Es *mundialización más ideología*, el término de referencia del pensamiento único para la organización política, económica y social del mundo sobre bases neoliberales, instaurando el reino del mercado y haciendo de las empresas multinacionales actores principales y de las administraciones públicas sus agentes” (REMIRO BROTONS, A., “Desvertebración del Derecho Internacional en la sociedad globalizada”, *Cursos Euromediterráneos Bancaja de Derecho Internacional*, vol. V, 2001, pp. 45-382, pp. 66-67).

⁷ RAMÓN CHORNET, C., “Acerca del debate sobre las reformas legales de la jurisdicción universal en España”, *Teoría y derecho: revista de pensamiento jurídico*, núm. 21, 2017, pp. 10-23, p. 10.

experimentando su máximo desarrollo tras la Segunda Guerra Mundial con la creación del principio de responsabilidad penal individual, consecuencia de la erosión del concepto de Estado y de soberanía en pos de la tutela de los Derechos Humanos y del individuo; y, todo ello, no desde una concepción estatista, sino cosmopolita. Ahora bien, no existe aún en el Derecho Internacional Penal un texto que, basado en el consenso estatal, recoja las normas sustantivas penales, a pesar, como veremos, de los intentos de la Comisión de Derecho Internacional de aprobar el *Proyecto de Código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad* de 1996. Sí cuenta, por el contrario, con instituciones internacionales entre las que destacan la Corte Penal Internacional, órgano penal internacional por excelencia, y otros órganos judiciales *ad hoc* (Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia, Tribunal Penal Internacional para Ruanda) y externalizados (Timor Oriental, Sierra Leona...).

Teniendo en cuenta la fragmentación y la escasa institucionalización de la Sociedad Internacional del siglo XXI en que vivimos, podemos afirmar que el Derecho Internacional Penal no es un sistema perfecto, de manera que necesita para su realización de los sistemas penales nacionales; por más que eso suponga complicaciones que derivan fundamentalmente de la diversidad de fuentes jurídicas de la defensa de los diversos intereses individuales (sistemas nacionales penales) o colectivos (sistema internacional penal).

Como consecuencia de esa interacción entre los sistemas nacionales y el internacional, los Estados recogen y aplican las normas internacionales penales en sus ordenamientos internos, dando lugar al denominado *Derecho Penal Internacional*⁸, basado fundamentalmente en la ley, fuente por excelencia del Derecho Penal. Sin embargo, para que los sistemas penales nacionales de justicia puedan contribuir al sistema de Derecho Internacional Penal es necesario cumplir algunos requisitos: que las normas sustantivas que contemplen los crímenes internacionales estén previstas en los ordenamientos internos (principio de legalidad); que haya normas procesales que establezcan el procedimiento; y, por último, que existan órganos judiciales no sólo con jurisdicción sino también con competencia para aplicar el Derecho Internacional Penal.

⁸ El profesor Antonio QUINTANO RIPOLLÉS exponía ya en 1955 la diferencia entre el Derecho Penal Internacional y el Derecho Internacional Penal (*Tratado de Derecho Penal Internacional e Internacional Penal*, Tomo I, Centro Superior de Investigaciones Científicas, Madrid, 1955, p. 166).

Ahora bien, la redefinición del concepto de *Estado* y de *soberanía* de la que hablamos también ha supuesto una crisis en los sistemas nacionales de protección de los Derechos fundamentales, que ha dado paso al Derecho del individuo a la *justicia universal* y, con él, a la creación de nuevas sedes supranacionales que complementan la justicia llevada a cabo por los tribunales nacionales. Al hablar de justicia universal nos referimos a una justicia que busca no sólo la retribución, sino también la paz como objetivo último y que está compuesta por tres pilares fundamentales: la justicia retributiva, la justicia restaurativa y la justicia transicional.

La *justicia retributiva*, también conocida tradicionalmente como justicia penal (nacional o internacional), establece la pena prevista en la ley para los responsables de los actos ilícitos, quedando la víctima al margen del resultado del proceso aunque no del proceso en sí. Es ejercida por los tribunales internacionales y por los tribunales internos al ejercer el principio de jurisdicción universal. Sin embargo, los procesos internacionales son costosos y no siempre llegan a su competencia los sujetos que debieran ser juzgados; mientras que, respecto al principio universal, los Estados como España o Bélgica nos dan buena cuenta de las limitaciones que sufre cuando comienza a ser aplicado por los jueces estatales.

La *justicia restaurativa* o *reparativa* comprende, por su parte, una reparación *multi-direccional*⁹ para las víctimas (económica, social, política y cultural), partes actoras del proceso en el que se les reconocen, entre otros, el derecho de acceso a la justicia, a un recurso efectivo o a la información.

Por último, *la justicia transicional*¹⁰ es definida por el Centro Internacional para la Justicia Transicional como “el conjunto de respuestas a las violaciones sistemáticas o generalizadas de derechos humanos. Su objetivo es el reconocimiento de las víctimas y de la promoción de posibilidad de paz,

⁹ MARTÍN, V., “Justicia Universal: La nueva dimensión de la Justicia Transicional”, *FRIDE*, Febrero, 2010, p. 4.

¹⁰ Si bien, TAMARIT SUMALLA, J. M., señala que el término “justicia transicional” es un término forzado de la traducción inglesa *transicional justice*, y prefiere utilizar otros como “justicia de transición”, señala que ésta es un proceso que corre paralelo a la evolución de la justicia penal internacional, sobre todo en aquellos marcos políticos de búsqueda de una transición hacia la democracia, nada ajenos a varios ejercicios del principio de justicia universal, e intentando dar “respuesta a las demandas de justicia por las violaciones graves y sistemáticas de los derechos humanos que constituyen una realidad asociada casi indefectiblemente a los regímenes dictatoriales y a los enfrentamientos armados” (*Justicia de transición, justicia penal internacional y justicia universal*, Atelier, Barcelona, 2010, pp. 13-14).

reconciliación y democracia. La justicia transicional no es una forma especial de justicia, sino una justicia adaptada a sociedades que se transforman a sí mismas después de un período de violación generalizada de derechos humanos”.

Partimos, por tanto, de la premisa de que el principio universal es, desde la perspectiva de la Justicia Universal, un derecho (u obligación) no sólo de los Estados sino también de los ciudadanos de acceso a la justicia en su sentido más amplio que, ejercido frente a los tribunales nacionales, tiene como finalidad acabar con la impunidad de la que gozan los responsables de los crímenes más graves del Derecho Internacional y que se encuentran recogidos en las normas penales internas, independientemente de quién lo haya cometido, quién haya sido la víctima o el lugar de su perpetración.

Desde la perspectiva de la justicia internacional penal, por un lado y dentro del sistema de protección internacional de los Derechos Humanos, el principio de jurisdicción universal es otra posibilidad más de acudir ante los tribunales nacionales de los diversos Estados, pues en la mayoría de las instancias judiciales internacionales el individuo no goza de *ius standi*, derecho reservado a los propios Estados y, en pocas ocasiones, a las Organizaciones internacionales e, incluso, al Consejo de Seguridad. Por otro lado, el principio de jurisdicción universal es un mecanismo de cooperación judicial, más avanzado que los establecidos en los acuerdos estatales, consistente en crear espacios universales de jurisdicción a través de los cuales los Estados reprimen actividades criminales, todo ello, junto a los mecanismos primarios (principio de territorialidad, principio de personalidad activa y pasiva y principio real o de protección) y otros mecanismos secundarios, como la creación de tribunales internacionales.

Para el estudio del principio de jurisdicción universal, se ha dividido esta Tesis Doctoral en dos partes, integradas cada una de ellas por dos capítulos, y que pretenden una mejor comprensión, desde un punto de vista *iusinternacionalista*, del principio. La parte primera se ha dedicado a la teoría general del principio de jurisdicción universal, entendiendo que era necesario tener los conceptos de base claros para abordar mejor la parte segunda centrada en la *praxis* del principio por los Estados, en concreto, en la práctica del Estado español.

Por lo que respecta al capítulo primero, *La jurisdicción universal: concepto, orígenes y configuración*, se partió de la base de que en primer lugar era necesario

conocer los diversos principios jurisdiccionales existentes para posteriormente aproximarnos al concepto de jurisdicción universal, así como a las diversas modalidades de ejercicio que tiene el principio. A continuación, para ver la evolución que el principio de jurisdicción universal había experimentado, se abordó su historia, dividida en las mismas fases en las que el Derecho Internacional Penal ha ido formándose, observando como éste no es más que una criatura institucional, en la que la Comisión de Derecho Internacional no ha tenido el papel relevante que quizá debería. Este capítulo finaliza con un análisis de su fundamento, piedra angular de su existencia, y su naturaleza, entendida ésta como doble, no sólo desde la perspectiva estatal sino que, a la luz del Derecho Internacional contemporáneo y del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, no podemos más que entender el principio de jurisdicción universal también como un derecho de las víctimas de acceso a la justicia.

El capítulo segundo se ha centrado en el análisis del *ejercicio del principio de jurisdicción universal*. Para ello, se establecen aquellos crímenes que pueden “protegerse” bajo el paraguas de la jurisdicción universal, basándonos en los recogidos en el Estatuto de la Corte Penal Internacional (1998) e, incluso, y atendiendo a sus características, proponiendo algunos otros que pueden llegar a ser, con la práctica estatal, el futuro del ejercicio de la jurisdicción universal. Establecido su objeto, se analizan las dificultades jurisdiccionales que en el ejercicio del principio pueden surgir, analizando para ello las reglas del juego (principio de primacía, principio de complementariedad y principio de subsidiariedad) que regulan el tablero de las jurisdicciones y sus relaciones (horizontales y verticales) entre sí. Se centra este capítulo en el principio *aut dedere aut iudicare* y en el principio de la responsabilidad de proteger, viendo como el primero de ellos se ha convertido en un mecanismo imprescindible hoy en día en la aplicación del principio universal; y en las diversas garantías jurídicas que acompañan el proceso en el que se desarrolla el ejercicio de la jurisdicción universal, fundamentalmente el principio *nullum crimen sine iure* y el principio *ne bis in idem*. Esta primera parte acaba con un planteamiento acerca de para qué sirve, para qué existe la jurisdicción universal, sorprendidos de las múltiples respuestas que obtuvimos junto a la lucha contra la impunidad de los crímenes más graves.

El capítulo tercero, *la actualidad de la práctica de la jurisdicción*, está dedicado a la *praxis* estatal. Esa práctica se reduce en la actualidad a diversas condiciones legislativas como los nexos de conexión, las inmunidades, la prescripción o las amnistías, pero también se dan actuaciones judiciales y políticas que entorpecen el ejercicio de la jurisdicción universal. Se incluye en este capítulo un apartado sobre las críticas y reproches que se puede hacer al ejercicio que los Estados hacen de la jurisdicción universal cuando, olvidándose de su fundamento, priorizan sus intereses frente a los de la Comunidad.

El capítulo cuarto, el último, es el dedicado a las diversas formulaciones del principio de justicia universal en España, desde la *Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial* (BOE, núm. 157, de 2 de julio de 1985) hasta la última reforma operada por la *Ley Orgánica 2/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre del Código Penal* (BOE núm. 77, de 31 de marzo de 2015). Un total de siete reformas que oscilan entre la ampliación del elenco de delitos objeto de la jurisdicción universal y la ampliación del número de vínculos de conexión con el Estado español que deben cumplirse para poder ejercer así el principio de jurisdicción universal en España. Al cierre de estas líneas y desde el 9 de septiembre de 2016, una *Proposición de ley orgánica de modificación de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, relativa a la mejora de la justicia universal* está guardada en algún cajón del Congreso de los Diputados esperando que España no continúe incumpliendo sus obligaciones internacionales.

Limitaciones de espacio y de tiempo han impedido tratar en esta Tesis Doctoral la jurisdicción universal civil, el tratamiento en los distintos Estados miembros de la Unión Europea del principio de jurisdicción universal, el estudio individual de los crímenes internacionales objeto del principio universal o la posibilidad de ejercer el principio de jurisdicción universal frente a las personas jurídicas. Quedan pendientes, por tanto, futuras investigaciones.

PARTE PRIMERA

El principio de jurisdicción universal y el Derecho internacional

CAPÍTULO I. *La jurisdicción universal: concepto, orígenes y configuración*

“Volver sobre el pasado no es abrir heridas precisamente porque éstas no están bien cerradas”

Josep Tamarit, 2010

I. UNA APROXIMACIÓN AL PRINCIPIO DE JURISDICCIÓN UNIVERSAL

El término *jurisdicción*, que en esta Tesis Doctoral será tratado sólo desde el ámbito penal, ha sido definido en numerosas ocasiones, tanto por la jurisprudencia como por la doctrina, desde una dimensión interestatal¹¹; esto es, el término “jurisdicción del Estado” únicamente hace referencia al poder soberano y exclusivo que un Estado tiene sobre su territorio, por lo que al relacionarse los Estados entre sí podrían crearse diversas situaciones, siendo la más común aquella en la que un Estado que ejerce su poder en el territorio de otro Estado soberano entra potencialmente en conflicto con el segundo Estado¹².

Hasta los años veinte, soberanía y territorio estuvieron indisolublemente unidos; de ahí que la jurisdicción fuese aplicada por los Estados en el territorio en

¹¹ Así, Roger O'KEEFE señala: “A state's ‘jurisdiction’ (...) refers to its authority under international law to regulate the conduct of persons, natural and legal” (“Universal jurisdiction. Clarifying the basic concept”, *JICJ*, vol. 2, 2004, pp. 735-760, p. 736). También, la Corte Permanente de Justicia Internacional (en adelante, CPJI), en el asunto *Estatuto jurídico de Groenlandia Oriental* (Dinamarca v. Noruega), Sentencia, 5 de abril de 1933, señalaba que “la jurisdicción es una de las formas más obvias del ejercicio del poder soberano”. En 1938, la Cámara de los Lores británica, en el asunto *Compañía Naviera Vascongada v. S. S. Cristina and all Persons claiming an interest therein*, señalaba en su sentencia de 12 de marzo que “es un atributo esencial de la soberanía de todos los Estados independientes y soberanos, el tener jurisdicción sobre todas las personas y cosas que se encuentren dentro de sus límites territoriales y sobre todos los casos, civiles y penales que surjan dentro de sus límites”, citado por MARTÍNEZ ALCANIZ, A., *El principio de justicia universal y los crímenes de guerra*, Instituto Universitario General Gutiérrez Mellado – UNED, Madrid, 2015, p. 83.

¹² SIMON, J-M., “Jurisdicción Universal. La perspectiva del Derecho internacional público”, *REEL*, núm. 4, 2002, p. 2.

el que eran soberanos¹³. El profesor Frederick MANN explica así la relación entre el término jurisdicción con el principio de territorialidad:

“lo que un Estado pueda o no pueda hacer, cualquier otro Estado podrá o no podrá hacerlo, y la afirmación de que el Estado A tiene el poder de realizar un acto particular que afecte al Estado B, conlleva que el Estado B pueda realizar un acto similar y así afectar al Estado A”¹⁴.

El principio de territorialidad o *locus delicti*¹⁵ es el principio clásico o primario, por excelencia, de jurisdicción y está contemplado en el artículo 23.1 de la *Ley Orgánica 6/1985 del Poder Judicial* (en adelante, LOPJ)¹⁶. De acuerdo con él, los órganos estatales judiciales deben conocer de los delitos cometidos en el territorio de ese Estado, independientemente de la nacionalidad de quien los haya cometido y de contra quien los haya cometido. Su fundamento radica en la soberanía del Estado y en el interés de éste “por mantener el orden público dentro del territorio en el que ejerce su soberanía”¹⁷, aunque también hay quien apunta

¹³ Así lo señaló, en la Corte Permanente Internacional de Justicia, el juez Altamira en su Opinión disidente en el asunto *Lotus* en 1927 al no compartir la aplicación extraterritorial de la jurisdicción: “Es cierto que entre los principios más ampliamente reconocidos del derecho internacional se encuentran los principios de que la jurisdicción de un Estado es de naturaleza territorial y de que con respecto a sus nacionales un Estado tiene una jurisdicción preferente, si no exclusiva (...)” no encontrando el juez Altamira justificación a la aplicación extraterritorial de la jurisdicción de un Estado (asunto *Lotus*, Opinión disidente de Altamira de 9 de septiembre de 1927, CPJI, Serie A, núm. 10, p. 95-96). También Antonio REMIRO BROTONS al señalar: “El *locus delicti* es la conexión más natural de la jurisdicción penal” (“La persecución de los crímenes internacionales por los tribunales estatales: el principio de universalidad”, *Derecho Internacional*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, p. 494).

¹⁴ MANN, F., “The Doctrine of Jurisdiction in International Law”, *Recueil des Cours*, núm. 111, 1964, pp. 1-162, p. 30.

¹⁵ Este principio, también conocido como principio de pabellón o teoría del territorio flotante, no ha estado exento de críticas; al contrario, ya las recibió por Diego DE COVARRUBIAS en los siglos XVI y XVII que, citado por Antonio QUINTANO RIPOLLÉS, señalaba: “Interesa a la República y a sus gobernantes limpiar la provincia de malvados y proteger a sus ciudadanos y oriundos, de los delitos cometidos en otras partes, para que unos vicios no vayan a convertirse en otros mayores por haber consentido en la impunidad, y para que no corrompan las buenas costumbres de los demás ciudadanos; y por tanto conviene que esos delincuentes, o sean desterrados o castigados con alguna otra pena” (*Tratado de Derecho Penal Internacional e Internacional Penal*, Tomo I, Centro Superior de Investigaciones Científicas, Madrid, 1955, p. 729).

¹⁶ “En el orden penal corresponderá a la jurisdicción española el conocimiento de las causas por delitos y faltas cometidos en territorio español o cometidos a bordo de buques o aeronaves españoles, sin perjuicio de lo previsto en los tratados internacionales en los que España sea parte”, art. 23.1 de la *Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial*, BOE núm. 157, de 2 de julio de 1985.

¹⁷ GIRÓN BÉJAR, D., “La jurisdicción Universal y las repercusiones de su aplicación en la política exterior de España”, *Cuestiones actuales sobre la diplomacia y las relaciones internacionales en los inicios del siglo XXI. Cuadernos de la Escuela Diplomática*, núm. 49, Escuela Diplomática, Madrid,

que “el fundamento de la territorialidad en el ámbito del Derecho penal internacional no es un fundamento jurídico, sino un criterio de oportunidad política”¹⁸. Podemos decir, por tanto, que el principio de territorialidad es el criterio de jurisdicción por excelencia. Su “indiscutible ventaja radica en que la limitación de la competencia penal al territorio nacional excluye *ad limine* colisiones *interestatales* sobre el ejercicio del *ius puniendi*”; sin embargo, no es un principio absoluto y no está exento de ciertos problemas ante determinados crímenes¹⁹.

2013, pp. 13-84, p. 27, citando a MIR PUIG, S., *Derecho Penal. Parte general*, Reppertor, Barcelona, 2011. En el mismo sentido José Luis FERNÁNDEZ-FLORES DE FUNES: “Cuando los espacios conocidos de la Tierra se convirtieron en trozos de soberanía, lo que se impuso fue la jurisdicción territorial, según el viejo adagio de que *leges non obligant extra territorium*. De modo que los tribunales de cada soberanía sólo entendían de los delitos cometidos en su territorio; el *forum delicti commissi* apenas dejaba resquicios a otra jurisdicción” (“De la jurisdicción territorial a la jurisdicción universal”, *Soberanía del Estado y Derecho Internacional. Homenaje al Profesor Juan Antonio Carrillo Salcedo*, Tomo I, Universidad de Córdoba, Universidad de Sevilla, Universidad de Málaga, Sevilla, 2005, pp. 569-574, p. 569). También Ignacio BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE: “El lugar de realización del hecho delictivo determina como regla general la legislación aplicable y el tribunal que ha de juzgar, lo que constituye una manifestación de la soberanía. La vinculación de la soberanía a la posibilidad de hacer valer las leyes ya aparecía en el siglo XVI, Alfonso de Castro lo ponía de manifiesto, cuando sostenía que la ley era aplicable hasta el alcance los cañones del Estado, es decir hasta donde el Estado pudiera hacer valer el contenido de sus leyes, o, si se prefiere, hasta donde de modo efectivo llegue su soberanía” (“Acerca de la internacionalización del Derecho Penal”, PÉREZ CEPEDA, A. (Dir.), *El principio de Justicia Universal: Fundamentos y límites*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, pp. 21-43, p. 32). Así ocurre también en el derecho español, tal y como señala el art. 8.1 del *Código Civil* (“Las leyes penales, las de policía y las de seguridad pública obligan a todos los que se hallen en territorio español”) y el art. 23.1 de la LOPJ (“En el orden penal corresponderá a la jurisdicción española el conocimiento de las causas por delitos y faltas cometidos en territorio español o cometidos a bordo de buques o aeronaves españoles, sin perjuicio de lo previsto en los tratados internacionales en los que España sea parte”).

¹⁸ Y añade Manuel OLLÉ SESÉ: “Sin embargo, esa prioridad del lugar de comisión del delito no va a existir respecto a otros principios extraterritoriales de jurisdicción”, por lo que es una excepción al principio de territorialidad. Pone como ejemplo el asunto *Guatemala* que enjuició España y se cuestiona si sería deseable que España hubiera conocido del asunto si Guatemala hubiera abierto un procedimiento. “Sin lugar a dudas, no”, responde (“La reforma actual de la Justicia Universal”, *La justicia universal en el Derecho internacional: Mesa redonda de expertos*, Asociación Pro Derechos Humanos de España, 2011, p. 20). “Parece razonable, más rápido, más barato y más efectivo que el delito sea perseguido y castigado allí donde fue cometido y produjo consecuencias. Allí estarán el culpable y la víctima, los testigos y las autoridades, y las consecuencias que hay que reparar y el orden jurídico perturbado que hay que restablecer” (CASTRESANA FERNÁNDEZ, C., “La contribución de la Comisión Internacional contra la Impunidad en Guatemala a la protección de los Derechos Humanos”, *La justicia universal en el Derecho internacional: Mesa redonda de expertos*, Asociación Pro Derechos Humanos de España, 2011, pp. 28-33, p. 30).

¹⁹ Para evitar esos problemas, Kai AMBOS señala diferentes *técnicas de ruptura* del principio de territorialidad. Una de ellas es el principio de nacionalidad (que veremos a continuación) y las otras son el principio del efecto (*effects principle*), cuando el crimen se lleva a cabo en el territorio de otro país pero sus efectos se producen en el país que pretende ejercer su *ius puniendi*; y el principio del pabellón, cuando el Estado soberano del pabellón, del buque y de los vehículos espaciales ejerce su *ius puniendi* a los hechos ocurridos en los mismos, con independencia de dónde se consumen o de la nacionalidad del sujeto activo (“Los fundamentos del *ius puniendi* nacional; en particular, su aplicación extraterritorial”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, año XL, núm. 119, 2007, pp.

1. LA APLICACIÓN EXTRATERRITORIAL DE LA JURISDICCIÓN ESTATAL

La jurisdicción es, de hecho, un término que varía de un Estado a otro al tener cada uno el poder para configurarlo, aunque siempre dentro de los límites que impone el Derecho Internacional (en adelante, DI)²⁰. Por lo tanto, es en la aplicación extraterritorial de la ley penal doméstica cuando surgen los problemas entre los Estados. De acuerdo con Kai AMBOS, son necesarias dos fases para comprobar la compatibilidad de la extraterritorialidad penal con el principio de no intervención. La primera de ellas consiste en comprobar si existe una *relación de afinidad o contacto suficiente o punto de conexión* entre el Estado y el lugar donde pretende ejercer su jurisdicción²¹; la segunda fase, una vez comprobado aquel vínculo, consiste en cerciorarnos de que no existe una prohibición de DI que no permita la aplicación extraterritorial de la ley penal estatal porque no sería una actuación restrictiva, moderada y *razonable*, “para evitar una invasión indebida sobre una jurisdicción que sería más apropiada que fuera ejercida por otro Estado”, tal y como señaló el juez Gerald G. FITZMAURICE en el asunto *Barcelona Traction*²².

267-293, pp. 270-272, disponible en: <http://www.ejournal.unam.mx/bmd/bolmex119/BMD000011901.pdf>. En el mismo sentido, señala Abraham MARTÍNEZ ALCANIZ, la teoría de la actividad, atendiendo a dónde se ha cometido el delito; la teoría del resultado, no importa la acción sino el resultado producido, no siendo castigados los delitos en grado de tentativa o de peligro al no conllevar un resultado; y la teoría de la ubicuidad, que señala como lugar de comisión del crimen, tanto el lugar donde se lleva a cabo la acción, como el lugar donde se produce el resultado o los efectos (*óp. cit.*, pp. 93-94); también DE LA CUESTA, J. L., “Competencias penales nacionales e internacionales concurrentes y el principio *ne bis in idem*”, *Revue Internationale de droit pénal*, núm. 3, vol. 73, 2002, pp. 737-769, p. 746.

²⁰ Los principios básicos que establecen los límites a la aplicación extraterritorial de la ley penal son el principio de igualdad entre Estados y el principio de no intervención. Si bien ambos están recogidos en la *Resolución 2625 (XXV) de la Asamblea General de las Naciones Unidas*, de 24 de octubre de 1970, el de no intervención ya aparecía recogido en el art. 2.1 de la *Carta de Naciones Unidas*, de 26 de junio de 1945, y también en el asunto *Lotus*: “La primera y más importante restricción que el Derecho internacional impone a un Estado es la exclusión del ejercicio de poder en el territorio de otro Estado”, Sentencia de 9 de septiembre de 1927, CPJI, serie A, núm. 10, p. 18.

²¹ A tal efecto, la Corte Internacional de Justicia (en adelante, CIJ) ha comprobado la existencia de los denominados *real link* o *genuine connection*. Así, en el asunto *Nottebohm*, Sentencia de 6 de abril de 1955, *ICJ Reports 1955*, párr. 23, y asunto *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited*, Sentencia de 5 de febrero de 1970, *ICJ Reports 1970*, párr. 42.

²² Asunto *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited*, Sentencia de 5 de febrero de 1970, *ICJ Reports 1970*, párr. 105.

Respecto a los puntos de conexión, es a partir de los años veinte²³ cuando los Estados, compartiendo “intereses internacionales” porque sobrepasan sus fronteras²⁴, pero comunes, comienzan a incluir vínculos de conexión en el ejercicio de su jurisdicción que les permite aplicar su ley fuera de su territorio, evitando así la infracción del principio de no intervención, en el intento de resolver situaciones de impunidad o de conflictos de jurisdicción²⁵ ante un crimen que había sido cometido en varios Estados o, incluso, donde ningún Estado tenía jurisdicción. Aunque desde un punto de vista penal sea cierto que el lugar de comisión del delito es la base de la jurisdicción estatal *indiscutible, preferente y recomendable*²⁶, no tiene por qué ser obligatoria ni única, y así lo señaló la CPJI en 1927 en el mencionado asunto *Lotus*:

“Aunque es verdad que en todos los sistemas legales es fundamental el carácter territorial del Derecho penal, no es menos cierto que todos, o casi todos, estos sistemas extienden su jurisdicción a delitos cometidos más allá del territorio del Estado. La territorialidad del Derecho penal no es, en consecuencia, un principio absoluto del Derecho internacional y de ningún modo coincide con la soberanía territorial”²⁷.

²³ Tenemos que tener en cuenta que no es hasta después de la Primera Guerra Mundial que la Comunidad Internacional se consolida debido a una serie de factores, entre los que destacamos los Derechos Humanos (en adelante, DDHH). A partir de ese momento, los Estados empiezan a cooperar como única vía de garantizar una protección suficiente, lo que ha provocado que el principio de jurisdicción universal se haya extendido y se aplique a otros delitos, no ya sólo aquéllos originarios de piratería y comercio de esclavos (PÉREZ CEPEDA, A., “Principio de Justicia penal universal *versus* principio de Jurisdicción penal internacional”, PÉREZ CEPEDA, A. (Dir.), *El principio de Justicia Universal: Fundamentos y límites*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, pp. 61-101, p. 62).

²⁴ FERNÁNDEZ-FLORES DE FUNES, J. L., *óp. cit.*, pp. 569-570.

²⁵ “La existencia de distintos principios o distintas combinaciones de ellos en las legislaciones penales estatales conlleva la aparición de conflictos de jurisdicción, de tal manera que, ante un mismo hecho delictivo, los órganos jurisdiccionales de distintos Estados pueden considerarse competentes” (PIGRAU SOLÉ, A., “Elementos de Derecho Internacional penal”, *Cursos de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales de Vitoria-Gasteiz*, Servicio editorial de la Universidad del País Vasco, País Vasco, 1997, pp. 127-176, p. 146).

²⁶ REMIRO BROTONS, A., *El caso Pinochet. Los límites de la impunidad*, Editorial Biblioteca Nueva, Madrid, 1999, pp. 47-48.

²⁷ Asunto *Lotus*, Sentencia de 9 de septiembre de 1927, CPJI, serie A, núm. 10, p. 20. En opinión de Abraham MARTÍNEZ ALCÁÑIZ, la extraterritorialidad de la aplicación de la ley penal ha sido tratada de modo confuso en esta sentencia pues señala que la misma consagra la extraterritorialidad de la ley penal en todas sus manifestaciones. Y, añade, en realidad Turquía no ejerció el principio de universalidad sino que, al existir víctimas nacionales turcas, el Estado turco aplicó el principio de personalidad pasiva. Lo esencial del asunto *Lotus* fue, por tanto, que reconoció la extraterritorialidad y estableció la diferencia entre la jurisdicción de prescribir normas y la jurisdicción para ejecutar. “Los Estados pueden aprobar leyes con eficacia extraterritorial si no hay

Tras el asunto *Lotus*, la importancia de los vínculos de conexión, que justifican la aplicación de la jurisdicción de un Estado fuera de su territorio, llevó en 1935 a la redacción de un proyecto de convenio²⁸ que los recogiera y que finalmente no vio la luz. De acuerdo con Kai AMBOS, la determinación de qué son realmente los vínculos de conexión (indicadores, ejemplos típicos o instrumentos de ponderación) es discutida, pues se les suele identificar con los principios de atribución de jurisdicción del derecho penal, que no tienen por qué ser criterios de conexión tal y como se entienden en el DI. Sin embargo, al no existir ningún tratado internacional que los regule, los Estados se ven obligados a acudir a su derecho interno para legitimar su actuación extraterritorial, siempre y cuando una norma internacional no lo prohíba. Desde un punto de vista *iusnaturalista*, estos vínculos no son prescriptivos *per se*, sino sólo y exclusivamente cuando su ejercicio sea compatible con el principio de no intervención²⁹.

Los vínculos de conexión del DI que permiten la aplicación extraterritorial de la ley son el ya mencionado principio de territorialidad, el principio de personalidad activa y pasiva, el principio de protección del Estado y el principio de universalidad³⁰.

Respecto al principio de personalidad debemos comenzar señalando que, si el principio de territorialidad tenía conexión con el territorio, elemento esencial para la existencia de un Estado soberano, el de personalidad está vinculado a los nacionales del Estado en quienes en la mayoría de regímenes democráticos reside la soberanía estatal. El fundamento de este principio, siguiendo a Antonio

una norma internacional que lo prohíba. Igualmente, pueden hacer efectiva su jurisdicción en el extranjero, si existe una norma internacional que lo permita" (*óp. cit.*, p. 89).

²⁸ "Draft convention on jurisdiction with respect to crime", *AJIL*, vol. 29, 1935, pp. 439-442.

²⁹ AMBOS K., "Los fundamentos del *ius puniendi* nacional...", *óp. cit.*, pp. 272-273.

³⁰ No es empresa fácil señalar cuáles son los principios de jurisdicción existentes. Algunos autores señalan, junto al principio territorial, el de nacionalidad activa y pasiva, el real o de protección y el de universalidad, los de justicia supletoria, *iudex apprehensionis*, principio de beligerancia, el principio de representación e, incluso, de protección del medio ambiente. Sin embargo, en la presente investigación nos centraremos en aquellos que la doctrina *iusinternacionalista* entiende consagrados: principio territorial, el de nacionalidad activa y pasiva, el real o de protección y el de universalidad, siendo los tres primeros recogidos por la resolución del Instituto de Derecho Internacional en la sesión llevada a cabo en Múnich el 7 de septiembre de 1883: *Règles relatives aux conflits des lois pénales en matière de compétence*, disponible en http://www.justitiaetpace.org/idiF/resolutionsF/1883_mun_04_fr.pdf.

QUINTANO RIPOLLÉS, lo encontramos en el *ius ossibus inheret*³¹ y en la actualidad “corre el peligro de quedarse sin contenido”, pues en la mayoría de tratados internacionales se establece la extradición o entrega de los nacionales³². Es un principio subsidiario del principio de territorialidad y tiene, a su vez, una doble vertiente, la activa y la pasiva.

Respecto al principio de personalidad activa o, simplemente, de nacionalidad, un Estado ejerce su *ius puniendi* frente a sus propios nacionales que hayan cometido crímenes en el extranjero, siempre y cuando el delito esté contemplado en el ordenamiento jurídico del Estado del que el presunto autor es nacional y también en el territorio donde se cometió el delito (doble incriminación). Incluso, el ámbito de aplicación de este principio se ha visto ampliado al eliminar el requisito de la doble incriminación o “por medio de la introducción del principio del domicilio, tal y como se propone por las decisiones de la Unión Europea (en adelante, UE) concernientes al abuso sexual de menores”³³. Ahora bien, debemos tener en cuenta que el ejercicio y regulación de este principio de jurisdicción va a depender del concepto de nacionalidad en el Estado que lo aplique, por lo que es una cuestión de naturaleza interna. Por otro lado, también va a ser aplicado cuando un Estado prohíbe que sus nacionales puedan ser juzgados por otros Estados, impidiendo la extradición de los mismos³⁴. Una variante de este principio es el principio del domicilio, aplicable no sólo a los nacionales sino también a los residentes del Estado que pretende ejercer su *ius puniendi*³⁵. En nuestro ordenamiento el principio de nacionalidad está previsto en el apartado 2 del artículo 23 de la LOPJ³⁶.

³¹ QUINTANO RIPOLLÉS, A., *Tratado de Derecho penal internacional e internacional penal*, Tomo II, Centro Superior de Investigaciones Científicas, Madrid, 1957, p. 66.

³² Así ocurre, a modo de ejemplo, en la Unión Europea con la *Decisión Marco de 17 de julio de 2002, relativa a la orden de detención europea y a los procedimientos de entrega entre Estados miembros* (MARTÍNEZ ALCAÑIZ, A., *óp. cit.*, p. 95).

³³ DE LA CUESTA, J. L., *óp. cit.*, p. 746.

³⁴ AMBOS K., “Los fundamentos del *ius puniendi* nacional...”, *óp. cit.*, p. 278.

³⁵ Así lo señaló la CIJ en el asunto *Nottebohm*: “nationality is a legal bond having at its basis a social fact of attachment, a genuine connection of existence of reciprocal rights and duties”, Sentencia de 6 de abril de 1955, *ICJ Reports 1955*, p. 23.

³⁶ “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 concuerren 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

Por su parte, el principio de personalidad pasiva³⁷ implica que los órganos judiciales de un Estado *podrán*, aplicando la ley doméstica, conocer de todos los delitos cometidos contra sus nacionales, independientemente del lugar de comisión y de la nacionalidad del presunto autor, por lo que un Estado podrá juzgar hechos ocurridos en otro Estado suscitando, no sólo cierta desconfianza hacia la justicia del Estado donde se han cometido los hechos, sino también conflictos de jurisdicción³⁸. Por esa razón, el principio de personalidad pasiva puede ser un principio problemático, en el sentido de que puede entrar en conflicto tanto con el principio de territorialidad como con el de protección de intereses, pues la finalidad es proteger a los nacionales fuera de su Estado. De ahí que se le atribuya un carácter secundario respecto del de territorialidad y que, en opinión de cierta doctrina, debe reservarse para crímenes cometidos contra determinadas personas por su nacionalidad³⁹. El principio de personalidad pasiva tiene un corto recorrido, reconociéndose por primera vez en la *Convención Internacional contra la Toma de Rehenes*, de 17 de diciembre de 1979⁴⁰, y no está

internacional de la que España sea parte, no resulte necesario dicho requisito, sin perjuicio de lo dispuesto en los apartados siguientes. b) Que el agraviado o el Ministerio Fiscal interpongan querrela ante los Tribunales españoles. c) Que el delincuente no haya sido absuelto, indultado o penado en el extranjero, o, en este último caso, no haya cumplido la condena. Si sólo la hubiere cumplido en parte, se le tendrá en cuenta para rebajarle proporcionalmente la que le corresponda”, art. 23.2 de la *Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial*, BOE núm. 157, de 2 de julio de 1985, modificada por el apartado 1 del único artículo de la *Ley Orgánica 1/2014, de 13 de marzo, de modificación de la Ley Orgánica 6/1985, del Poder Judicial, relativa a la justicia universal*, BOE núm. 63, de 14 de marzo de 2014.

³⁷ Respecto al principio de personalidad pasiva es interesante destacar que no es reconocido en algunos Estados. Así, por ejemplo, no lo es en Gran Bretaña, de forma que la primera orden de detención emitida por el juez Garzón en el asunto *Pinochet* fue considerada nula por la *High Court* de Londres el 28 de octubre de 1998 al considerar que había sido ésta fundamentada en la nacionalidad española de las víctimas. En España sí se encuentra recogida en la LOPJ y, en opinión de Antonio REMIRO “la justificación de este principio como fundamento de jurisdicción se presenta en casos en que también sería procedente acudir al principio de persecución universal, por lo que, una de dos, o está de más o hace de menos al principio de persecución universal”, *El caso Pinochet... óp. cit.*, p. 49.

³⁸ AMBOS K., “Los fundamentos del *ius puniendi* nacional...”, *óp. cit.*, p. 284.

³⁹ MARTÍNEZ ALCANIZ, A., *óp. cit.*, pp. 96-98. En este sentido señala Kai AMBOS: “Buen ejemplo de ello ofrece el ejercicio del *ius puniendi* por el país de origen ante conductas punibles realizadas contra sus diplomáticos. Cabe fundarlas tanto desde una perspectiva de protección del Estado como desde otra de protección de los individuos, ya que los diplomáticos son tanto representantes oficiales del Estado de origen como nacionales suyos. En tales casos cabe hablar de la existencia de un doble punto de conexión de los diplomáticos con el Estado de origen, que hace retroceder al principio de no intervención” (“Los fundamentos del *ius puniendi* nacional...”, *óp. cit.*, p. 284).

⁴⁰ El artículo 5.1.b señala: “Cada Estado Parte adoptará las medidas que sean necesarias para establecer su jurisdicción sobre los delitos previstos en el artículo 1 que se cometan: (...) b. Por sus nacionales (...)”, *Convención Internacional contra la Toma de Rehenes*, hecha en Nueva York el 17 de diciembre de 1979, BOE núm. 162, de 7 de julio de 1984.

presente en muchas de las legislaciones estatales. En el caso de España, la LOPJ lo omitía, aunque sí se ha previsto en la modificación de la jurisdicción universal llevada a cabo por la LO 1/2014, de 13 de marzo, así como en alguna sentencia del Tribunal Supremo (en adelante, TS), como presupuesto o requisito procedimental para su enjuiciamiento (*vid. infra* Capítulo IV, apdo. II).

En tercer lugar, la aplicación extraterritorial de la ley penal de un Estado se produce a través del denominado principio de protección del Estado (*protective principle*), también conocido como principio de protección de intereses o principio real u objetivo, que consiste en que los órganos judiciales podrán conocer de aquellos delitos que dañen o pongan en peligro intereses internos estatales, independientemente del lugar de comisión o de la nacionalidad del presunto autor o de sus víctimas⁴¹. El principio de personalidad pasiva, ya mencionado, que no siempre es aceptado por los Estados, ha sido en ocasiones considerado como una modalidad más del principio de protección⁴². Es un principio presente en diversos tratados internacionales y la doctrina es unánime en su reconocimiento. En la LOPJ española viene recogido en el artículo 23.3⁴³.

De acuerdo con Abraham MARTÍNEZ ALCANIZ,

“su fundamento se encuentra en la necesidad de proteger ciertos intereses estatales en el extranjero, algunos de los cuales no son objeto de protección o tutela en el territorio donde se comete el delito o, el grado de tutela no es suficiente para el Estado lesionado, dada la importancia del bien jurídico protegido que ha sido atacado”.

⁴¹ “Late en el fondo la reflexión correcta de que ningún Estado puede verse impotente, obligado a presenciar pasivamente atentados a su integridad política y militar, mientras que, como es frecuente, el Estado territorial o no puede perseguirlos por falta de punibilidad o, por razones políticas, renuncia a hacerlo” (AMBOS, K., “Los fundamentos del *ius puniendi* nacional...”, *óp. cit.*, p. 284).

⁴² DE LA CUESTA, J. L., *óp. cit.*, p. 746.

⁴³ “3. Conocerá la jurisdicción española de los hechos cometidos por españoles o extranjeros fuera del territorio nacional cuando sean susceptibles de tipificarse, según la ley penal española, como alguno de los siguientes delitos: a) De traición y contra la paz o la independencia del Estado. b) Contra el titular de la Corona, su Consorte, su Sucesor o el Regente. c) Rebelión y sedición. d) Falsificación de la firma o estampilla reales, del sello del Estado, de las firmas de los Ministros y de los sellos públicos u oficiales. e) Falsificación de moneda española y su expedición. f) Cualquier otra falsificación que perjudique directamente al crédito o intereses del Estado, e introducción o expedición de lo falsificado. g) Atentado contra autoridades o funcionarios públicos españoles. h) Los perpetrados en el ejercicio de sus funciones por funcionarios públicos españoles residentes en el extranjero y los delitos contra la Administración Pública española. i) Los relativos al control de cambios”, art. 23.3 de la *Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial*, BOE núm. 157, de 2 de julio de 1985.

Para evitar su confusión con el principio de personalidad pasiva este autor propone incluir en él solamente delitos relacionados con “los intereses estatales y sus necesidades vitales, a fin de preservar su existencia”, y apunta: “la seguridad y la integridad estatal, ya sea territorial o política”⁴⁴.

El último principio que permite la aplicación extraterritorial de la ley penal de un Estado al que vamos a hacer referencia es el principio de jurisdicción universal. A diferencia de los señalados hasta ahora, la nota que lo define es la inexistencia de vínculo alguno entre el Estado que ejerce su *ius puniendi* y el crimen que se ha cometido. Para poder entender su funcionamiento, puede acudirse al análisis que Mahmoud Ch. BASSIOUNI lleva a cabo sobre el término jurisdicción⁴⁵. Señala este autor que la jurisdicción comporta tres facultades: a) la facultad de prescribir o aprobar normas⁴⁶; b) la facultad de dictar sentencia; y c) la facultad de hacer que se cumpla la sentencia. Sin embargo, esas tres facultades no están unidas indisolublemente a la soberanía estatal en su territorio, sino que sólo la primera (la de prescribir) puede ser ejercida exclusivamente por los Estados en su territorio; por el contrario, las otras dos *trascienden* el concepto de soberanía y no necesariamente tienen que ser ejercidas por los Estados soberanos en ese territorio, permitiendo, por tanto, el ejercicio del principio de jurisdicción universal⁴⁷. Esta previsión del principio de jurisdicción universal permite, por

⁴⁴ MARTÍNEZ ALCANIZ, A., *óp. cit.*, p. 101.

⁴⁵ BASSIOUNI, M. CH., “Universal Jurisdiction for International Crimes: Historical Perspectives and Contemporary Practice”, *Virginia Journal of International Law Association*, vol. 42, núm. 1, 2001, pp. 1-62, p. 6.

⁴⁶ Incluso tras la Segunda Guerra Mundial, también los Estados expandieron su facultad de prescribir “siempre que la conducta extraterritorial producía un impacto territorial y también como una forma de proteger a sus ciudadanos en el exterior”; estamos ante la *jurisdicción nacional extraterritorial* que en absoluto debemos confundir con el *principio de jurisdicción universal* (BASSIOUNI, M. CH., “Universal Jurisdiction for International Crimes...”, *óp. cit.*, pp. 8-13).

⁴⁷ Dos son las bases que el autor señala que permiten superar el concepto de soberanía respecto a las facultades de dictar sentencia y hacer que se cumpla o, lo que es lo mismo, dos son las posiciones que permitirían el ejercicio de la jurisdicción universal. La primera de ellas es la *posición universalista* derivada de una cosmovisión idealista y que “reconoce ciertos valores centrales y la existencia de intereses internacionales dominantes que son comúnmente compartidos y aceptados por la comunidad internacional y por lo tanto que trascienden la singularidad de los intereses nacionales”. La segunda base es una *posición pragmática* que se orienta hacia políticas “que reconozcan que en ocasiones ciertos intereses comúnmente compartidos de la comunidad internacional requieren un mecanismo de coacción que trascienda los intereses de la soberanía singular”. Sin bien, como vemos tienen elementos comunes, también difieren en cuanto a: “a. la naturaleza de las fuentes de los valores/intereses que dan origen a una prescripción internacional o supranacional; b. qué constituye la comunidad internacional y su membresía; y c. la naturaleza y la

tanto, romper con la dualidad soberanía-territorio mantenida hasta ahora⁴⁸. Ahora bien, es importante destacar que, aunque no sea una opinión compartida por todos los autores⁴⁹, el principio de jurisdicción universal no es una excepción al principio

extensión de los derechos legales y las obligaciones que atañen a los Estados” (BASSIOUNI, M. CH., “Universal Jurisdiction for International Crimes...”, *óp. cit.*, p. 8). La jurisdicción universal se entiende como uno de los mecanismos de cooperación previstos por el Derecho Internacional Penal recogido, por los Estados en sus legislaciones. También se prevén entre aquellos, otros mecanismos internacionales de naturaleza jurisdiccional penal, permanentes o no, entre los que destaca la Corte Penal Internacional o los tribunales creados *ad hoc* para la ex Yugoslavia o Ruanda. Javier CHINCHÓN ÁLVAREZ señala: “En atención a todo ello, (...) cabría considerar entonces dos alternativas, en cualquier caso nunca excluyentes: bien que esa Comunidad Internacional crease un órgano u órganos encargados de perseguir y sancionar todos estos crímenes, bien que todas y cada una de las entidades soberanas que la conforman fuesen las que lo hicieran. La primera vía sería la que nos llevaría a lo que podríamos denominar como la Jurisdicción Internacional Penal, cuyo exponente más cercano sería (...) la Corte Penal Internacional; la segunda nos dirigiría hacia la Jurisdicción Universal. Ambas figuras (...) compartirían en todo caso un sustento lógico-jurídico común” (“Jurisdicción Universal”, *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, núm. 7, septiembre 2014-febrero 2015, p. 238). En todo caso, lo que está claro es que si los tribunales penales internacionales tienen jurisdicción se debe a una “cesión de parte de la soberanía estatal, al dejar en manos de un tribunal internacional la facultad para enjuiciarlos (crímenes internacionales)”, ya sea a través de tratados internacionales o por disposición de la Comunidad Internacional (MARTÍNEZ ALCANIZ, A., *óp. cit.*, p. 85).

⁴⁸ “Los crímenes contra la Humanidad traspasan las fronteras, superan lo nacional y tienen que ser por tanto perseguidos a su mismo nivel y con una lógica supranacional. Los crímenes contra la Humanidad, se cometan donde se cometan, pueden ser perseguidos por Estados diferentes y juzgados y condenados por esos mismos Estados, aunque ningún ciudadano o nacional de esos Estados fuera víctima de tales delitos. Ello simplemente por el hecho de que cualquier Estado representa a la Humanidad cuando ésta es ofendida, en ausencia de un Tribunal Internacional, y cuando el Estado donde se cometió el delito no fue capaz de juzgarlo” (LÓPEZ GARRIDO, D., “Contra la impunidad”, GARCÍA ARÁN, M. y LÓPEZ GARRIDO, D. (Coord.), *Crímen internacional y jurisdicción universal. El caso Pinochet*, Tirant lo Blanch, Valencia 2000, pp. 31-39, pp. 32-33). Antoni PIGRAU SOLÉ, por su parte, señala: “La necesidad de asegurar la represión de delitos cometidos en espacios no sometidos a jurisdicción estatal o de ganar eficacia en relación con delitos que suelen conllevar elementos de internacionalidad es la justificación del sistema de jurisdicción universal, mediante el que se atribuyen a los tribunales de cualquier Estado, y por tanto también a los del Estado en el que se encuentra el presunto delincuente, el conocimiento de un delito cometido, con independencia del lugar de comisión y de la nacionalidad de su autor. Se trata aquí, más allá de acuerdos entre Estados que permiten activar el mecanismo de extensión extraterritorial de la aplicabilidad de las propias normas, de crear un espacio universal de jurisdicción compartida entre todos los Estados, para la represión de determinados comportamientos criminales” (*La jurisdicción universal y su aplicación en España: la persecución del genocidio, los crímenes de guerra y los crímenes contra la humanidad por los Tribunales nacionales*, Col-lección Recerca per Drets Humans, 3, Generalitat de Catalunya, Oficina de promoción de la paz y los Derechos Humanos, Barcelona, 2009, pp. 22-23). En el mismo sentido, Jacqueline HELLMAN, *Jurisdicción universal sobre crímenes internacionales. Su aplicación en España*, Comares, Granada, 2013, pp. 2-3: “Así pues, (...), supone no sólo el desplazamiento del referido juez natural, sino también la posibilidad de que se aplique una ley ajena al lugar en el que se ha producido el hecho delictivo, así como una ley diferente al de la nacionalidad del presunto acusado o de la víctima. Por ello, cuando tenga lugar una falta de conexión específica entre el Estado y el delito que pretende juzgar, el principio de universalidad podrá ser esgrimido como un fundamento competencial válido en la medida en que otorgará legitimación al aparato judicial de aquél, siempre y cuando persiga la defensa y la promoción de los intereses y valores supremos que pertenecen a la comunidad internacional en su conjunto”.

⁴⁹ El principio de jurisdicción universal supone “una importante excepción al principio básico de territorialidad de la ley penal, con arreglo al cual los Estados son competentes para enjuiciar los hechos cometidos dentro de sus fronteras, lo que no es sino expresión de la indiscutible vinculación

de territorialidad, sino “una extensión del mismo, siendo un principio informador de las obligaciones internacionales asumidas por los Estados, (...) para la persecución de los crímenes internacionales”⁵⁰. Esto implica una erosión o, incluso, en ocasiones, la superación del principio de soberanía estatal por el principio de jurisdicción universal, desplazando el fundamento histórico del *ius puniendi* del Estado del principio de territorialidad al principio de jurisdicción universal cuando de *hostis humanis generis* se trata, pues este principio habilita a cualquier Estado a ejercer su *ius puniendi* cuando se lleva a cabo un crimen internacional⁵¹ sin que exista ningún vínculo de conexión (con el mismo, sus autores o las víctimas)⁵².

Respecto a la superación del principio de soberanía, no todos los Estados comparten esta visión. La República Democrática del Congo, por ejemplo, en su demanda inicial, en el asunto *relativo a la orden de detención de 11 de abril de*

entre ley penal y ejercicio de soberanía, concepto a su vez vinculado al de ámbito territorial del Estado” (GARCÍA ARÁN, M., “El principio de justicia universal en la L.O. del poder judicial español”, GARCÍA ARÁN, M. y LÓPEZ GARRIDO, D. (Coords.), *Crimen internacional y jurisdicción universal. El caso Pinochet*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, pp. 63-87, pp. 63 y ss. También la profesora Esperanza ORIHUELA CALATAYUD: “No se trata, por tanto, de un principio que opere sobre cualquier tipo de infracción, ni que desplace al ejercicio de la jurisdicción con carácter territorial, sino que se presenta como un criterio complementario y subsidiario del principio de la territorialidad” (“Justicia universal y derechos humanos”, SOROETA LICERAS, J., (Ed.), *Cursos de Derechos Humanos de Donostia-San Sebastián*, vol. III, Servicio Editorial de la Universidad del País Vasco, Bilbao, 2002, pp. 111-153, p. 128).

⁵⁰ GIRÓN BÉJAR, D., *óp. cit.*, p. 27.

⁵¹ De forma que, en estos casos, lo que hacen los jueces nacionales competentes es aplicar tipos penales de DI y no tipos penales de su legislación interna. “Lo que evidencia la actualidad de la vieja doctrina del “desdoblamiento funcional” enunciada por el profesor Georges Scelle, según la cual, ante la ausencia de tribunales internacionales competentes, los tribunales internos están llamados a aplicar el DI” (VILLÁN DURÁN, C., *Curso de Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, Editorial Trotta, Madrid 2006, p. 514). En el mismo sentido, Maria Chiara MARULLO: “A través de este principio se concretizaría el desdoblamiento funcional del Derecho Internacional, que delega a los órganos legislativos y judiciales de los Estados la función de ejecutar aquellas normas internacionales que protegen los intereses y valores compartidos por la comunidad internacional en su conjunto. Debido a ello, los Estados han previsto, (...), la extensión de la competencia penal de los tribunales nacionales sobre conductas cometidas en un espacio no sometido a su jurisdicción territorial y sin elementos ulteriores de conexión, es decir una competencia universal a modo de *forum necessitatis*” (“La lucha contra la impunidad: el *Foro Necessitatis*”, *InDret. Revista para el Derecho*, julio 2015, p. 27, disponible en <http://www.indret.com/pdf/1154.pdf>).

⁵² “Por consiguiente, en el principio de jurisdicción universal destacaron dos factores: uno, que se residenció desde sus orígenes –Edad Media– en el derecho consuetudinario, y dos, que el criterio de conexión para su ejercicio por las jurisdicciones domésticas, dejó de ser el lugar de aquellos delitos para atender progresivamente hasta nuestros días a su gravedad. El lugar de ejecución de los delitos, propio o ajeno, fue paulatinamente relegado por la gravedad de los mismos. Lo que justificaba, finalmente, el ejercicio universal para esos delitos ya no fue que el hecho delictivo se ejecutara en jurisdicción de nadie sino su gravedad” (OLLÉ SESÉ, M., *Justicia universal para crímenes internacionales*, La Ley, Madrid, 2008, p. 134).

2000⁵³ ante la CIJ, apuntó que el ejercicio de la jurisdicción universal *in absentia*⁵⁴ por parte de Bélgica vulneraba el DI general al no respetar el principio de soberanía y el principio de no injerencia en los asuntos internos⁵⁵. Sin embargo, tras la retirada por parte de la República Democrática del Congo de este punto en su Memoria⁵⁶, la CIJ no se pronunció al respecto⁵⁷, lo que, a pesar de las críticas⁵⁸,

⁵³ *Asunto relativo a la orden de detención de 11 de abril de 2000* (República Democrática del Congo v. Bélgica), Sentencia de 11 de abril de 2000, *ICJ Reports 2002*.

⁵⁴ Como bien aclara el profesor Jaume FERRER LLORET no se ponía en duda la jurisdicción universal territorial, esto es, cuando el presunto responsable se encontraba en el territorio (“Impunidad *versus* inmunidad de jurisdicción: la sentencia del Tribunal Internacional de Justicia de 14 de febrero de 2002 (República Democrática del Congo contra Bélgica)”, *AEDI*, núm. 18, 2002, pp. 305-346, p. 315).

⁵⁵ *Asunto relativo a la orden de detención de 11 de abril de 2000* (República Democrática del Congo v. Bélgica), Sentencia de 11 de abril de 2000, *ICJ Reports 2002*, p. 21, párr. 43.

⁵⁶ *Asunto relativo a la orden de detención de 11 de abril de 2000* (República Democrática del Congo v. Bélgica), Memoria presentada por el Gobierno de la República Democrática del Congo, párr. 15. Cambio de postura por parte de la República Democrática del Congo que se debe, en opinión de Jaume FERRER, a un cambio de *estrategia procesal*: “la RDC decide centrar sus esfuerzos en demostrar la vulneración de la inmunidad de jurisdicción de su MAE a cargo de Bélgica, seguramente ante las más que fundadas incertidumbres que para sus intereses presenta un pronunciamiento del TIJ sobre la posible ilicitud del ejercicio del principio de jurisdicción universal en este caso”. No olvidemos que, un buen número de Estados, entre los que se encuentra la República Democrática del Congo, prevé en su legislación interna el principio de jurisdicción universal (“Impunidad *versus* inmunidad de jurisdicción: la sentencia del Tribunal Internacional de Justicia..., *óp. cit.*, p. 317).

⁵⁷ La CIJ señala: “While the Court is thus not entitled to decide upon questions not asked of it, the *non ultra petita* rule nonetheless cannot preclude the Court from addressing certain legal points in its reasoning. Thus in the present case the Court may not rule, in the operative part of its Judgment, on the question whether the disputed arrest warrant, issued by the Belgian investigating judge in exercise of his purported universal jurisdiction, complied in the regard with the rules and principles of international law governing the jurisdiction of national courts”, *asunto relativo a la orden de detención de 11 de abril de 2000* (República Democrática del Congo v. Bélgica), Sentencia de 11 de abril de 2000, *ICJ Reports 2002*, párr. 43). Por tanto, la Corte no se pronunció sobre este aspecto al eliminar la República Democrática del Congo la cuestión de su *petitum* final, de forma que la mayoría de la CIJ, ante el argumento mantenido por Bélgica en su demanda relativo a la norma *non ultra petita* (la Corte no debe abordar cuestiones que no han sido planteadas por las partes en las conclusiones finales), decidió no pronunciarse sobre el tema. No opinaban así los jueces HIGGINS, KOOIJMANS, BUERGENTHAL que, en desacuerdo con la mayoría en relación a la norma *non ultra petita*, mantuvieron que la cuestión de la jurisdicción debería haber sido abordada entendiendo que no era posible concebir “la inmunidad de jurisdicción de las cortes municipales” sin determinar, en primer lugar, si estas tienen o no tal jurisdicción (*asunto relativo a la orden de detención de 11 de abril de 2000* (República Democrática del Congo v. Bélgica), Opinión Separada a la Sentencia de 11 de abril de 2000, *ICJ Reports 2002*, párr. 9). La CIJ ha evitado reiteradamente manifestarse sobre el principio de jurisdicción universal. No sólo en este caso sino también en la demanda de Bélgica v. Senegal (Sentencia de 20 de julio de 2012) o, unos meses antes, en el asunto Alemania v. Italia (Sentencia de 3 de febrero de 2012).

⁵⁸ CERVELL HORTALL, M^a. J., *Genocidio, responsabilidad internacional e inmunidad de los Jefes de Estado*, Iustel, Madrid, 2013, pp. 108 y ss; y JORGE URBINA, J., “Crímenes de guerra, justicia universal e inmunidades jurisdiccionales penales de los órganos del Estado”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. VIII, 2008, pp. 255-306, p. 260.

fue entendido como una aceptación implícita del reconocimiento del ejercicio de la jurisdicción universal⁵⁹.

Puede ya adelantarse, con todo, que no es éste un principio pacífico entre la doctrina (*vid. infra* Capítulo III, apdo. II).

2. CONCEPTO DE JURISDICCIÓN UNIVERSAL

Una de las primeras conclusiones a la que llegamos al abordar el estudio del principio de jurisdicción universal es que, al igual que no existe un solo término que lo designe⁶⁰, tampoco existe una definición oficial⁶¹. Una primera reflexión, nos lleva a pensar que es necesario fundamentarlo primero para definirlo después; como un instrumento que aún está en proceso o una realidad que es todavía cuestionada, reflejo quizá de los vaivenes del principio a lo largo de su breve historia. Sin embargo, confiando en su existencia, comenzaremos con una aproximación al concepto de jurisdicción universal.

De forma muy general, podemos definir el principio universal como el instrumento o la herramienta que, en ocasiones como derecho, en ocasiones como

⁵⁹ Tanto por la propia CIJ (véase el citado párr. 43 de la Sentencia) como en opinión de la doctrina: si bien la sentencia “no se pronunció explícitamente sobre esta cuestión, que simplemente dejó apuntada como futurible *obiter dicta* para otra ocasión, la reconoció implícitamente en distintos pasajes de su sentencia referidos a los tribunales nacionales competentes, en particular, cuando estima que, en materia de competencia, diversos convenios internacionales relativos a la prevención y sanción de determinados crímenes graves imponen a los Estados la obligación de perseguir o extraditar así como la de extender su competencia jurisdiccional sobre los mismos” (JIMÉNEZ GARCÍA, F., “Justicia universal e inmunidades estatales: justicia o impunidad: ¿una encrucijada dualista para el derecho internacional?”, *AEDI*, vol. 18, 2002, pp. 63-124, pp. 92-93).

⁶⁰ El principio de jurisdicción universal es conocido también como principio de justicia universal o principio universal, principio de justicia internacional, principio de derecho mundial o cosmopolita, principio de justicia penal universal o universal penal e, incluso, Antonio REMIRO se refiere al mismo como principio de persecución universal (“Los crímenes de Derecho internacional y su persecución judicial”, *Cuadernos de Derecho Judicial*, núm. 7, 2001, pp. 67-150). Ahora bien, como advierte Manuel OLLÉ, al denominarlo principio de justicia internacional puede ser confundido con el todo (*Justicia universal para...*, *óp. cit.*, p. 95). También, Juan TORRES lo ha denominado principio de jurisdicción planetaria (“Los costes de la jurisdicción universal”, *Relatoría del I Congreso Internacional sobre la jurisdicción universal*, Madrid, 2014, p. 27, disponible en <http://www.fibgar.org/congreso-jurisdiccion-universal/relatoria.pdf>)

⁶¹ Así lo señaló, por ejemplo, la juez *ad hoc* Chris VAN DEN WYNGAERT en el asunto *relativo a la orden de detención de 11 de abril de 2000* (República Democrática del Congo v. Bélgica) en su Opinión Disidente en 2002, *ICJ Reports 2002*, pp. 137 y ss. Y también lo ha puesto de manifiesto el informe del Secretario General (en adelante, SG) de las Naciones Unidas, *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*, A/65/181, de 29 de julio de 2010, pp. 5-6.

obligación, es otorgado por el DI a los Estados para que éstos, a través de su estructura judicial interna, e independientemente de que existan o no vínculos con el Estado, ofrezcan una respuesta jurídico penal no sólo a la cuestionada impunidad en la que se encuentran los autores de graves crímenes internacionales que afectan a la Comunidad Internacional en su conjunto, sino también a las víctimas de los mismos; y, todo ello, sin importar ni la nacionalidad del autor, ni de la víctima, ni tampoco el lugar de comisión del delito.

Es muy amplia la doctrina dedicada a aclarar el concepto del principio universal⁶². Entre ella, el magistrado español Juan Manuel DE PRADA:

“La justicia universal no es ni más ni menos que la aplicación por parte de los jueces de cualquier país, en este caso españoles, de lo que es el derecho internacional, como consecuencia de las obligaciones que establece en determinadas materias de hacerlo a todos los Estados y, específicamente, en materia de protección de los derechos humanos frente a los ataques más graves

⁶² Algunos conceptos sobre el principio de jurisdicción universal los encontramos en DE LA PRADELLE, G.: “La compétence pénale d’une juridiction nationale est dite ‘universelle’ quand elle s’étend, en principe, à des faits commis n’importe où dans le monde et par n’importe qui; lorsque, par conséquent, un tribunal qui ne désigne aucun des critères ordinairement retenus –ni nationalité d’une victime ou d’un auteur présumé, ni la localisation d’un élément constitutif d’infraction, ni l’atteinte portée aux intérêts fondamentaux de l’État- peut cependant connaître d’actes accomplis par des étrangers, à l’étranger ou dans un espace échappant à toute souveraineté” (“La compétence universelle”, en HERVÉ A., DECAUX E. and PELLET A., (Dir.), *Droit International Pénal*, Pedone, París, 2000, p. 905); PHILIPPE, X.: “Un principio jurídico que permite o exige a un Estado enjuiciar penalmente ciertos crímenes, independientemente del lugar donde se haya cometido el crimen y de la nacionalidad del autor o de la víctima” (“Los principios de jurisdicción universal y complementariedad: su interconexión”, *International Review of the Red Cross*, núm. 862, junio, 2006, pp. 1-27, p. 3, disponible en https://www.icrc.org/spa/assets/files/other/irrc_862_philippe.pdf); HELLMAN, J.: “El principio de universalidad es, pues, un título jurisdiccional que otorga capacidad a los jueces y a los tribunales de un Estado para que actúen respecto de delitos cometidos en el extranjero por personas extranjeras” y, añade, “no es necesario que el Estado que actúa se encuentre especialmente afectado por el hecho delictivo en cuestión” (*Jurisdicción Universal sobre crímenes internacionales...*, óp. cit., p. 1); PÉREZ CEPEDA, A. y BENITO SÁNCHEZ, D.: “El principio de justicia universal, que cuenta ya con una *praxis* jurisprudencial y tiene una trascendencia en el pensamiento jurídico y político, determina la obligación general para todos los Estados de castigar a los responsables de los crímenes internacionales más graves, independientemente de la nacionalidad de sus autores, del lugar donde hayan sido cometidos y no siendo necesaria la existencia de vínculo efectivo con el Estado que intenta reprimir el delito” (“El principio de justicia universal”, PÉREZ CEPEDA, A. (Dir.) y BENITO SÁNCHEZ, D. (Ed), *El Principio de Justicia Universal. Una propuesta de lege ferenda*, Ratio Legis, Salamanca, 2013, p. 9). Por su parte, Amnistía Internacional considera el principio de jurisdicción universal como “la *capacidad* de los tribunales de cualquier Estado para iniciar enjuiciamientos por delitos cometidos fuera de su territorio y no relacionados con ese Estado por la nacionalidad del acusado o de las víctimas, ni por daños causados a sus intereses nacionales, requiriendo, en ocasiones, la presencia de vínculos de conexión entre el hecho delictivo y el Estado que la ejerce” (*Análisis de Amnistía Internacional sobre la reforma de la jurisdicción universal en España tras la aprobación de la LO 1/2014*, Amnistía Internacional, Madrid, 2014, p. 1).

que se hayan podido cometer, no importa donde se hayan cometido éstas y si ninguna jurisdicción penal preferente ha actuado previamente”⁶³.

También el profesor Antoni PIGRAU SOLÉ define el principio de jurisdicción universal como:

“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”⁶⁴.

Por su parte, la profesora Esperanza ORIHUELA señala:

“Aplicado al orden penal, el principio de jurisdicción universal habilita a los tribunales nacionales a conocer crímenes con los que no tienen un vínculo de conexión significativo, ya que no se ha cometido en su territorio, ni por o contra un nacional suyo, ni se ha efectuado en contra de los intereses esenciales del Estado, y en los que la actuación de los tribunales naciones sólo queda justificada en la defensa de intereses de la comunidad internacional en su conjunto”⁶⁵.

Y, por último, el abogado y profesor Manuel OLLÉ:

“Definimos el principio de justicia universal como el derivado del DI, que posibilita a los tribunales internos ejercer, en representación de la comunidad internacional, la jurisdicción penal para el enjuiciamiento de determinados crímenes

⁶³ DE PRADA SOLAESA, J. R., “Marco constitucional e internacional de la Justicia Universal”, *La justicia universal en el Derecho internacional: Mesa redonda de expertos*, Asociación Pro Derechos Humanos de España, 2011, pp. 23-28, p. 24.

⁶⁴ PIGRAU SOLÉ, A., *La jurisdicción universal y su aplicación en España... óp. cit.*, p. 24. Este mismo autor, unos años antes, definía el principio de jurisdicción universal como: “Un principio que atribuye a los tribunales del Estado en el que se encuentra el presunto delincuente, el conocimiento de un delito cometido, con independencia del lugar de comisión y de la nacionalidad de su autor”. Como veremos (*vid. infra* Capítulo III, apdo. I, 1, 1.5, 1.5.1), la presencia o no del presunto delincuente, en el Estado que ejerce la jurisdicción universal será un elemento de controversia en la materia (PIGRAU SOLÉ, A., “Elementos de Derecho Internacional...”, *óp. cit.*, p. 146).

⁶⁵ ORIHUELA CALATAYUD, E., “La regulación de la jurisdicción universal en España. Reflexiones a la luz de las últimas reformas (2014 y 2015)”, en ORIHUELA CALATAYUD, E. (Coord.), *Crímenes internacionales y justicia penal. Principales desafíos*, Aranzadi, Navarra, 2016, pp. 283-317, p. 285.

internacionales cometidos en cualquier lugar, con independencia de la nacionalidad de víctimas y victimarios, mediante la aplicación del DP y/o DPI”⁶⁶.

También destacados institutos de DI han hecho importantes aportaciones a la clarificación del concepto de jurisdicción universal. El Institut de Droit International (en adelante, IDI) lo incluyó en el artículo 10 de las *Reglas relativas a los conflictos de las leyes penales en materia de competencia*⁶⁷ (Múnich, 1883), modificándolo más tarde en la Resolución que, bajo el título *Los conflictos de leyes penales en materia de competencia*, se adoptó en la sesión de Cambridge de 1931⁶⁸. En 1935, el Harvard Research in International Law, en su *Proyecto de Convención relativa a la jurisdicción respecto al crimen*⁶⁹, recogía el principio en sus artículos 9 y 10 en relación con los crímenes de piratería, falsificaciones y contra la seguridad del Estado. Y más tarde, en el año 2000, el Committee on International Human Rights Law and Practice de la International Law Association (en adelante, ILA) celebró su conferencia anual en Londres señalando en su *Informe final sobre el ejercicio de la jurisdicción universal en relación con las infracciones graves de derechos humanos* que:

⁶⁶ OLLÉ SESÉ, M., *Justicia universal para...*, *óp. cit.*, p. 145. Además, señala diferencias para el caso de que la jurisdicción universal se ejerza respecto a crímenes internacionales de segundo grado, en cuyo caso estará ésta sometida a requisitos; mientras que si es ejercida respecto a los crímenes de primer grado, señala “no está sujeta a ningún nexo de conexión con el Estado que la ejerce. Requiere la ausencia de cosa juzgada y su ejercicio es relativamente concurrente respecto de otras jurisdicciones domésticas o internacionales”. Interesante reflexión que abordaremos al tratar los nexos de conexión introducidos por las últimas reformas legislativas de la jurisdicción universal en España (*vid. infra* Capítulo III, apdo. I, 1, 1.1).

⁶⁷ *Règles relatives aux conflits des lois pénales en matière de compétence*, artículo 10: “Chaque Etat chrétien (ou reconnaissant les principes du droit des pays chrétiens), ayant sous sa main le coupable, pourra juger et punir ce dernier, lorsque, nonobstant des preuves certaines de prime abord d’un crime grave et de la culpabilité, le lieu de l’activité ne peut pas être constaté ou que l’extradition du coupable, même à sa justice nationale, n’est pas admise ou est réputée dangereuse. Dans ces cas, le tribunal jugera d’après la loi la plus favorable à l’accusé, eu égard à la probabilité du lieu du crime, à la nationalité du coupable et à la loi pénale du tribunal même”, disponible en http://www.idi-iil.org/app/uploads/2017/06/1883_mun_04_fr.pdf.

⁶⁸ *Les conflits des lois pénales en matière de compétence*, artículo 5: “Tout Etat a le droit de punir des actes commis à l’étranger par un étranger découvert sur son territoire lorsque ces actes constituent une infraction contre des intérêts généraux protégés par le droit international (tels que la piraterie, la traite des noirs, la traite des blanches la propagation de maladies contagieuses, l’atteinte à des moyens de communication internationaux, canaux, câbles sous-marins, la falsification des monnaies, instruments de crédit, etc), à condition que l’extradition de l’inculpé ne soit pas demandée ou que l’offre en soit refusée par l’Etat sur le territoire duquel le délit a été commis ou dont l’inculpé est ressortissant”, disponible en http://www.idi-iil.org/app/uploads/2017/06/1931_camb_04_fr.pdf.

⁶⁹ “Draft Convention on Jurisdiction with respect to Crime”, *AJIL*, 1935, pp. 439-443.

“By qualifying certain crime as being subject to universal jurisdiction the international community signals that they are so appalling that they represent a threat to the international legal order. Justice requires that there should be no safe haven for the perpetrators of such crimes. Domestic courts and prosecutors bringing the perpetrators to justice are not acting on behalf of their own domestic legal System but on behalf of the international legal order”⁷⁰.

En el año 2001 se publicaron los *Principios de Princeton sobre la Jurisdicción Universal*⁷¹. En su Prólogo, Stephen MACEDO ya señala que no tenían como objetivo acabar con las controversias que existían alrededor de la jurisdicción universal pero sí dilucidar su concepto, así como la manera en que su ejercicio sensato y acertado por los tribunales estatales pudiera llevar a una mayor justicia para aquellas personas víctimas de los graves delitos de DI. Así, el apartado primero del principio 1 dedicado a los Fundamentos de la jurisdicción universal señala:

“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”.

Los Principios de Princeton optaron por una jurisdicción universal pura, esto es, una jurisdicción basada exclusivamente en la naturaleza del delito (*vid. infra* Capítulo I, apdo. IV).

⁷⁰ Committee on International Human Rights Law and Practice, *Final Report on the Exercise of Universal Jurisdiction in Respect of Gross Human Rights Offences*, ILA, London Conference, 2000, p. 3.

⁷¹ Aunque hablaremos de ellos más adelante en este mismo apartado, podemos adelantar que los 14 Principios de Princeton se redactan con la idea de abordar, no sólo los problemas prácticos, sino también los teóricos de la jurisdicción universal. Así, un primer borrador elaborado por el profesor BASSIOUNI sería discutido a principios de noviembre del año 2000. Al mismo se le incluirían aquellos aspectos que un grupo internacional de juristas presentaron durante los días 25 a 27 de enero de 2001, obteniendo como resultado los *Principios de Princeton sobre la Jurisdicción Universal*. *The Princeton Principles on Universal Jurisdiction*, Princeton University, Princeton, New Jersey, 2001, pp. 11-12, disponible en https://law.depaul.edu/about/centers-and-institutes/international-human-rights-law-institute/projects/Documents/princeton_principles.pdf. El texto en español está publicado en la página del Equipo Nizkor, disponible en <http://www.derechos.org/nizkor/espana/doc/princeton.html>. Sobre los Principios de Princeton puede consultarse: PASCULLI, M^a. A., *Studio sulla giurisdizione penale universale*, CEDAM, 2^a ed., Turín, 2013, pp. 246-247.

En 2002 veían la luz otros dos textos. En primer lugar, los *Principios de Bruselas contra la impunidad y por la justicia internacional*⁷², adoptados por el Grupo de Bruselas por la Justicia Internacional, que ofrecían una nueva definición de la jurisdicción universal centrada exclusivamente en la falta de conexión con el Estado que la ejerce. Así, el principio 13 (Definición y base jurídica de la competencia universal), en su apartado 1º señala:

“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”.

Llama la atención el hecho de que, a diferencia de los Principios de Princeton, ninguna referencia se hace aquí en su definición a la especial gravedad del crimen que persiguen, fundamento de la jurisdicción universal, sino que la especial gravedad es mencionada en el principio 14 relativo al Alcance de las obligaciones de los Estados.

En segundo lugar, vieron también la luz los diecinueve *Principios relativos a la Jurisdicción Universal en materia de delitos graves relacionados con los Derechos humanos: una perspectiva africana*⁷³, también conocidos como “la voz de África sobre la Justicia Universal”. En su principio número 3 señala:

“States shall adopt measures, including legislative and administrative, that will ensure that their national courts can exercise universal jurisdiction over gross human rights offences, including, but not limited to, those contained in the Rome Statute of the International Criminal Court”.

⁷² Se trata de 25 principios que, divididos en cinco partes, se adoptaron durante el desarrollo del coloquio “Luchar contra la impunidad: desafíos y perspectivas” que tuvo lugar en Bruselas los días 11 a 13 de marzo de 2002, bajo el auspicio del Ministerio de Asuntos Exteriores belga y la Coalición por la Corte Penal Internacional, del que surgió el Grupo de Bruselas por la Justicia Internacional, disponible en http://www.iccnw.org/documents/BrusselsPrinciples6Nov02_sp.pdf. Sobre los Principios de Bruselas puede consultarse: PASCULLI, M^a. A., *óp. cit.*, pp. 247-248.

⁷³ La African Legal Aid (en adelante, AFLA) reunió en El Cairo, los días 30 y 31 de julio de 2001, y en Arusha, los días 18 a 21 de octubre del 2002, a un gran número de expertos de toda África, así como de otros lugares del extranjero, para discutir e idear los principios sobre jurisdicción universal desde una perspectiva africana, disponible en http://www.africalllegalaid.com/download/policy_document/Policy_Document.pdf. Sobre los Principios de Arusha puede consultarse: PASCULLI, M^a. A., *óp. cit.*, p. 249.

África es uno de los continentes que ha puesto de manifiesto el regionalismo de la justicia universal y es que los Principios de El Cairo-Arusha marcaron desde el principio una diferencia con el modelo de justicia universal entendido en Occidente, dotando a la misma de una impronta propia y considerando que la universalidad de su nombre no está reñida con la regionalidad de ciertos territorios y que, por tanto, aquella universalidad no conlleva en ningún caso uniformidad. Además, en su Preámbulo se señala que están motivados por la preocupación de que ciertos crímenes, como el *apartheid*, con una resonancia particular en África, no han atraído hasta ahora el enjuiciamiento bajo el principio de jurisdicción universal.

Lo cierto es que, siguiendo a Margarita ROBLES, estos principios africanos enuncian una jurisdicción universal particular por diversos motivos. El primero de ellos es que prevé el ejercicio de la jurisdicción universal también en tiempos de paz (principio 1); en segundo lugar, entiende que debe ser aplicado, no sólo a las personas físicas, sino también a las personas jurídicas (principio 2); en tercer lugar, junto a los crímenes previstos bajo el DI, incluye crímenes cuyas consecuencias pueden ser económicas, sociales o culturales, tales como actos de pillaje y malversación de recursos públicos, tráfico de seres humanos y graves crímenes contra el medio ambiente (principio 4); en cuarto lugar, prohíbe cualquier discriminación en general y cualquier persecución por motivos políticos en particular (principio 8); en quinto lugar, los Estados, ante el ejercicio de formas alternativas de justicia, mantienen su responsabilidad y obligación de ejercer la jurisdicción universal (principio 14); y, por último, señala que el objetivo de la jurisdicción universal es, no sólo la necesidad de disuadir la comisión de ciertos crímenes, sino también la necesidad de reconciliar, rehabilitar y reconstruir la sociedad donde el crimen fue cometido⁷⁴.

En la evolución del principio de jurisdicción universal no puede obviarse el giro que supusieron los ataques del 11 de septiembre de 2001 contra Estados Unidos, que marcaron el declive del Derecho Internacional Penal o lo que se ha venido llamando “el después de la luna de miel del Derecho internacional”⁷⁵. Y no

⁷⁴ ROBLES CARRILLO, M., “El principio de jurisdicción universal: estado actual y perspectivas de evolución”, *REDI*, julio-diciembre 2014, pp. 81-111, pp. 104-105.

⁷⁵ LUBAN, D., “After the Honeymoon: Reflections on the Current State of International Criminal Justice”, *JICJ*, vol. 11, núm. 3, 2013, pp. 505-515.

sólo en el DI, pues como tendremos ocasión de comprobar, también las legislaciones estatales comenzarán a establecer límites al ejercicio de la jurisdicción universal, como hiciera Bélgica en 2003. De ahí que fuera necesario un nuevo empuje doctrinal a la jurisdicción universal que reestructurara los nuevos acontecimientos. Esta nueva fuerza llega con diversas resoluciones de diferentes instituciones, entre ellas la Resolución del IDI de 2005 que lleva por título *Jurisdicción penal universal en relación con el crimen de genocidio, los crímenes contra la humanidad y los crímenes de guerra*⁷⁶ y que señala:

“La compétence universelle en matière criminelle, en tant que titre additionnel de compétence, comprend la compétence d’un Etat de poursuivre tout suspect et de le punir s’il est reconnu coupable, indépendamment du lieu de la commission des crimes et sans avoir égard à un lien de nationalité active ou passive, ou à d’autres fondements de compétence reconnus par le droit international”.

También a nivel regional, en el año 2009 durante la 12ª reunión de la “Troika Ministerial Unión Europea–Unión Africana”, ambas organizaciones internacionales pusieron sobre la mesa la importancia del principio de jurisdicción penal universal con la presentación de un informe⁷⁷, elaborado por seis expertos independientes, entre los que encontramos a Antonio CASSESE y Mohammed BEDJAOUI sobre el concepto, la naturaleza, la aplicación y las posibles aplicaciones del mismo, teniendo en cuenta que su aplicación en la práctica era muy distinta

⁷⁶ La resolución, titulada *La compétence universelle en matière pénale à l’égard du crime de génocide, des crimes contre l’humanité et des crimes de guerre*, fue adoptada en su sesión de Cracovia el 26 de agosto de 2005, disponible en: http://www.justitiaetpace.org/idiF/resolutionsF/2005_kra_03_fr.pdf.

⁷⁷ *The AU-EU Expert Report on the Principle of Universal Jurisdiction*, de 16 de abril de 2009, disponible en <http://register.consilium.europa.eu/doc/srv?l=EN&f=ST%208672%202009%20REV%201>. Dicho informe fue el resultado de las reuniones mantenidas en septiembre y noviembre de 2008 en Bruselas y Addis Ababa, respectivamente. Su origen se debe a una decisión de la Asamblea de la Unión Africana (en adelante, UA) sobre un informe elaborado por la Comisión, el 1 de julio de 2008, acerca del abuso de la jurisdicción universal por los Estados europeos cuando se trataba de Estados africanos disponible en https://www.au.int/web/sites/default/files/decisions/9558-assembly_en_30_june_1_july_2008_auc_eleventh_ordinary_session_decisions_declarations_tribute_resolution.pdf. A través de una nota de prensa del Consejo de la Unión Europea, ambas organizaciones se comprometieron a difundir el informe y darlo a conocer entre sus Estados (disponible en http://ec.europa.eu/development/icenter/repository/troika_ua_ue_council_press_en.pdf). Sobre el informe “Troika Ministerial Unión Europea–Unión Africana” puede consultarse: PASCULLI, Mª. A., *óp. cit.*, pp. 251-254.

cuando de Estados africanos se trataba. En su primer epígrafe, se definió la jurisdicción universal:

“Universal criminal jurisdiction is the assertion by one state of its jurisdiction over crimes allegedly committed in the territory of another state by nationals of another state against nationals of another state where the crime alleged poses no direct threat to the vital interests of the state asserting jurisdiction”.

Los *Principios de Jurisdicción Universal*⁷⁸ de la Fundación Internacional Baltasar Garzón (en adelante, FIBGAR) han sido la última publicación en la materia. Una primera fase de los mismos vieron la luz en 2014, durante el Congreso celebrado en Madrid⁷⁹, siendo actualizados en una segunda fase en Argentina en 2015. El principio 1 - Concepto, señala:

“La Jurisdicción Universal determina la facultad o la obligación de investigar y, en su caso, enjuiciar por los tribunales internos los crímenes que se identifican en los principios 2, 3 y 4, con independencia del lugar donde se hayan cometido, de la nacionalidad del posible responsable, de las víctimas o de la existencia de cualquier otro vínculo de conexión con el Estado que ejerza jurisdicción, mediante la aplicación del Derecho Penal Interno y/o Internacional”.

Respecto a los crímenes a los que hace referencia en los principios 2, 3 y 4, baste aquí con avanzar de forma general, pues se tratará en el siguiente capítulo (*vid. infra* Capítulo II, apdo. I), que se trata de los crímenes graves de DI, los económicos

⁷⁸ Los diecinueve principios fueron consensuados por más de 40 expertos de 12 nacionalidades distintas. *Principios de Madrid – Buenos Aires de Jurisdicción Universal*, FIBGAR, 2015, disponible en: <https://principiosju.files.wordpress.com/2015/09/versic3b3n-final-ppios-ju-madrid-buenos-aires.pdf>.

⁷⁹ Se trata de un documento no oficial pero de gran interés jurídico, redactado por expertos internacionales en materia de jurisdicción universal. Estos no son un punto final, al contrario, señalan: “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”. La intención de la *Declaración de Madrid 2014* es actualizar aquellos Principios de Princeton y “desarrollar en un futuro nuevas normas de *soft law* en materia de ejercicio de la jurisdicción universal por los tribunales nacionales en el respeto de las normas internacionales sobre la prevención, persecución y reparación de las graves violaciones de los Derechos Humanos” (MARULLO, M^a. CH., “La lucha contra la impunidad...”, *óp. cit.*, p. 30).

y medioambientales, así como aquellos contenidos en los tratados internacionales ratificados por los Estados.

Debe, en suma, destacarse la importancia del papel clarificador que la doctrina, como fuente auxiliar, ha tenido en cuanto a la clarificación, evolución y establecimiento del principio de jurisdicción universal, resaltando los esfuerzos por hacer que este principio llegue al máximo público posible.

A la luz de los diferentes conceptos del principio de jurisdicción universal a los que este apartado ha hecho referencia, pueden extraerse una serie de elementos consustanciales a él:

- Es un principio del DI de cooperación judicial-penal internacional recogido en tratados internacionales.
- Se trata de un título de jurisdicción contemplado en la legislación interna de un Estado que le permite la aplicación extraterritorial de su *ius puniendi*.
- Resulta aplicable sólo frente a los crímenes más graves del DI, no a delitos internos, que dañan bienes jurídico-internacionales.
- Es efectivo no sólo en lugares no sometidos a soberanía, sino también en cualquier Estado, sin que pueda suponer un ataque al principio de no intervención pues estamos ante conductas que afectan a la humanidad en su conjunto, no siendo exigible, por tanto, una conexión con el Estado que lo ejerce.
- Es indiferente la presencia del responsable en el territorio del Estado que ejercita la jurisdicción universal, para no confundir este principio con el principio de justicia supletoria en el caso de que se trate de delitos ordinarios. Sin embargo, en el caso de que se persigan crímenes internacionales, se puede exigir la presencia del responsable en el Estado que ejerce la jurisdicción universal en un tratado internacional entendiendo este requisito como un requisito procesal, pero no jurisdiccional.
- Los Estados que lo ejercen, lo hacen en representación de la Comunidad Internacional, anteponiendo la protección de los intereses y valores de ésta sobre los suyos propios individuales.

3. MODALIDADES DE EJERCICIO DEL PRINCIPIO DE JURISDICCIÓN UNIVERSAL

Los redactores del *Proyecto de Princeton* ya discutieron acerca de si los Estados, basándose en la gravedad del delito, podían ejercer el principio de jurisdicción universal fundamentándose exclusivamente en la gravedad del presunto crimen o si, por el contrario, sólo cuando existiera algún tipo de nexo con las víctimas o los perpetradores de delitos graves de DI⁸⁰. Tales recelos han llevado a los Estados al establecimiento de diversas formas de ejercer la jurisdicción universal. No se trata, por tanto, de distintas clases de ese principio de jurisdicción universal, sino de diferentes maneras de ejercerlo, en atención a la modalidad que cada Estado haya recogido en su legislación interna⁸¹, lo que ha originado clasificaciones diversas⁸². Sin embargo, y con la idea de simplificar nuestra exposición, nos centraremos en las dos más habituales.

La primera de ellas es la *jurisdicción universal pura*, también conocida como absoluta, ilimitada, incondicional o *in absentia*⁸³. Se considera así aquella que no

⁸⁰ Todo ello debido a la “profunda preocupación de que algunos Estados puedan abusar de la jurisdicción universal para incoar juicios con motivaciones políticas. Gobiernos mercenarios y fiscales temerarios podrían librar autos de acusación contra Jefes de Estado u otros altos funcionarios públicos en países con los cuales tienen desacuerdos políticos. Los Estados poderosos podrían tratar de exonerar a sus propios dirigentes de imputabilidad y, al propio tiempo, enjuiciar a otros, haciendo caso omiso de la tesis básica de que los iguales deben ser tratados en pie de igualdad. Los integrantes de las fuerzas de mantenimiento de la paz podrían verse acosados por acciones injustificadas, y ello podría constituir un disuasivo de las operaciones de mantenimiento de la paz”, *Princeton Project on Universal Jurisdiction*, *óp. cit.*, p. 43.

⁸¹ Se confunde el concepto con el ejercicio. “No cabría hablar de categorías de 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 (...) sino simplemente una manera de ejercerla (...)” (COMELLAS AGUIRREZÁBAL, M^a. T., “La jurisdicción universal en España tras la reforma de 2009: ¿racionalización del principio o un paso atrás en la lucha contra la impunidad”, *AEDI*, vol. 26, 2010, pp. 61-110, p. 69).

⁸² Así, por ejemplo, en *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*, basándose en los informes presentados por diversos Estados, se distingue entre jurisdicción universal legislativa y contenciosa, refiriéndose la primera a aquella que se lleva a cabo a través de una ley interna, y la segunda, la que consiste en investigar y enjuiciar a las personas acusadas. Sin embargo, “la primera era la que prevalecía y se consideraba más aceptable en la práctica de los Estados y constituía generalmente una condición *sine qua non* de la investigación y el juicio posteriores. Por otra parte, un tribunal podía también, en principio, basar su jurisdicción directamente en el derecho internacional y ejercer la jurisdicción universal contenciosa sin remitirse para nada a la legislación nacional” (A/65/181, de 29 de julio de 2010, pp. 6-7, disponible en <http://undocs.org/es/A/65/181>).

⁸³ En España, la *Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial*, BOE, núm. 157, de 2 de julio de 1985 recogía la jurisdicción universal pura en el artículo 23.4 y así lo señaló el Tribunal Constitucional (en adelante, TC) en el asunto *Guatemala*: “El artículo 23.4 LOPJ otorga, en principio, un alcance muy amplio al principio de justicia universal puesto que la única limitación expresa que

prevé requisito alguno para su ejercicio, esto es, que no contempla ningún vínculo de conexión con el Estado que decide ejercer su *ius puniendi*⁸⁴. Ahora bien, Abraham MARTÍNEZ ALCANIZ⁸⁵ diferencia dos subcategorías dentro de esta jurisdicción absoluta: una *subsidiaria*, consistente en el ejercicio del principio universal cuando ningún Estado con mejor vínculo o jurisdicción *preferente*, y para evitar situaciones claras de impunidad, la ejerza; otra *concurrente y primaria*, derivada de las obligaciones emanadas de los Convenios de Ginebra de 1949.

Sobre este tipo de jurisdicción pura se pronunciaba el juez Gilbert GUILLAUME en el asunto sobre la *orden de detención de 11 de abril de 2000* (sentencia de 14 de febrero de 2002) ante la Corte Internacional de Justicia. En su Opinión separada señala que la jurisdicción universal absoluta no es aceptada por el DI y mucho menos *in absentia*. Respecto a la primera afirmación, es decir, el hecho de que la jurisdicción absoluta no es aceptada por el DI, baste leer los artículos 49, 50, 129 y 146, respectivamente, de los cuatro *Convenios de Ginebra* que coinciden en su contenido (véase, por todos: “Cada una de las Partes Contratantes tendrá la obligación de buscar a las personas acusadas de haber cometido, u ordenado cometer, una cualquiera de las infracciones graves, y deberá hacerlas comparecer ante los propios tribunales, sea cual fuere su nacionalidad. Podrá también, si lo prefiere, y según las disposiciones previstas en la propia legislación, entregarlas para que sean juzgadas por otra Parte Contratante interesada, si ésta ha formulado contra ellas cargos suficientes”). Respecto de esta jurisdicción *in absentia*, baste de momento decir que no debemos confundir la

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 absoluto, es decir, sin sometimiento a criterios restrictivos de corrección o procedibilidad, 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”, Sentencia de la Sala Segunda del TC, núm. 237/2005, de 26 de septiembre, Fundamento de Derecho 5º.

⁸⁴ Señala Manuel OLLÉ SESÉ que se trata de un principio en su modalidad pura porque no exige ningún nexo o punto de conexión con el Estado que ejerce la jurisdicción universal “al reconocer los Estados, por ser el sentir de la comunidad internacional, que es la naturaleza del delito la que determina el carácter de la jurisdicción, con independencia de cualquier otra conexión” (*Justicia universal para...*, *óp. cit.*, p. 373). Véase también en *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*, A/65/181, de 29 de julio de 2010, p. 6, que al hablar del ejercicio de la jurisdicción universal contempla la modalidad absoluta, ilimitada o incondicional remitiendo únicamente al ejercicio de la jurisdicción universal bien en rebeldía bien *in absentia*, sin hacer referencia a ningún tipo de nexo de conexión con el Estado que la ejerce, disponible en <http://undocs.org/es/A/65/181>.

⁸⁵ MARTÍNEZ ALCANIZ, A., *óp. cit.*, p. 180.

existencia de la jurisdicción universal con aquellos requisitos o nexos que el Estado haya establecido para ejercerla⁸⁶ (*vid. infra* Capítulo III, apdo. 1, 1.5, 1.5.1).

La segunda modalidad de ejercicio de la jurisdicción universal es la conocida como *relativa, restrictiva, limitada o condicionada*. En este caso, la ley interna del Estado que ejercita su *ius puniendi* fuera de su territorio debe cumplir con, al menos, una o varias condiciones que la misma ha establecido en su ordenamiento interno.

En definitiva, la práctica de los Estados adquiere un papel central en el ejercicio de la jurisdicción universal y son ellos quienes determinan su contenido. Mientras que algunos codifican el principio de DI general de jurisdicción universal, esto es, el ejercicio puro y absoluto del principio cosmopolita, otros condicionan su ejercicio al cumplimiento de determinados requisitos y es cuando puede hablarse del principio de jurisdicción universal condicionada o relativa. En ambos casos, la práctica estatal de aplicación extraterritorial de la ley penal se fundamenta única y exclusivamente en la naturaleza del delito. Así lo ha señalado también el TC español:

“el fundamento último de esta norma atributiva de competencia radica en la universalización de la competencia jurisdiccional de los Estados y sus órganos para el conocimiento de ciertos hechos sobre cuya persecución y enjuiciamiento tienen interés todos los Estados”⁸⁷.

II. ORIGEN Y EVOLUCIÓN HISTÓRICA DEL PRINCIPIO DE JURISDICCIÓN UNIVERSAL: UNA CRIATURA INSTITUCIONAL

Los primeros apuntes acerca de la jurisdicción universal los encontramos en Francisco de VITORIA que, ya en el siglo XVI, puso de manifiesto el hecho de que “ninguna nación puede creerse menos obligada al Derecho de Gentes, porque está

⁸⁶ El hecho de que puedan ser enjuiciados determinados delitos *in absentia* es una excepción a la regla general: “la apreciación de nexos de unión que legitimen la actuación de un Estado sobre un hecho delictivo grave”. En el mismo sentido, Jacqueline HELLMAN, *Jurisdicción universal sobre...*, *óp. cit.*, p. 43.

⁸⁷ Sentencia de la Sala Segunda del TC, núm. 87/2000, de 27 de marzo, Fundamento de Derecho 4º.

dado con la autoridad de todo el orbe”⁸⁸, en Diego de COVARRUBIAS⁸⁹ y en Francisco SUÁREZ.

Un siglo más tarde, en 1625, el jurista holandés Hugo GROCIO, en su obra *De Jure Belli Ac Pacis*, señalaba el Derecho de los propios Estados como el origen de la justicia universal y ponía de manifiesto que:

“los reyes, y aquellos que tienen poder igual al de los reyes, tienen el derecho de infligir penas no sólo por las injusticias cometidas contra ellos y sus súbditos, sino aun por aquellas que no los afectan particularmente y que violan hasta el exceso el Derecho de la naturaleza o de Gentes, respecto de cualquiera que sea el autor de esos excesos. Porque la libertad de proveer por medio de castigos a los intereses de la sociedad humana, que en el comienzo pertenecía a los particulares, ha quedado, después del establecimiento de los Estados y de las jurisdicciones, a las potencias soberanas”.

Lo que el jurista neerlandés calificó en su día de injusticias “que violan hasta el exceso el Derecho de Gentes”, podrían tener en los crímenes graves de DI el equivalente actual. Para algunos autores, con Hugo GROCIO tenemos “la primera manifestación doctrinal del principio universal”⁹⁰, y es que este jurista fundamentaba el principio de justicia universal no sólo en relación a las víctimas, los reyes y sus súbditos; sino que además señalaba debían castigarse estos delitos “por violar la ley de la naturaleza o la ley de las naciones”, esto es, por el daño al bien jurídico protegido, la humanidad en su conjunto⁹¹. En su obra establece, además, que el mar es *res communis*, con lo que no puede ser apropiado por ningún Estado; y es aquí donde establece el verdadero origen jurídico (y no filosófico, que

⁸⁸ DE VITORIA, F., *Relaciones Teológicas*, Tomo II, Madrid, 1934, p. 207. Citado por MANGAS MARTÍN, A., *Humanización, Democracia y Estado de Derecho en el ordenamiento internacional*, Discurso de Recepción de la Académica de Número Excma. Sra. Dña. Araceli Mangas Martín, 8 de abril de 2014, Real Academia de Ciencias Morales y Políticas, Madrid, 2014, p. 161, disponible en <http://www.racmyp.es/R/racmyp/docs/discursos/D88.pdf>.

⁸⁹ Diego de COVARRUBIAS defendía la jurisdicción universal para los delitos graves. Así, citado por Antonio QUINTANO RIPOLLÉS, señalaba: “son tan graves, que su impunidad, a causa del grave escándalo, sirva de insigne ejemplo y de prevención a futuros delitos a cualquier República y, por último, que serviría de detrimento a todas las naciones”, *Tratado de Derecho Penal Internacional e Internacional Penal*, Tomo I, Ed. Francisco de Vitoria, Madrid, 1955, p. 97.

⁹⁰ GROTIUS, H., *De Juri Belli Ac Pacis*, Libro III, citado en OLLÉ SESÉ, M., *Justicia universal para...*, *óp. cit.*, p. 97.

⁹¹ En ese mismo sentido se pronunciaba antes Francisco SUÁREZ, al señalar una violación al Derecho de la humanidad. Véase MERON, TH., "Common Rights of Mankind in Gentili, Grotius and Suarez", *AJIL*, vol. 85, 1991, pp. 110-116, p. 114.

era el enunciado hasta ahora) de la jurisdicción universal pues, al ser la piratería un delito grave cometido por *hostis humani generis*⁹², presenta interés para todos los Estados y son todos ellos los que pueden ejercer su jurisdicción.

La piratería ha sido el crimen que *históricamente* ha dado origen al ejercicio de la jurisdicción universal⁹³, al fundamentar “los criterios y las bases modernas del ejercicio de la jurisdicción universal, amparado en sus orígenes en normas consuetudinarias de DI”⁹⁴. Y posiblemente así fue porque se llevaba a cabo en un espacio que no era de nadie –alta mar- y en el que los Estados no encontraban importantes obstáculos, como es el principio de soberanía, para poder ejercerla⁹⁵.

⁹² El término *hostis humanis generis* fue utilizado por primera vez en el siglo XVIII en la parte II del tomo IV de la obra de Jean DUMONT, *Corps universal diplomatique du droit des gens*, publicado por BRUNES, P. y WTSTEIN, G., en La Haya, en 1976, p. 1726. Sin embargo, la referencia más conocida es la que se hace en el voto disidente del juez John Bassett MOORE en el asunto *Lotus* de la CPJI de 1927: “A la vista de que es en alta mar (donde se comete el delito y) sobre este espacio ninguna Nación posee el derecho, ni el deber de vigilancia, se niega (a los piratas) la protección del pabellón (...) y se le trata como a un bandido, como a un enemigo de toda la humanidad -*hostis humanis generis*- a quien cualquier Nación en el interés de todos, puede capturar y castigar”, Sentencia de 9 de septiembre de 1927, CPIJ, serie A, núm. 10, 1927.

⁹³ En este sentido, Ángel SÁNCHEZ LEGIDO argumenta que al afectar a los “intereses básicos de todos los Estados, y muy especialmente de los más poderosos, no es extraño que los piratas fueran históricamente considerados como enemigos del género humano (*hostis humanis generis*) y la piratería como arquetipo de crimen contra el Derecho de Gentes (*delictum iuris gentium*)” en “La jurisdicción universal: concepto y antecedentes” (*Jurisdicción universal penal y Derecho internacional*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, p. 42). También BASSIOUNI, M. CH., “The History of Universal Jurisdiction and Its Place in International Law”, MACEDO, S., (Coord.) *Universal Jurisdiction: National Courts and the Prosecution of Serious Crimes Under International Law*, Ed. University of Pennsylvania Press, Philadelphia, 2006, pp. 39-63, p. 43. Sin embargo, Jean-Michael SIMON señala que puede ser confuso declarar al “pirata” enemigo de la humanidad, pues el hecho de que los Estados sean competentes ante la piratería tiene más que ver con el lugar donde se lleva a cabo el delito que con la gravedad o especial naturaleza del delito (*óp. cit.*, p. 27). “Pese a estas contradicciones, conviene resaltar (...) que es del todo lógico que haya sido en el ámbito de la piratería donde -al existir intereses similares y compartidos por los miembros que integran la comunidad internacional- comenzó a desplegarse una actuación efectiva y conjunta estatal que propició, entre otras cuestiones, una libre circulación marítima” (HELLMAN, J., *Jurisdicción universal sobre...*, *óp. cit.*, p. 9). Por su parte, señala Margarita BONET ESTEVA que el hecho de que el *germen* de la jurisdicción universal se encuentre en la piratería y, añade, el comercio de esclavos, es debido a una cuestión de *competencia económica* y no de Derechos Humanos. Y señala que el origen legal se fija en el caso *United States v. Klintock* de 1820, en “Principio de justicia universal: de modelo absoluto a modelo restrictivo, a propósito de sucesivas modificaciones del art. 23.4 L.O. poder judicial” (*IEEE*, Documento de opinión núm. 123, 2015). Aunque Alberto Luis ZUPPI indica que ya en el Concilio de Letrán de 1179 se establecieron “las primeras calificaciones de conductas como crímenes internacionales: así la prohibición de esclavizar a los prisioneros de guerra y de la piratería” (“La jurisdicción universal para el juzgamiento de crímenes contra el Derecho Internacional”, disponible en <http://www.abogarte.com.ar/users/www.abogarte.com.ar/index.php/archivo/leer/1485>).

⁹⁴ OLLÉ SESÉ, M., *Justicia universal para...* *óp. cit.*, p. 103.

⁹⁵ También es cierto que algunos autores, como Mahmoud Ch. BASSIOUNI, niegan que durante los inicios de la piratería, esto es, el siglo XVI, ésta estuviera unida a la jurisdicción universal debido a la inexistencia de jurisdicción. Al contrario, señala que lo que se permitían, con base en el principio de territorialidad, era que el Estado del pabellón del barco atacado pudiera perseguir a los piratas

En la evolución de este crimen, sin embargo, y para poder justificar el ejercicio del principio de justicia universal también respecto de otros crímenes graves, se puso el acento en el hecho de que era un acto que atentaba contra la humanidad; es decir, “la ofensa no se comete en contra de ningún Estado en particular, sino en contra de toda la Humanidad. Las cortes nacionales pueden ejercer su jurisdicción universal sobre los presuntos responsables de cierto tipo de crímenes caracterizados por su carácter imperativo”⁹⁶, pues “la gravedad, la odiosidad y la especial repulsa que la comisión de determinados hechos internacionalmente ilícitos inspiran en la comunidad internacional en su conjunto explica que sus autores sean considerados como *hostis humanis generis*”⁹⁷.

Ahora bien, no han faltado autores, como Donnedieu DE VABRES, que sitúan el antecedente de la justicia universal mucho antes, en concreto, en siglo VI, con el *Código Justiniano*, al señalar que son competentes los tribunales del lugar donde se ha cometido el delito o donde se ha detenido al presunto culpable⁹⁸; pero también hay quienes se refieren a las *Sagradas Escrituras* como origen del principio de justicia universal. Así, René GARRAUD señala ya en este texto la primera expresión del significado del principio de justicia universal⁹⁹:

perpetradores de la agresión (“Universal jurisdiction for International crimes...”, *óp. cit.*, p. 14). O, incluso, que al llevarse a cabo el apresamiento del buque en alta mar, esto es, en tierra de nadie, no se consideraba jurisdicción universal (SÁNCHEZ LEGIDO, A., *Jurisdicción universal penal y...*, *óp. cit.*, pp. 44-45). Sin embargo, la evolución que sufre el principio de justicia universal, sobre todo durante los siglos XIX y XX tras la revolución industrial, en los que la seguridad y protección de las materias transportadas marítimamente era de interés de todos los Estados, nos lleva a concluir que no se trata solamente del lugar de comisión del delito, sino de los intereses comunes a todos los Estados a los que afecta este delito por su gravedad (OLLÉ SESÉ, M., *Justicia universal para...* *óp. cit.*, pp. 110-111).

⁹⁶ CORZO ACEVES, V. y CORZO ACEVES, E., “El sistema penal internacional”, *Revista Mexicana de Justicia, Los nuevos desafíos de la Procuraduría General de la República*, Sexta Época, núm. 13, 2006, pp. 15-35, p. 19, disponible en https://www.oas.org/juridico/mla/sp/mex/sp_mex-mla_spi.pdf.

⁹⁷ MARTÍN MARTÍNEZ, M. M., “Jurisdicción universal y crímenes internacionales”, *Nuevos retos del Derecho. Integración y desigualdades desde una perspectiva comparada Estados Unidos/Unión Europea*, Universidad de Málaga, Málaga, 2001, p. 158. Así lo señalaba también Emer DE Vattel: “while the jurisdiction of each State is in general limited to punishing crimes committed in its territory, an exception must be made against those criminals who, by the character and frequency of their crimes, are a menace to public security everywhere and proclaim themselves enemies of the whole human race” (“One’s country, and various matters relating to it”, *The Law of Nations or the principles of natural law*, vol. III, Ed. Carnegie Institution, Washington, 1916, p. 93).

⁹⁸ Citado por OLLÉ SESÉ, M., *Justicia universal para...* *óp. cit.*, p. 96: “Según este texto, se determinaba, como fuero de competencia, tanto el lugar de comisión del hecho como el de la detención del culpable (*iudex deprehensionis*)”.

⁹⁹ Libro del Génesis IV, versículos 13 y 14. Sin embargo, citado por Luis JIMÉNEZ DE ASÚA y compartiendo el mismo recelo, René GARRAUD ya por aquél entonces, atendiendo a la diversidad de civilizaciones y de legislaciones, se mostraba escéptico frente al ejercicio del principio (JIMÉNEZ DE ASÚA, L., *Tratado de Derecho Penal*, Tomo II, 5ª ed., Losada, Buenos Aires, 1964).

Entonces Caín dijo a Yahveh: “Mi culpa es demasiado grande para soportarla. Es decir, que hoy me echas de este suelo y he de esconderme de tu presencia, convertido en vagabundo errante por la tierra, y cualquiera que me encuentre me matará”.

Sin embargo, y a pesar de todo lo señalado, podemos afirmar que existe un consenso entre gran parte la doctrina a la hora de situar el origen del principio de la justicia internacional durante los siglos XVI y XVII en las obras de Francisco de VITORIA y Hugo GROCIO. Pero si bien dicho consenso es unánime entre los *iusnaturalistas*, no lo es entre los positivistas. Entre los últimos destaca Mahmoud Ch. BASSIOUNI al señalar, respecto a Cesare BECCARIA, que éste

“expresó una visión universalista idealista en el sentido de que existe una comunidad de naciones que comparten valores comunes que la totalidad de los miembros de la comunidad internacional se encuentran obligados a hacer cumplir, tanto en forma colectiva como singular. Pero él no la extendió a la jurisdicción universal”¹⁰⁰.

1. EL SIGLO XVII, VERSALLES Y LA PRIMERA GRAN GUERRA

A partir del siglo XVII, y hasta el comienzo de la Primera Guerra Mundial, fue cuando el principio de jurisdicción universal comenzó a tener razón de ser, por la aparición y proliferación de determinadas conductas que hoy calificamos como crímenes internacionales: crímenes de guerra, tráfico de esclavos, tortura, apartheid, crímenes contra la humanidad, piratería o bandolerismo¹⁰¹. La evolución (o regresión) del principio de justicia universal tiene que ver, no sólo con el aumento (o disminución) cuantitativa de los crímenes sobre los cuales se

¹⁰⁰ Señalando a continuación que Cesare BECCARIA expresó su punto de vista como sigue: “Existen también aquellos que piensan que un acto de crueldad cometido, por ejemplo, en Constantinopla, podría ser castigado en París por esta razón: que aquel que ofende a la humanidad debería tener a toda la especie humana por enemiga, y debería ser el objeto de repudio universal, como si los jueces fueren los caballeros errantes de una naturaleza humana en general, en lugar de los guardianes de convenciones específicas entre los hombres” (BASSIOUNI, M. CH., “Universal Jurisdiction for International Crimes...”, *óp. cit.*, p. 15).

¹⁰¹ Amnesty International, *Universal Jurisdiction: The duty of states to enact and implement legislation*, Chapter Two (The history of universal jurisdiction), September, 2001, pp. 1-15.

puede ejercer dicho principio, sino también con la erosión que va sufriendo la línea divisoria entre los delitos nacionales y los crímenes internacionales, ampliándose, por tanto, las posibilidades de enjuiciar “permitiendo así evitar los espacios de impunidad”¹⁰², objetivo principal de la justicia universal (*vid. infra* Capítulo II, apdo. IV).

Por otro lado, en aquel momento histórico, sólo los Estados a través de sus órganos podían ser responsables penalmente en el ámbito internacional por la comisión de ilícitos internacionales, pues eran los únicos considerados sujetos de DI. Si un individuo, sin representar al Estado, llevaba a cabo tal conducta ilícita, era el Estado el responsable de no garantizar el cumplimiento de la norma en el ámbito interno o, lo que es lo mismo, no evitar tales hechos, de forma que se consideraba al propio Estado obligado a reparar el ilícito internacional causado a otro. La actuación de los particulares no conllevaba responsabilidad internacional alguna. Sólo el Informe del *Carnegie Endowment for International Peace* de 1914¹⁰³, elaborado por la Comisión Internacional que se encargaba del estudio de las causas de la guerra de los Balcanes, hacía referencia a la responsabilidad penal individual.

Sin embargo, tras la Primera Guerra Mundial, inspirándose en la doctrina y materializándose con la práctica estatal, paulatinamente se comienza a hablar de responsabilidad penal internacional atribuible también al individuo por la comisión de crímenes graves¹⁰⁴. Así, el *Tratado de Paz de Versalles*¹⁰⁵ recoge por

¹⁰² GIRÓN BÉJAR, D., *óp. cit.*, p. 24.

¹⁰³ *Report of the International Commission to Inquire the Causes and Conduct of the Balkan Wars*, Carnegie Endowment for International Peace, Washington, 1914, disponible en <https://archive.org/stream/reportofinternat00inteuoft#page/n3/mode/2up>.

¹⁰⁴ “A lo largo de los dos últimos siglos ha sido una constante la lucha por exigir la responsabilidad penal individual de los autores de crímenes internacionales; pero el reconocimiento exclusivo de los Estados como sujetos de DI, así como las concepciones soberanistas de la sociedad internacional que se oponían rotundamente a cualquier injerencia externa, lo impedía. Esta concepción y postulados del DI perduraron hasta el siglo XX, tiempos en los que se produce un cambio de paradigma. El individuo, en detrimento del Estado, se convierte en verdadero protagonista y sujeto de DI” (OLLÉ SESÉ, M., *Justicia universal para...*, *óp. cit.*, p. 115). En el mismo sentido, Jacqueline HELLMAN: “La idea fundamental que se desprende de su constitución [del principio de responsabilidad penal del individuo] fue que todas las personas son efectivamente titulares de un conjunto de deberes internacionales que superan ampliamente las obligaciones que se puedan tener en el ámbito interno de los Estados. Es a partir de este momento en el que se tiene plena conciencia de que la piedra angular del Derecho Penal Internacional lo constituye el principio general de responsabilidad individual, aplicable sólo a las personas naturales, sin perjuicio de una eventual responsabilidad del Estado de carácter reparatoria o internacional *stricto sensu*” (*Jurisdicción universal sobre...*, *óp. cit.*, p. 12).

primera vez este principio, el de responsabilidad penal internacional del individuo, al prever la creación de un tribunal internacional integrado por jueces de los países vencedores para juzgar al Kaiser Guillermo II de Hohenzollern, antiguo Emperador de Alemania, por su ataque, reza el artículo 227 del Tratado, “a la moral internacional y a la sagrada autoridad de los tratados”. Nunca se llevó, empero, a la práctica, ante la negativa de Holanda a extraditarlo para su enjuiciamiento¹⁰⁶. El texto del tratado señalaba también que los tribunales nacionales de los vencedores eran competentes para juzgar a los responsables de los crímenes de Derecho Humanitario y de “actos contrarios a las leyes y a las costumbres de la guerra”, cometidos durante el Primer Gran Conflicto contra sus propios nacionales; mientras que, si se trataba de nacionales de varios países, se preveía la constitución de “tribunales militares conjuntos de las potencias interesadas” (arts. 228.2 y 229.1)¹⁰⁷. No fue, sin embargo, el único tratado que

¹⁰⁵ Artículos 227 a 229 del *Tratado de Paz de Versalles*, 28 de junio de 1919. Su firma en la Galería de los Espejos del palacio de Versalles entre los aliados y Alemania supuso el acuerdo de paz tras la finalización de la Primera Guerra Mundial. Fue un tratado que, a su vez, inspiró la Declaración de Moscú, de 30 de octubre de 1943, tras la Segunda Guerra Mundial, firmada por los ministros de relaciones exteriores de Gran Bretaña, Estados Unidos y la Unión Soviética, que previó la creación de tribunales tras la Segunda Guerra Mundial que persiguieran a los responsables de la comisión de tales crímenes.

¹⁰⁶ El 23 de enero de 1920 Holanda denegó la extradición, poniendo por bandera el *nullum crimen sine lege*, al no existir normas que ampararan los presuntos delitos cometidos: “Los pobres resultados acabaron con el primer intento de alcanzar una justicia penal internacional, por las exigencias políticas, el predominio del positivismo tradicional y el absolutismo soberano. Hecho que se acredita al basar, tanto el Tribunal Supremo del Reich como el gobierno holandés, la denegación de la extradición del ex Kaiser, (...), en la inexistencia previa de normas supraestatales” (QUINTANO RIPOLLÉS, A., *Tratado de Derecho penal internacional e internacional penal*, Tomo II, CSIC, Madrid, 1955, p. 403). Para un estudio de los primeros pasos de la responsabilidad internacional del individuo puede consultarse: O’KEEFE, R., *International Criminal Law*, Oxford University Press, United Kingdom, 2015, pp. 67-84; GREPPI, E., “La evaluación de la responsabilidad penal individual bajo el derecho Internacional”, *RICR*, vol. 835, 1999, pp. 531-554; HUESA VINAIXA, R., “El Tribunal Internacional para juzgar los crímenes cometidos en la ex Yugoslavia y la sanción internacional de los crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad”, *Cursos de Derecho Internacional de Vitoria Gasteiz*, 1994, pp. 309-310 y BOLLO AROCENA, M^a. D., *Derecho Internacional Penal. Estudio de los crímenes internacionales y de las técnicas para su represión*, Universidad del País Vasco, Bilbao, 2004, pp. 46 y ss. Véase también MERON, TH., “Reflections on the prosecution of war crimes by international tribunals”, *AJIL*, vol. 100, 2006, pp. 551-579; y PIGNATELLI MECA, F., “La punición de las infracciones del Derecho Internacional Humanitario. Los tribunales internacionales de crímenes de guerra”, RODRÍGUEZ-VILLASANTE y PRIETO, J. L. (Coord.), *Derecho Internacional Humanitario*, Tirant Monografías 225, Tirant lo Blanch y Cruz Roja Española, 2007, pp. 763-806.

¹⁰⁷ El 3 de febrero de 1920, la *Comission on the Responsibilities of the Authors of War and Enforcement of Penalties*, compuesta por las potencias aliadas y de acuerdo al artículo 228.2 del *Tratado de Versalles*, solicitó al Gobierno alemán la extradición de 896 personas que deberían ser procesadas basándose en la Cláusula Martens. Alemania no aceptó la lista, sin embargo, señaló que estaba dispuesta a juzgarlos por los crímenes cometidos por los alemanes en su país o en un tercer Estado, ya fuere contra ciudadanos o contra el patrimonio de países enemigos, ante el Tribunal

fracasó: en 1920, el *Tratado de Sévres*, que contemplaba la posibilidad de enjuiciar a las autoridades turcas por el genocidio armenio en 1915, no fue finalmente ratificado. De hecho, tres años más tarde, aprovechando el *Tratado de Lausana*, se amnistió a los responsables¹⁰⁸.

Como vemos, varias han sido a lo largo de los años las propuestas para el establecimiento de un tribunal internacional penal y de un código internacional penal¹⁰⁹. Aunque hubo otros tratados en la época¹¹⁰, con la excepción del *Convenio*

Supremo del Reich (Reichsgericht), en Leipzig, según su *Ley penal para la Persecución de Crímenes y Delitos de Guerra* de 18 de diciembre de 1919. Aunque las potencias aliadas aceptaron la propuesta, se reservaron el derecho de celebrar nuevos procesos si el resultado no era satisfactorio. Finalmente, una lista reducida de 45 personas se envió al gobierno alemán, de las cuales 12 fueron juzgadas y 6 condenadas en los famosos Juicios de Leipzig. “A pesar de protestar, las potencias aliadas no solicitaron extradiciones, aunque se llevaron a cabo algunos procesos en rebeldía en Bélgica y Francia”, PIGRAU SOLÉ, A., “Elementos de Derecho Internacional...”, *óp. cit.*, p. 134. Ver también BASSIOUNI, M. CH., *International Criminal Law*, 2ª ed. Tomo III, Enforcement, New York, 1999, pp. 34-35. Así, “la trascendencia para el desarrollo del DPI de los Juicios de Leipzig fue, por tanto, prácticamente nula, ya que, al ser una justicia sustitutiva del tribunal internacional anunciado en el Tratado y de los tribunales militares de los aliados, se limitó a aplicar la ley interna alemana, aunque en materia de antijuridicidad recurrió al DI” (OLLÉ SESÉ, M., *Justicia universal...*, *óp. cit.*, p. 118).

¹⁰⁸ El *Tratado de Sévres*, Francia, fue un tratado de paz firmado entre los aliados de la Primera Guerra Mundial y Turquía el 10 de agosto de 1920. Sin embargo, parece que dos son las razones que llevaron a que el *Tratado de Sévres* no entrara en vigor. La primera de ellas, la indefinición con la que se establecía en su artículo 230 la entrega de los presuntos perpetradores de esos crímenes a un tribunal internacional. La segunda tiene que ver con la calificación que, desde el punto de vista jurídico, se hizo de los hechos. Así, mientras que unos hablaban de crímenes de guerra, otros señalaban que se trataba de un asunto interno de Turquía que no podía ser, por tanto, externalizado. Sin embargo, lo cierto es que “en la actualidad nadie duda en calificarlo como el “genocidio armenio” (OLLÉ SESÉ, M., *Justicia universal para...* *óp. cit.*, p. 119). Otros tratados en este mismo sentido fueron el *Tratados de Saint Germain* con Austria (art. 173), el *Tratado de Neully* con Bulgaria (art. 118) y el *Tratado de Trianon* con Hungría (art. 157).

¹⁰⁹ “Destacan, en este terreno, las propuestas del Comité Consultivo de Juristas, instituido por el Consejo de la Sociedad de Naciones, sobre la creación de un tribunal de “delitos contra el orden público internacional y el derecho universal de las naciones”; de la Conferencia de la Unión Interparlamentaria, celebrada en Washington, en 1925, a favor de la elaboración de un Código penal internacional y de la creación de una Sala penal en el seno del Tribunal Permanente de Justicia Internacional; de la 34 Conferencia de la *International Law Association*, que aprobó un “Proyecto de Estatuto de un Tribunal Penal Internacional”, a partir de las propuestas formuladas en las conferencias anteriores de Buenos Aires y Estocolmo por H. BELLOT; de la Asociación Internacional de Derecho Penal, que celebró su primer Congreso en Bruselas, en 1926, encargando a V. V. PELLA la elaboración de un proyecto de estatuto de un tribunal penal internacional, proyecto que sería aprobado por la Asociación en 1928. Además, V. V. PELLA preparó, por encargo de la *International Law Association*, de la *Unión Interparlamentaria* y de la *Association Internationale de Droit Penal*, un proyecto de código penal, que sería publicado en 1935”, del que ya hemos hablado (PIGRAU SOLÉ, A., “Elementos de Derecho Internacional...”, *óp. cit.*, p. 134).

¹¹⁰ Por ejemplo, fue el caso del *Convenio de París para la protección de cables telegráficos submarinos* de 14 de marzo de 1884, el *Convenio de Ginebra para mejorar la suerte de los heridos y enfermos de las fuerzas armadas en campaña* de 1906 o la *Convención para la represión de la trata de mujeres y niños* de 30 de septiembre de 1921.

Internacional para la represión de la falsificación de la moneda de 1929¹¹¹, ninguno dejó ver atisbo alguno de aceptación de la jurisdicción universal.

2. LOS TRIBUNALES PENALES INTERNACIONALES Y SU CONTRIBUCIÓN AL CONCEPTO DE JURISDICCIÓN UNIVERSAL

La creación y establecimiento de los tribunales penales internacionales, tanto *ad hoc* como permanentes (Corte Penal Internacional), ha sido importante para el desarrollo de la justicia universal en la investigación y enjuiciamiento de los crímenes internacionales y ha contribuido, a su vez, al desarrollo del principio de jurisdicción universal, parte del sistema penal internacional.

2.1 La primera generación: Núremberg y Tokio

Las atrocidades cometidas durante la Segunda Guerra Mundial abrieron de nuevo el debate e impulsaron la regulación de ciertas conductas penales que, desde entonces, se conocen como crímenes de lesa humanidad. Fue en la ya citada Conferencia de Moscú, el 1 de noviembre de 1943, cuando los Ministros de Relaciones Exteriores de Estados Unidos, de la entonces Unión Soviética y de Inglaterra se comprometieron a luchar contra la impunidad “hasta las regiones más recónditas del planeta”, para que “la justicia se haga realidad”. Era necesario aunar esfuerzos para defender unos valores e intereses comunes a toda la Comunidad Internacional y actuar contra los crímenes perpetrados por los nazis contra la población civil: deportaciones, torturas, desaparición de personas, esclavitud, asesinatos... Sin embargo, el texto correspondiente a la *Declaración de atrocidades* firmada por el Presidente ROOSEVELT, el Primer Ministro CHURCHILL

¹¹¹ *Convenio Internacional para la represión de la falsificación de la moneda*, hecho en Ginebra el 20 de abril de 1929. Así, el artículo 9 señala: “Los extranjeros que hayan cometido hechos previstos en el artículo 3 (relativos a la falsificación de moneda) y que se encuentren en el territorio de un país cuya legislación interna admita, como regla general el principio de la persecución de infracciones cometidas en el extranjero, deberán ser castigados de la misma manera que si el hecho hubiere sido cometido en el territorio de dicho país”.

y el Premier STALIN en la Conferencia de Moscú señalaba que aquellos que hubieran tomado parte en las diferentes atrocidades serían enviados a aquellos países donde las cometieron, para que fueran juzgados y castigados de acuerdo con sus leyes, para terminar señalando en su último párrafo:

“La anterior declaración se hace sin perjuicio de que pueda haber casos de destacados criminales cuyos delitos no tengan una ubicación geográfica determinada y que sean condenados por decisión conjunta de los gobiernos aliados”¹¹².

Así, tras la segunda gran contienda bélica comenzaron a establecerse tribunales y a redactarse convenios que otorgaban, en determinadas situaciones y ante determinados crímenes, jurisdicción a los Estados que, en ocasiones, sobrepasaban sus límites fronterizos; en concreto, cuando no podía determinarse una localización exacta de la comisión del crimen, pues en el resto de casos seguía primando el principio de territorialidad.

El 7 de octubre de 1942 se creaba la Comisión de las Naciones Unidas para la Investigación de los Crímenes de Guerra que finalmente dio lugar al Estatuto o Carta de Londres (*Charter of the International Military Tribunal*)¹¹³, anexo al Acuerdo¹¹⁴ para el procesamiento y el castigo de los grandes criminales de guerra del eje europeo y que se firmó en Londres el 8 de agosto de 1945 por Francia,

¹¹² “The above declaration is without prejudice to the case of German criminals whose offenses have no particular geographical localization and who will be punished by joint decision of the government of the Allies”, disponible en <http://avalon.law.yale.edu/wwii/moscow.asp>.

¹¹³ El Estatuto estaba dividido en siete Títulos (I. Constitución II. Jurisdicción y principios generales III. Comisión para el enjuiciamiento y acusación de los principales criminales de guerra IV. Juicio equitativo para los acusados V. Competencia del Tribunal y conducción del juicio VI. Fallo y sentencia VII. Gastos) y compuesto por un total de 30 artículos. El artículo 6 establecía la responsabilidad de los individuos por los crímenes contra la paz, crímenes de guerra y crímenes contra la humanidad. No se contemplaba el principio de doble incriminación en el Estatuto y tampoco la eximente o atenuante por Jefe de Estado o funcionario a cargo del Gobierno; si se contemplaba, por el contrario, la eximente de obediencia debida (arts. 6 y 7 del Estatuto de Núremberg). “Por medio de dicho Estatuto se creaba un Tribunal Militar Internacional que habría de juzgar a los principales culpables, respondiendo a un criterio geográfico como principio de jurisdicción territorial. El Tribunal de Núremberg estaba destinado a juzgar aquellos crímenes a los que no fuera posible asignarles una localización geográfica concreta. Se hablaba entonces de Crímenes contra la Humanidad, pero no de genocidio, referencia sólo realizada en el discurso final del fiscal ante dicho tribunal” (MARTÍN, V., *óp. cit.*, p. 2).

¹¹⁴ El Acuerdo, con un considerando y siete artículos, establecía las bases del Tribunal Militar Internacional que se encargaría de aquellos delitos que, como ya hemos señalado, no tuvieran una “localización geográfica particular” (art. 1). Por otro lado, manifestaba que los que cometieron los crímenes de guerra en lugares identificados serían allí juzgados (art. 4); y los autores de los crímenes de guerra, ejecutados dentro del Reich alemán, serían juzgados por los tribunales aliados o de ocupación (art. 6)”.

Estados Unidos, Reino Unido y la antigua Unión Soviética. Para algunos autores el Estatuto puede considerarse como la *partida de nacimiento* del Derecho Internacional Penal.

“En otras palabras, a través del Estatuto de Londres se dotó de legitimación a los Estados aliados para perseguir y castigar a determinadas personas (*hostis humani*) acusadas de cometer crímenes especialmente graves y atentatorios contra la humanidad (*delictum humani generis*) aun cuando -y esto es lo más relevante- el crimen se hubiere cometido fuera de su propio territorio y por extranjeros que no presentaran vinculación alguna con dichos Estados aliados”¹¹⁵.

El llamado *Proceso de Núremberg* comenzó a desarrollarse el 18 de noviembre de 1945, dos días después de la publicación de las actas de acusación por parte de la Fiscalía, y continuó hasta el 1 de octubre de 1946. La labor del Tribunal¹¹⁶, que adoptaba sus decisiones por mayoría y en caso de empate el Presidente tenía *voto de calidad* (art. 3.c), con apenas un año de funcionamiento, dictó la sentencia que permitió juzgar a altos cargos nazis¹¹⁷, los días 30 de octubre y uno de noviembre de 1946.

No fueron los de Núremberg los únicos procedimientos abiertos por los crímenes cometidos durante la Segunda Guerra Mundial. La Declaración de Potsdam (26 de julio de 1945) declaraba que “una justicia estricta (...) debe ser impartida a todos los criminales de guerra”, de ahí que el 19 de enero de 1946 se adoptara la Carta de Tokio, una proclama especial de Douglas MacArthur¹¹⁸,

¹¹⁵ HELLMAN, J., *Jurisdicción universal sobre...*, *óp. cit.*, p. 13.

¹¹⁶ El Tribunal estaba formado por cuatro jueces elegidos por cada uno de las potencias aliadas y por cuatro jueces sustitutos, elegidos de igual forma, que debían estar presentes en la medida de lo posible en cada una de las sesiones; los propios jueces elegirían a su Presidente, que tenía el “voto de calidad”. EL Tribunal también estaba formado por un Fiscal Jefe que debía ser nombrado por cada uno de los Signatarios y cuya función era investigar las acusaciones contra criminales de guerra destacados y ocuparse de su procesamiento (arts. 14 y 15).

¹¹⁷ Aunque se acusaron a 24 personas, sólo 21 fueron juzgadas. La sentencia, con más de 50.000 palabras, contemplaba la pena de muerte, la pena de prisión perpetua y penas de prisión de 10, 15 y 20 años. Sin embargo, contra la precisión de la pena y sus motivaciones se alzaron las críticas más duras, siendo absueltos algunos de los acusados (WERLE, G., *Tratado de Derecho Penal Internacional*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, pp. 597-602). Como no cabía recurso alguno (art. 26 del Estatuto), la sentencia se declaró firme. La sentencia al completo puede consultarse en inglés http://avalon.law.yale.edu/subject_menus/judcont.asp y en español http://www.cruzroja.es/dih/pdf/estatuto_del_tribunal_militar_internacional_de_nuremberg.pdf.

¹¹⁸ Su reglamento, con fecha de 25 de abril de 1945, no distaba mucho de los procedimientos y principios del Estatuto de Londres. Compuesto de 60 artículos, distribuidos en cinco sesiones, su artículo 5 recogía la competencia material: los crímenes contra la paz, crímenes de guerra y

Comandante Supremo de las Potencias Aliadas, en la que abogaba por un establecimiento de un Tribunal Militar Internacional para el Lejano Oriente que juzgaría a los japoneses responsables de la comisión de crímenes durante la guerra y que tendría su sede en Tokio. Nació así el segundo tribunal militar internacional *ad hoc* y *ex post factum*, que iniciaba su andadura el 3 de agosto de ese mismo año, finalizando con la publicación de su sentencia el 12 de noviembre de 1948¹¹⁹.

Núremberg y Tokio no fueron las únicas iniciativas que se materializaron en aquel momento. Como hemos señalado, el primero fue un proceso destinado a enjuiciar a los “grandes criminales” cuyos crímenes no tenían un lugar exacto de comisión, pero también se crearon *tribunales locales* que celebraban juicios por crímenes de guerra cometidos fuera de sus fronteras, pero en territorios ocupados, y que enjuiciarían a aquéllos otros que habían cometido los actos en su país o contra sus propios ciudadanos.

“El juzgamiento por los diferentes estados, o esta justicia “local”, en principio, gozaba de la estabilidad propia de un sistema judicial arraigado y organizado aunque fueran tribunales militares”¹²⁰.

Fue, sin embargo, imposible establecer una norma común aplicable por igual a todos los procesos *locales*. Sin embargo, si se llevaron a cabo procesos más o menos homogéneos en diversos Estados bajo la *Ley núm. 10 del Consejo de Control Aliado* de 20 de diciembre de 1945¹²¹. Contení tan sólo 5 artículos, y

crímenes contra la humanidad pero sin establecer las penas que correspondían a cada uno de ellos. La gran diferencia, y con el objetivo de evitar las críticas a las que había sido sometido el Tribunal de Núremberg, fue el número de jueces por el que estaba compuesto, 11 (y no 4), y elegidos por Australia, Canadá, China, Estados Unidos, Filipinas, Francia, Gran Bretaña, Holanda, Nueva Zelanda, la Unión Soviética y la India, siendo el Presidente del mismo y el Fiscal elegidos por Douglas MacArthur, de acuerdo con el artículo 3 y el artículo 8 respectivamente. Resulta interesante destacar que, si bien la India acudió como país neutral, en su sentencia hizo acopio de su rol, al señalar en su voto discrepante la falta de competencia del Tribunal, así como de ley penal previa.

¹¹⁹ La sentencia condenó a los 30 procesados a pena de muerte y a penas de prisión y prisión permanente o cadena perpetua. Sin embargo, resultó muy llamativo el hecho de que motivos políticos justificaran que el general Douglas MacArthur otorgara al emperador japonés Hirohito la inmunidad cuando, el 2 de septiembre de 1945, éste firmó la rendición de Japón a bordo del Missouri, resultando así imposible juzgarlo.

¹²⁰ OLLÉ SESÉ, M., *Justicia universal para...*, *óp. cit.*, p. 127. También BASSIOUNI, M. CH., “An appraisal of the growth and developing trends of international criminal law”, *Revue Internationale de Droit Pénal*, 1974, núm. 3-4, pp. 405-433.

¹²¹ Puede ser consultada en <http://avalon.law.yale.edu/imt/imt10.asp>. Sobre la *Ley núm. 10 del Consejo de Control Aliado* puede consultarse: VIVES CHILLIDA, J., “La evolución jurídica

tipificó en su artículo II los crímenes de guerra, contra la paz y contra la humanidad y estableció un cuarto apartado en el que se hacía referencia a ser miembro de “un grupo criminal u organización declarada criminal por el Tribunal Militar Internacional”¹²². Este Consejo de Control fue un órgano establecido por las potencias aliadas que juzgó antes, durante y después de Núremberg, prácticamente hasta 1949, y no sólo en y por las potencias aliadas. Fueron además numerosísimos los procedimientos que se llevaron a cabo y de muy diversa índole¹²³, siendo interesante el hecho de que el Derecho que se aplicó por las jurisdicciones nacionales era el de Núremberg y Tokio que, en caso de conflicto con el derecho interno, jerárquicamente prevalecía el Derecho de Núremberg, llegando a ser aplicable un sistema formado por el DI (en lo sustantivo) y el derecho local (en lo adjetivo), hasta el punto de que el Derecho aplicado por los diversos tribunales resolvía cualquier disputa entorno a la legalidad del tipo, su punibilidad, la retroactividad de la norma penal y, como hemos señalado, la controversia entre el DI y las normas constitucionales del Estado¹²⁴.

Muchos Estados no ocupantes también enjuiciaron a extranjeros que cometieron delitos dentro de su territorio o contra sus intereses. La Comisión de Crímenes de Guerra (*War Crimes Commission*) en Londres fue la encargada de coordinar esos juicios y tramitar las peticiones de entrega de los inculcados por las jurisdicciones locales.

En definitiva, y parafraseando a Diego LÓPEZ GARRIDO, puede afirmarse que la cuestión objeto de esta tesis “comienza cuando la Segunda Guerra Mundial

internacional de los crímenes contra la humanidad”, *Cursos de Derecho Internacional de Vitoria Gasteiz*, Servicio editorial de la Universidad del País Vasco, País Vasco 2003, pp. 329-383, pp. 348-350 y LEDIAKH, I. A., “The Application of the Nuremberg Principles by other Military Tribunals and Courts”, en GINSBURGS, G. and KUDRIAVTSEV, N. (Eds.), *The Nuremberg Trial and International Law*, Martinus Nijhoff, Dordrecht, 1990, pp. 263-283.

¹²² Ello “propició que fueran declaradas como organizaciones criminales la *Directiva del Partido Nacional-socialista*, la *Gestapo* y los cuerpos de las SS. Los tribunales locales, por tanto, sólo debían verificar qué personas pertenecían a esas organizaciones declaradas previamente como criminales” (OLLÉ SESÉ, M., *Justicia universal para...*, *óp. cit.*, p. 130).

¹²³ Así, a modo de ejemplo, Antonio QUINTANO RIPOLLÉS nos recuerda que los Estados Unidos reconocieron haber enjuiciado a más de 4.200 personas en Japón o en Gran Bretaña y unas 1.000 en Alemania. Además, se celebraban todo tipo de procesos; hubo procesos políticos, contra criminales corrientes (*Tratado de Derecho Penal Internacional e Internacional Penal*, Tomo I, Centro Superior de Investigaciones Científicas, Madrid, 1957, p. 438). También BASSIOUNI, M. CH., *Derecho Penal Internacional*, (traducción de Arzamendi, J. L.), Tecnos, Madrid, 1984, pp. 62-63. La documentación sobre diversos juicios está disponible en <http://www.ess.uwe.ac.uk/genocide>.

¹²⁴ OLLÉ SESÉ, M., *Justicia universal para...*, *óp. cit.*, p. 128.

termina”¹²⁵, aunque predomine entre la mayoría de la doctrina la idea de que el origen de la justicia universal debe situarse en los mencionados textos de literatura jurídica de Francisco de VITORIA, Hugo GROCIO o Cesare BECCARIA. Por entonces no fue más que una mera construcción teórica plasmada en textos doctrinales; sólo después de la Segunda Guerra Mundial podemos hablar con propiedad de la misma, cuando efectivamente se crea como mecanismo de cooperación, por más que en sus inicios fuera un tanto imperfecto¹²⁶. *Imperfecto* porque, a pesar de lo novedoso de la iniciativa, no fueron pocas las críticas que le llovieron al Proceso de Núremberg¹²⁷.

Tampoco han sido pocas las críticas recibidas por el Tribunal de Tokio¹²⁸, pudiéndolas resumir en dos grupos. En primer lugar, la imparcialidad de su actuación, pues quedaron fuera de su ámbito tanto las actuaciones de los Aliados

¹²⁵ LÓPEZ GARRIDO, D., “Contra la impunidad”, *óp. cit.*, p. 31.

¹²⁶ “Así pues, fue precisamente en este contexto histórico y bajo el auspicio del contenido previsto en la Carta, el momento en el que la jurisdicción universal se erigió como principio esencial del Derecho Internacional. En otras palabras, a través del Estatuto de Londres se dotó de legitimación a los Estados aliados para perseguir y castigar a determinadas personas (*hostis humani*) acusadas de cometer crímenes especialmente graves y atentatorios contra la humanidad (*delictum humani generis*) aun cuando -y esto es lo más relevante- el crimen se hubiera cometido fuera de su propio territorio y por extranjeros que no presentaran vinculación alguna con dichos Estados aliados” (HELLMAN, J., *Jurisdicción universal sobre...*, *óp. cit.*, p. 13).

¹²⁷ Entre esas críticas, pueden incluirse las siguientes: “(i) la discusión sobre su legitimidad política y jurídica, (ii) la constante proclamación de que fue el éxito de una “justicia de vencedores”, (iii) la inexistencia de juicios por los crímenes de guerra cometidos por los *aliados*; lo que planteó el debate de si debían ser juzgados por iniciar y desarrollar la guerra de agresión o por perderla, (iv) la aplicación retroactiva de las penas y el principio de legalidad; lo que planteó el interrogante sobre si los hechos eran punibles y típicos, de acuerdo con el derecho internacional consuetudinario. Interrogante éste que no planteaba discusión el caso de crímenes de guerra, según el derecho vigente de la época, pero sí se cuestionaba, en cambio, respecto de los crímenes contra la humanidad. Era evidente que los concretos actos en los que se instrumentaban los crímenes contra la humanidad (asesinatos, lesiones, violaciones, torturas...) respetaban la legalidad de la práctica totalidad de los ordenamientos del momento; sin embargo, la calificación como crímenes de lesa humanidad sólo se reconocía, entonces, como un principio general del DI” (OLLÉ SESÉ, M., *Justicia universal para...*, *óp. cit.*, pp. 123-124). En el mismo sentido SÁNCHEZ LEGIDO, A.: “el sentido universal de la justicia reclama sin duda el castigo de la barbarie, pero también que la misma sea impartida para todos por igual. Y es eso, precisamente, lo que faltó tras la Segunda Guerra Mundial” (*Jurisdicción universal penal y...*, *óp. cit.*, p. 53); también Kai AMBOS, “El Derecho penal internacional en la encrucijada: de la imposición *ad hoc* a un sistema universal basado en un tratado internacional”, *Política Criminal*, vol. 5, núm. 9, julio 2010, pp. 237-256, p. 240, disponible en http://www.politicacriminal.cl/Vol_05/n_09/Vol5N9A6.pdf; y BRACKMAN, A. C., *The Other Núremberg: The untold story of the Tokyo War Crimes Trials*, Ed. William Morrow & Co., Nueva York, 1987, pp. 63 y ss.

¹²⁸ “La incompetencia del Tribunal, la ausencia de vínculos entre el Tribunal formado por jueces extranjeros y los acusados japoneses en detrimento de los tribunales nacionales, la controversia sobre la aplicación del derecho internacional consuetudinario frente al principio *nullum delictum, nulla poena sine lege*, así como la irretroactividad de la ley penal” (OLLÉ SESÉ, M., *Justicia universal para...*, *óp. cit.*, p. 126).

como la respuesta jurídica a las dos bombas atómicas lanzadas por el Presidente norteamericano Truman en Hiroshima y Nagasaki (el 6 y el 9 de agosto de 1945). En segundo lugar, por su marcado carácter norteamericano¹²⁹.

Puede afirmarse, en suma, que a los procesos de Núremberg y Tokio les faltó credibilidad. Y así lo ha señalado Ángel SÁNCHEZ LEGIDO:

“el sentido universal de la justicia reclama sin duda el castigo de la barbarie, pero también que la misma sea impartida para todos por igual. Y es eso, precisamente, lo que le faltó tras la Segunda Guerra Mundial”¹³⁰.

Pero si bien es cierto que ambos tribunales han recibido serias críticas, también es de justicia reconocer que con ellos se dieron importantes logros para el DI¹³¹: se establecieron las bases del Derecho penal internacional; se reconoció el principio de responsabilidad penal individual¹³²; fueron juzgadas personas

¹²⁹ “Dichas salvedades tuvieron lugar debido a que el general MacArthur ejerció una sustantiva influencia en los procesos contra los acusados japoneses -con la clara intención de que no quedara amenazado el éxito de la “ocupación” estadounidense-” (HELLMAN, J., *Jurisdicción universal sobre...*, *óp. cit.*, pp. 13-14).

¹³⁰ SÁNCHEZ LEGIDO, A, *Jurisdicción universal penal...*, *óp. cit.*, p. 53. En el mismo sentido, respecto a la falta de las garantías procesales y sustanciales de los Tribunales de Núremberg y Tokio, DOBOVSEK, J., “La jurisdicción internacional penal”, *Aequitas Virtual*, Universidad del Salvador, República Argentina, pp. 7-8, disponible en <http://docplayer.es/7085417-La-jurisdiccion-internacional-penal.html>. En concreto, el haber establecido una jurisdicción *ad hoc* y unilateral (por el bando de vencedores), omitiendo el respeto al principio *nullum crimen sine lege* y al *nulla poena sine lege* y, por último, el hecho de que tanto la instrucción como el juicio se llevaron a cabo por el mismo órgano judicial.

¹³¹ Waldo VILLALPANDO señala dos logros más a los ya señalados: en primer lugar, el hecho de aceptar “la existencia de una suerte de ley internacional por encima del derecho positivo, de modo tal que los crímenes cometidos, en tanto delitos contra la humanidad, debían ser castigados a pesar de la inexistencia de una ley previa”; y, en segundo lugar, aunque lo analizaremos más adelante, el hecho de que los “crímenes de lesa humanidad fueron técnicamente separados de los crímenes de guerra” (“El nuevo derecho internacional penal. Los crímenes internacionales”, *Invenio*, núm. 23, 2009, pp. 15-35, p. 21).

¹³² “Es así que desde los juicios de Núremberg y Tokio se ha reconocido en la esfera internacional que el individuo puede tener una subjetividad pasiva en el Derecho Internacional respecto de los *delicta iuris gentium*, delitos contra el Derecho de Gentes, que engendran responsabilidad penal para los individuos” (SALINAS BURGOS, H., “El principio de jurisdicción universal: ¿*Lex Lata* o *Lex Desiderata*?”, *Revista Chilena de Derecho*, vol. 34, núm. 1, 2007, pp. 107-134, p. 111). Y es que, a diferencia con el DI clásico, el DI contemporáneo que surge tras la Segunda Guerra Mundial, supone la humanización del DI y, con ello, la posibilidad de hacer responsables a los individuos de acuerdo a una disciplina del mismo, el Derecho Internacional Penal. Los Derechos Humanos se convierten en objeto de protección imponiéndose a los Estados una doble obligación: proteger y garantizar los derechos de los ciudadanos. Para ello, no sólo se recogen en los diferentes códigos penales aquellas acciones que atentan contra esos derechos sino que además se diseña todo un sistema de recursos al alcance de los ciudadanos previstos para aquellos casos en los que sus derechos se vean vulnerados. Todo este esquema que se crea a nivel interno se comienza a reproducir también a nivel internacional cuando, como hemos dicho, los ciudadanos son considerados actores

obviándose el requisito de “la inmunidad sustantiva para crímenes contra la paz, crímenes de guerra y crímenes contra la humanidad”¹³³; se tipificaron por primera vez las graves actuaciones perpetradas durante la Segunda Guerra Mundial, así como los principios de los procedimientos de los juicios de Núremberg (confirmados primero por la Asamblea General (en adelante, AG)¹³⁴ y más tarde recogidos por la Comisión de Derecho Internacional, (en adelante, CDI)¹³⁵) y, por último, se comenzó a plantear la creación de un tribunal penal internacional de carácter permanente, que años más tarde se materializaría en la Corte Penal Internacional (en adelante, CPI).

Junto a todo ello, no podemos olvidarnos de lo realmente destacable de los procesos de Núremberg y Tokio: el sentimiento compartido por diferentes Estados de su responsabilidad hacia crímenes que, aunque no se llevaron a cabo en su territorio o contra sus nacionales, en tanto en cuanto afectaron a la humanidad en su conjunto, sintieron la obligación de combatir para evitar la impunidad. Y todo ello dentro de un proceso que terminaría asentando a la Comunidad Internacional

importantes en el DI contemporáneo y siendo, por tanto, sujetos con derechos a respetar pero también sujetos con responsabilidades penales a nivel internacional que habrán de cumplir. Surge, así, la responsabilidad penal internacional del individuo. “Las primeras sugerencias de responsabilidad individual aparecen a fines del siglo XIX pero se reducen al mero campo doctrinario. Durante las tres décadas iniciales del siglo XX la concepción de una responsabilidad individual internacional va logrando nuevas adhesiones siempre teóricas. El Tribunal de Núremberg resolvió la cuestión drásticamente al declarar: “Los crímenes contra el derecho internacional se comenten por hombres no por entidades abstractas, y sólo castigando a las personas que cometen tales crímenes se pueden hacer cumplir las disposiciones del derechos internacional”, citado en VILLALPANDO, W., *óp. cit.*, p. 20. Todo ello ha contribuido a la humanización del DI, que ha debido prestar atención hacía el ser humano, no sólo con la eclosión de los Derechos Humanos, sino también con el apuntalamiento del DPI. Ahora bien, debemos tener presente que sólo los Estados son responsables de las vulneraciones de los Derechos Humanos y, por tanto, de su protección y que, sólo en el caso de que determinadas personas (incluidas agentes o funcionarios de un Estado) llevaran a cabo un crimen internacional, estaríamos ante el principio de responsabilidad penal individual “situándose su fundamento (...) en la trascendencia del bien jurídico que trata de protegerse. Aunque, ciertamente, es el consenso internacional la pieza clave en perspectiva estrictamente técnica, este consenso se basa en la consideración de que ciertos actos atacan valores fundamentales -ya sea la paz, la seguridad internacional, o la conciencia común de la humanidad- cuyo titular último, cuyo garante del bien dañado como valor material, es la Comunidad Internacional, lo que justifica su relevancia en el ámbito del derecho propio de la misma”. Son responsabilidades diversas, pero no excluyentes (CHINCHÓN ÁLVAREZ, J., “La responsabilidad internacional penal del individuo: un gigante con pies de barro”, *Revista de Ciencias Jurídicas*, núm. 108, septiembre-diciembre 2005, pp. 31-60, pp. 36 y 44-47).

¹³³ BASSIOUNI, M. CH., “Universal Jurisdiction for International Crimes...”, *óp. cit.*, p. 3.

¹³⁴ *Principios de Derecho Internacional reconocidos por el Estatuto y las Sentencias del Tribunal Militar de Núremberg*, Resolución 95(I) de la AG de las Naciones Unidas, de 11 de diciembre de 1946.

¹³⁵ A petición de la Resolución 177(II) de la AG de las Naciones Unidas, de 21 de noviembre de 1947, la misma que encargó a la CDI la creación de un *Proyecto de Código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad*.

como un sujeto supraestatal, tras la aparición de una serie de elementos (bienestar, dignidad, Derechos Humanos...) que los Estados se ven incapaces de proteger por sí solos. La consolidación de esta Comunidad Internacional, con intereses propios que debe tutelar, necesitaba de herramientas que exigieran responsabilidades, superando los conceptos clásicos de soberanía estatal y territorialidad¹³⁶.

2.2 Los tribunales de 2ª y 3ª generación (tribunales *ad hoc* y mixtos): precursores de la Corte Penal Internacional

Habría que esperar no pocos años para asistir a la creación de nuevos tribunales internacionales. En 1993 se creaba el Tribunal Internacional para la antigua Yugoslavia (en adelante, TPIY)¹³⁷ y, en 1994, el Tribunal Internacional para Ruanda (en adelante, TPIR), ambos creados mediante resoluciones del Consejo de Seguridad (en adelante, CS) como medidas coercitivas ante los crímenes de guerra y de genocidio que se llevaron a cabo en sendos territorios. Era una situación *sin precedentes* en la historia de las Naciones Unidas.

“Desde 1945, muchos genocidios han estremecido al mundo. Sin embargo, ha sido necesario, al parecer, que se repitiera otro genocidio en Europa, en la ex-Yugoslavia, para que el Consejo de Seguridad de Naciones Unidas haya considerado la necesidad de crear una Corte Internacional *ad hoc*, a la que siguió la de Ruanda”¹³⁸.

¹³⁶ GARCÍA ARÁN, M., “El principio de justicia universal...”, *óp. cit.*, pp. 63-64. También María José CERVELL HORTAL señala: “el Estado conserva aún la posibilidad, bajo determinadas circunstancias y si así lo ha previsto, de ejercer su jurisdicción en un supuesto concreto: cuando se trate de crímenes internacionales, en el entendimiento de que se trata de conductas que dañan a la Comunidad Internacional en su conjunto y lesionan valores esenciales de la humanidad” (*óp. cit.*, p. 103).

¹³⁷ *Second Annual Report of the International Tribunal for the prosecution of persons responsible for serious violations of international humanitarian law committed in the territory or the former Yugoslavia since 1991*, Naciones Unidas, Doc. A/50/365-s/1995//728, 23 August 1995.

¹³⁸ CASTRESANA FERNÁNDEZ, C., “Presentación”, GARCÍA ARÁN, M. y LÓPEZ GARRIDO, D. (Coords.), *Crimen internacional y jurisdicción universal. El caso Pinochet*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, pp. 19-29, p. 25. Sobre estos tribunales puede consultarse: O'BRIEN, J., “The international Tribunal for violations of International Humanitarian Law in former Yugoslavia”, *AJIL*, vol. 87, núm. 4, 1993, pp. 639-659; PÉREZ-PRAT DURBÁN, L., “Un tribunal internacional para la antigua Yugoslavia”, *Derechos y libertades. Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, núm. 2, 1993-1994, pp. 519-540; PIGRAU SOLÉ, A., “Reflexiones sobre el Tribunal Internacional para la antigua Yugoslavia desde la perspectiva de la codificación y el desarrollo progresivo del Derecho Internacional”, *AHLADI*, núm. 11, 1994, pp. 211-252; QUEL LÓPEZ, F. J., “Reflexiones sobre la

En esta ocasión, en ambos casos, el CS adoptó una “estrategia en dos niveles”. El primer nivel permitió al SG crear Comisiones de Expertos independientes que elaboraron “las primeras investigaciones en el terreno sobre las alegaciones de violaciones del DIH”. En el segundo nivel, basándose en el Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas que habilita al CS a adoptar medidas coercitivas cuando se den amenazas para la paz y la seguridad internacionales, se establecieron dos tribunales internacionales *ad hoc*¹³⁹, evitando así alargar el proceso con la creación del tribunal por la vía convencional ante la urgencia de la situación.

Así, en 1993 el CS creó el TPIY “para el enjuiciamiento de los presuntos responsables de las violaciones graves del derecho internacional humanitario cometidas en el territorio de la antigua Yugoslavia entre el 1 de enero de 1991 y una fecha que determinará el Consejo una vez restaurada la paz”¹⁴⁰. Durante el conflicto que sufrió la ex Yugoslavia, las diferentes partes llevaron a cabo graves violaciones de Derechos Humanos. Fue antes de la creación del tribunal *ad hoc*, como hemos señalado, cuando el CS solicitó al SG de las Naciones Unidas la formación de una comisión de investigación que pudiera sacar a la luz indicios y pruebas sobre los hechos que se habían cometido teniendo en cuenta el Derecho Internacional Humanitario (en adelante, DIH) y de los DDHH¹⁴¹ para posteriormente hacérselos llegar al Fiscal del Tribunal Internacional.

contribución del Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia al desarrollo del Derecho Internacional Humanitario”, *ADI*, núm. 13, 1997, pp. 467-523; RAMÓN CHORNET, C., “El Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia y el desarrollo progresivo del Derecho Internacional”, *Jueces para la democracia*, vol. 25, 1996, pp. 107-110. Sobre el Tribunal de Ruanda: BOED, R., “The International Criminal Tribunal for Rwanda”, BASSIOUNI, M. CH. (Ed.), *International Criminal Law*, Nijhoff, Leiden, vol. 3, 2008, pp. 103-116; PIGNATELLI Y MECA, F., “El Tribunal Penal Internacional para Ruanda”, *REDM*, núm. 65, 1995, pp. 389-430 y TORRES PÉREZ, M., “El Tribunal Internacional Penal para Ruanda”, BOU FRANCH, V. E. (Coord.), *Nuevas controversias internacionales y nuevos mecanismos de solución*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, pp. 69-135.

¹³⁹ VILLÁN DURÁN, C., *Curso de Derecho Internacional de...*, óp. cit., p. 524.

¹⁴⁰ Resoluciones 808(1993) y 827(1993) del CS de las Naciones Unidas, de 22 de febrero y de 25 de mayo, respectivamente. Anexado a esta última resolución se encuentra el Estatuto del Tribunal. Así, el TPIY es, de acuerdo con el artículo 29 de la Carta, un órgano subsidiario del CS en cuanto a su existencia, no así en cuanto a su funcionamiento que, como órgano judicial, goza de la imparcialidad necesaria para el ejercicio de su labor.

¹⁴¹ La resolución 780(1992), de 6 de octubre, pedía la creación de una Comisión de Expertos que fue formada por 5 miembros nombrados por el SG. Fue presidida, en primer lugar, por el holandés F. Kalshoven y, en último lugar, por el egipcio Ch. Bassiouni. En abril de 1994, su trabajo arrojó a la luz 55.000 páginas y 4.800 “casos” de denuncias. La Comisión “concluyó que se habían cometido graves transgresiones de los Convenios de Ginebra y otras violaciones del DIH, en gran escala y con

El Tribunal, de acuerdo con el artículo 1 de su Estatuto, “tendrá competencia para enjuiciar a los presuntos responsables de violaciones graves del derecho internacional humanitario” y, en concreto, los artículos 2 a 5 señalan que podrá enjuiciar las *violaciones graves de los Convenios de Ginebra de 1949, la violación de las leyes o usos de la guerra, genocidio y crímenes de lesa humanidad*¹⁴². Sin embargo, dejó mucho que desear la negativa a cooperar de la entonces República Federativa de Yugoslavia, escudándose en su normativa interna como impedimento¹⁴³, pese a que la Resolución 827(1993) del CS en su párrafo cuarto contenía la obligación para los Estados de adoptar cuantas medidas fueren necesarias en su ámbito interno para cumplir con el Estatuto del Tribunal¹⁴⁴.

Apenas dieciocho meses después, el CS estableció el TPIR con base en el Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas y a petición del Gobierno ruandés. Además, tal y como ya ocurriera con la situación en la ex Yugoslavia, una comisión de investigación imparcial investigó durante cuatro meses los hechos acaecidos durante el año 1994 entre las etnias Tutsi y Hutu. Sin embargo, a diferencia de lo que ocurrió en la ex Yugoslavia, se pidió que la misma se coordinara con el Relator Especial que había sido nombrado por la ya extinta Comisión de Derechos

particular brutalidad y ferocidad. En especial, las prácticas de “depuración étnica”, genocidio, agresión sexual, violación y destrucción de bienes culturales, cometidas en diversas partes de Bosnia y Herzegovina, las habían seguido algunas de las partes en forma sistemática, fruto de una política deliberada, y bajo la total impunidad de sus responsables”. Al respecto, véase VILLÁN DURÁN, C., *Curso de Derecho Internacional de...*, *óp. cit.*, p. 841.

¹⁴² El Tribunal se organizaba en tres Salas de Primera Instancia (formadas por tres magistrados), una Sala de Apelación (con cinco magistrados por Sala), un Fiscal y la Secretaría. Inicialmente, el tribunal estaba compuesto por once magistrados, ampliándose posteriormente a 14 al comenzar a funcionar la tercera Sala de Primera Instancia creada por la resolución 1166(1998) del CS, de 13 de mayo, lo que conllevó una modificación de los artículos 11 a 13 del Estatuto. Sin embargo, en el año 2000 se volvieron a ampliar a 16 los magistrados del Tribunal (resolución 1329(2000) del CS, de 30 de noviembre), lo que supuso una modificación de los artículos 12 a 14 del Estatuto para disponer de más magistrados en las Salas de Apelaciones. Los magistrados son elegibles, de entre una lista que propone el CS, por la AG, a diferencia del Fiscal que, propuesto por el SG, lo elige el CS.

¹⁴³ Doc. A/54/187-S/1999/846, de 25 de agosto de 1999, Anexo III.

¹⁴⁴ Por esa razón España aprobó la *Ley Orgánica 15/1994, de 1 de junio, para la cooperación con el Tribunal Internacional para el enjuiciamiento de los presuntos responsables de violaciones graves del derecho internacional humanitario cometidas en el territorio de la antigua Yugoslavia*, BOE núm. 131, de 2 de junio de 1994, “que reconoce la competencia erga omnes del TPIYUG y la especialidad de su fuente jurídica (una resolución de una OI y no un tratado)”, VILLÁN DURÁN, C., *Curso de Derecho Internacional...*, *óp. cit.*, p. 528. “En la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica se hace hincapié en que “no se trata de reconocer la competencia del Tribunal”, “pues tal competencia *erga omnes* ya existe” “sino de adoptar las medidas internas adecuadas, teniendo en cuenta la especialidad de su fuente jurídica, que no es un tratado internacional sino una Resolución de una Organización internacional”, GARRIDO CARRILLO, F. J. y FAGGIANI, V., *La aportación de España a la institución de una jurisdicción penal internacional. La Corte Penal Internacional*, Comares, Granada, 2013, p. 14.

Humanos de Naciones Unidas¹⁴⁵. Las conclusiones de la Comisión fueron también presentadas por el SG al Fiscal del TPIR. A la vista de los hechos, se decidió “establecer un tribunal internacional con el propósito exclusivo de enjuiciar a los responsables de genocidio y otras graves violaciones del derecho internacional humanitario cometidas en el territorio de Ruanda y a ciudadanos de Ruanda responsables de genocidio y otras violaciones de esa naturaleza cometidas en el territorio de Estados vecinos entre el 1 de enero de 1994 y el 31 de diciembre de 1994”¹⁴⁶. En concreto, los artículos 2 a 4 señalan que será competente para enjuiciar actos de *genocidio, crímenes de lesa humanidad, violaciones del artículo 3 común a los Convenios de Ginebra y del Protocolo Adicional II de los Convenios*, este último a diferencia del TPIY.

El Tribunal, cuya Sala de primera instancia tiene sede en Arusha, en la República Unida de Tanzania, mientras que la Sala de apelaciones tiene su sede en La Haya, en los Países Bajos, “tendrá competencia para enjuiciar los presuntos responsables de violaciones graves del derecho internacional humanitario”, de acuerdo con el artículo 1 del Estatuto, pero solo aquellos ocurridos durante el año 1994¹⁴⁷ en el territorio de Ruanda (incluyendo su superficie terrestres y su espacio aéreo) y en el territorio de espacios vecinos que hayan sido cometidos por ciudadanos de Ruanda (artículo 7).

El TPIR, aunque fue creado por el CS, contaba con la independencia necesaria para llevar a cabo las labores que, tras la ampliación del número por el

¹⁴⁵ Resolución 935(1994) del CS de las Naciones Unidas, de 1 de julio. Tres fueron los expertos nombrados por el SG que integraron la Comisión de investigación: el Presidente A. K. Amga, procedente de Togo, el guineano H. Dieng y el malí S. Fomba. En el informe definitivo, Doc. S/1994/1405, de 9 de diciembre, “la Comisión concluyó que había pruebas abrumadoras que señalaban a elementos de la etnia hutu como perpetradores de actos de genocidio contra el grupo étnico tutsi, en violación del artículo II de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio. Además, concluyó que personas de ambas partes en el conflicto habían cometido graves violaciones del DIH y crímenes de lesa humanidad. Sin embargo, la Comisión no encontró pruebas sobre posibles actos de genocidio contra la etnia hutu por parte de la etnia tutsi”, VILLÁN DURÁN, C., *Curso de Derecho Internacional de...*, óp. cit., p. 842.

¹⁴⁶ Resolución 955(1994) del CS de las Naciones Unidas, de 8 de noviembre, con la abstención de China. Anexo a la resolución está recogido el Estatuto del TPIR.

¹⁴⁷ “En este sentido, el CS ha preferido que el TPIRW se centre en la persecución de hutus responsables de la gran masacre de tutsis que se desencadenó en Ruanda a partir del 6 de abril de 1994, fecha de la muerte en accidente de aviación, producido en extrañas circunstancias, de los Presidentes de Ruanda y Burundi. En los cuatro meses siguientes a esta fecha se habría perpetrado el genocidio de 800.000 personas en su mayoría de etnia tutsi. En cambio, los abusos de los tutsis contra los hutus no habrían alcanzado en 1994 la misma dimensión de genocidio”, VILLÁN DURÁN, C., *Curso de Derecho Internacional de...*, óp. cit., p. 529.

Consejo de Seguridad (Resolución 1329(2000), Anexo II del CS, de 30 de noviembre de 2000) se le encomendaron a sus 16 magistrados, siguiendo una estructura muy similar a la del TPIY: tres Salas de Primera Instancia compuestas por tres magistrados cada una y una única Sala de Apelaciones con siete magistrados, un Fiscal y una secretaría¹⁴⁸.

También los Estados se comprometen a cooperar con el TPIR, de ahí que en España se dictara la *Ley Orgánica 4/1998, de 1 de julio, para la Cooperación con el Tribunal internacional para Ruanda*¹⁴⁹.

Estos tribunales *ad hoc* de segunda generación no han estado exentos de críticas; por ejemplo, los costes que han supuesto a la Sociedad Internacional (en adelante, SI) y el hecho de que los resultados llegaran tarde¹⁵⁰. Sin embargo, han

¹⁴⁸ Tanto los magistrados de la Sala de Apelaciones como el Fiscal, son los mismos en el tribunal de la ex Yugoslavia y en el de Ruanda, aunque en el caso del tribunal de Ruanda, se cuenta también con un Fiscal Adjunto. Los magistrados son elegidos cada 4 años por la Asamblea General de una lista que proponen los Estados al Consejo de Seguridad. Además, y al igual que ocurriera con el Tribunal para la ex Yugoslavia, los artículos 10 a 12 del Estatuto fueron modificados, aumentando así a los 14 magistrados y a tres Salas de Primera instancia.

¹⁴⁹ *Ley Orgánica 4/1998, de 1 de julio, para la Cooperación con el Tribunal internacional para Ruanda*, BOE, núm. 157, de 2 de julio de 1998. España “reitera su propósito de cooperar plenamente con el Tribunal Internacional para el enjuiciamiento de los presuntos responsables de genocidio y otras graves violaciones del Derecho internacional humanitario cometidas en el territorio de Ruanda, así como de los ciudadanos de Ruanda presuntos responsables de violaciones de la misma naturaleza cometidas en el territorio de Estados vecinos”, GARRIDO CARRILLO, F. J. y FAGGIANI, V., *óp. cit.*, p. 14.

¹⁵⁰ Además, “la creación de estos Tribunales, pese a constituir una medida necesaria para el castigo de los culpables de graves crímenes internacionales, se percibe críticamente como una actuación política del Consejo de Seguridad para paliar errores y omisiones en el desarrollo de conflictos internacionales, y en este sentido se ha visto favorecido el desarrollo de una tercera fórmula de Tribunales Penales Mixtos. (...) su creación “ha sido debida sobre todo al número limitado de partes en el Estatuto de la Corte y a las limitaciones temporales de su jurisdicción (crímenes posteriores a la fecha de la entrada en vigor el Estatuto), unida a la hostilidad manifiesta de los Estados Unidos, y por tanto a la concurrencia de crímenes al margen de la CPI con un poder judicial frágil” (VICENTE GIMÉNEZ, T., “La justicia universal como justicia reparativa postconflicto”, GARCÍA, A. (Ed.), *Los crímenes de Estado y su gestión. Dos experiencias postraumáticas y una aproximación a la justicia penal internacional*, Los Libros de la Catarata, Madrid, 2009, pp. 171-198, p. 180). En concreto, el Gobierno de Ruanda ya puso de manifiesto tres razones por las que se oponía al establecimiento del Tribunal. Así, en primer lugar, no contemplaba la pena de muerte (presente en Ruanda) sino que la pena más grave era el encarcelamiento. En segundo lugar, no estaba de acuerdo con las limitaciones temporales establecidas, señalando que también antes de 1994 se habían llevado a cabo crímenes igualmente graves. Por último, el hecho de que las penas de cárcel se cumplieran en otros países y no en Ruanda o, incluso, que ciertos jueces carecieran de imparcialidad al haber formado parte, de una forma u otra, en el conflicto. Concluía el Gobierno ruandés que este tribunal no responde a las expectativas de los ruandeses y que, como mucho, serviría para tranquilizar las conciencias de la Comunidad Internacional que, presenciando el genocidio que se llevó a cabo, no hizo nada para evitarlo; véase al respecto PETER, C. M., “El Tribunal Penal Internacional para Ruanda: sancionar a los asesinos”, *Revista Internacional de la Cruz Roja*, 30 de noviembre de 1997, p. 2. En general, reciben la misma crítica que los tribunales de Núremberg y Tokio: “todos ellos provocan algún tipo de sonrojo por haber sido ejemplos de justicia vindicativa, no contar con claridad y precisión con unos tipos penales previamente establecidos por las normas jurídicas, o suponer una vulneración,

sido también reseñados como una experiencia positiva, no sólo desde el punto de vista material (sirva de ejemplo la creación de un concepto de *crimen de lesa humanidad*), sino también desde el punto de vista formal, con la creación de un procedimiento de funcionamiento válido para ambos tribunales¹⁵¹.

La tercera generación de tribunales internacionales, llamados también *mixtos o híbridos*, se basaron en estructuras diferentes a aquellos llamados de primera o segunda generación fundados en el Capítulo VII de la Carta de Naciones Unidas. Si bien, más tarde se hicieron propuestas para la creación de nuevos tribunales no se siguieron los modelos anteriores sino que, a través de acuerdos entre la Organización de las Naciones Unidas (en adelante, ONU) y el país respectivo, finalmente se crearon tribunales internacionales mixtos, formados tanto por jueces nacionales como por jueces internacionales y que combinaban los sistemas de justicia nacionales con el sistema de justicia internacional, con sede en los Estados donde ocurrieron los hechos de los cuales son competentes. Ahora bien, tampoco éstos han estado exentos de críticas¹⁵².

De forma general, podemos decir que:

“(…) se trataría de tribunales *ad hoc*, creados a instancias del Gobierno interesado y fruto de un acuerdo internacional entre ese Gobierno y el Secretario General, debidamente autorizado a esos efectos por el CS en el marco del Capítulo VI de la Carta (“Arreglo pacífico de controversias”)”¹⁵³.

Uno de ellos fue el Tribunal Especial para Sierra Leona (en adelante, TESL), que tiene su origen a partir de una Carta que su Presidente envía al del CS un 9 de agosto del año 2000 solicitándole el establecimiento de un tribunal penal especial.

aunque axiológicamente comprensible, del derecho de todos a tener un juez previamente establecido por ley” (RODRÍGUEZ CARRIÓN, A. J., “Una evaluación no necesariamente crítica del Estatuto de la Corte Penal Internacional”, CARRILLO SALCEDO, J. A. (Ed.), *La criminalización de la barbarie. La Corte Penal Internacional*, CGPJ, Madrid, 2000, pp. 483-504, p. 492).

¹⁵¹ MARTÍNEZ DE PISÓN, J., *Tolerancia y Derechos Fundamentales en las sociedades multiculturales*, Tecnos, Madrid, 2001, pp. 236-238.

¹⁵² “Estos tribunales también han recibido fuertes críticas en referencia a las deficiencias de algunas disposiciones de los estatutos y reglamentos; a no ajustarse a las normas de justicia internacional; al escaso número de juicios celebrados; a los problemas surgidos para la cooperación de otros Estados; a las dificultades económicas (debido a que su financiación depende de contribuciones voluntarias y hay países que no han realizado aportaciones); y al escaso impulso que otorgan a la investigación, no afrontando enjuiciamientos en el ámbito nacional y enfocándose únicamente en crímenes internacionales” (MARTÍN, V., *óp. cit.*, p. 3).

¹⁵³ VILLÁN DURÁN, C., *Curso de Derecho Internacional de...*, *óp. cit.*, p. 533.

El CS, en su Resolución 1315(2000), de 14 de agosto, encomienda las negociaciones al SG para llegar a un acuerdo con el Gobierno de Sierra Leona, que vio la luz dos años más tarde, para enjuiciar los crímenes graves que se habían llevado a cabo durante el conflicto en el Estado de Sierra Leona a partir del 30 de noviembre de 1996¹⁵⁴ y anulando cualquier amnistía que fuera adoptada durante el Acuerdo de Lomé¹⁵⁵. Los crímenes, relacionados con sus recursos naturales, en concreto, los diamantes, se identificaban con dos cruentas circunstancias: la mutilación como práctica habitual entre la población y la utilización de niños soldado¹⁵⁶.

Respecto a Timor Este, la ONU asumió la administración de Timor Leste mediante la Administración Transitoria de las Naciones Unidas en Timor Oriental (UNTAET por sus siglas en inglés) a través de la Resolución 1272(1999), de 25 de octubre, hasta la celebración de elecciones generales el 14 de abril del año 2002. Entre las preocupaciones del nuevo Estado se encontraba la de establecer un sistema judicial que, integrando a la Comunidad Internacional, se investigaran y juzgaran los crímenes que las fuerzas armadas indonesias habían llevado a cabo antes y después del referéndum sobre su independencia en septiembre de 1999. Para ello se crearon los Paneles Especiales Internacionales¹⁵⁷ con jurisdicción

¹⁵⁴ BLANC ALTEMIR, A. "El Tribunal Especial para Sierra Leona: un instrumento contra la impunidad por las violaciones graves del Derecho Internacional Humanitario", *AEDI*, núm. 19, 2003, pp. 101-138, p. 107. El TESL fue creado por el *Acuerdo entre las Naciones Unidas y el gobierno de Sierra Leona sobre el establecimiento de la Corte Especial para Sierra Leona*, firmado el 16 de enero de 2002, también conocido como Tratado de Freetown (ciudad sede del Tribunal y capital de Sierra Leona), más tarde enmendado el 13 de mayo de 2006. El Estatuto del Tribunal se encuentra anexo al Acuerdo Especial, siendo sus Reglas de Procedimiento y Prueba una copia casi exacta de los Estatutos del TPIY y TPIR. El Tribunal está integrado por once jueces, dos de Sierra Leona y once extranjeros.

¹⁵⁵ *Acuerdo de Paz*, firmado en Lomé (Togo), el 28 de febrero de 1975.

¹⁵⁶ LIÑÁN LAFUENTE, A., "Los tribunales penales híbridos e internacionalizados", GIL GIL, A. y MACULAN, E. (Dir.), *Derecho penal internacional*, Dykinson, Madrid, 2016, pp. 105-127, p. 107. Entre sus sentencias más relevantes, la dictada el 26 de abril de 2012 contra Charles Ghankay Taylor, ex Presidente de Liberia, condenado a 50 años de prisión por crímenes de guerra y crímenes contra la Humanidad. La sentencia, recurrida, fue confirmada por la Sala de Apelaciones un año más tarde, el 26 de septiembre de 2013 (véase FERNÁNDEZ TRESGUERRES, J. A., "Charles Ghankay Taylor: Primer Jefe de Estado condenado por un Tribunal Penal Internacional", *IEEE*, núm. 17, 2012, disponible en http://www.ieee.es/Galerias/fichero/docs_marco/2012/DIEEEM17-2012_Juicio_CharlesTaylor_Tresguerres.pdf.)

¹⁵⁷ "Los Paneles Especiales son parte de la corte de Distrito de Dili por lo que forman parte de la estructura judicial nacional. Estos tienen jurisdicción para juzgar crímenes bajo el derecho internacional y ciertas disposiciones de derecho nacional. El servicio de la fiscalía está compuesto casi exclusivamente de abogados internacionales y la división de investigación está formada en su totalidad con personal internacional. Cada panel se compone de un magistrado nacional y dos

sobre los crímenes de genocidio, crímenes de guerra y crímenes contra la humanidad llevados a cabo entre el 1 de enero y el 25 de octubre de 1999, incluidos los crímenes cometidos por un ciudadano de Timor Este y contra un ciudadano de Timor Este¹⁵⁸.

Más tarde se crearon las Cámaras Extraordinarias de los Tribunales de Camboya (en adelante, CETC) para el enjuiciamiento de los crímenes cometidos durante el período de Kampuchea Democrática¹⁵⁹. Camboya solicitó al SG ayuda para la creación de un tribunal que, tras diversos desacuerdos entre el Estado camboyano y el SG de Naciones Unidas, el 2 de enero de 2001 por fin se aprobaba la *Ley sobre el establecimiento de Salas Extraordinarias en las Cortes de Camboya* que reanudó las negociaciones para finalmente, el 6 de junio de 2003, firmarse el acuerdo por el que se establecían las Cámaras, que preveían ser asistidas internacionalmente¹⁶⁰. Las Cámaras son un tribunal mixto establecido en 2006 por las Naciones Unidas a través del Programa de Asistencia para los Juicios de los Jemeres Rojos (en adelante, UNAKART) para juzgar a los “máximos líderes y altos responsables de los crímenes nacionales e internacionales” cometidos durante el periodo de la República Democrática de Kampuchea, entre el 17 de abril de 1975 y el 6 de enero de 1979, bajo el derecho camboyano¹⁶¹. A diferencia del TESL, “las

magistrados internacionales”, *Los derechos de las víctimas ante la Corte Penal Internacional. Manual para Víctimas, sus representantes legales y ONG*, FIDH, 2007, p. 34.

¹⁵⁸ Los crímenes sobre los que tienen competencia los paneles son muy similares a los contemplados en el Estatuto de la CPI. “Respecto al asesinato y las ofensas sexuales, se aplicó la definición del Código Penal de Timor Este, mientras que la propia Regulación 2000/15 aportaba una definición de la tortura”, esto es, los Paneles tenían competencia sobre crímenes internacionales y sobre delitos domésticos. “La Constitución de Timor Este, que entró en vigor el 20 de mayo de 2002, reconoció en su Sección 160 que el sistema judicial creado en Timor permanecería hasta que fuera establecido uno nuevo y pudiera comenzar a funcionar de modo autónomo” (LIÑÁN LAFUENTE, A., “Los tribunales penales híbridos...”, *óp. cit.*, pp. 112-114).

¹⁵⁹ Entre 1975 y 1979 el líder del Partido Comunista de Kampuchea, Pol Pot, al mando de los Jemeres Rojos, llevaron a cabo un exterminio en Phom Phen con deportaciones y masacres, con un saldo de víctimas del 21% de la población camboyana de aquel entonces. Al respecto, LIÑÁN LAFUENTE, A., “Los tribunales penales híbridos...”, *óp. cit.*, 115-117.

Más: DONOVAN, D. K., “Join U. N. – Cambodia efforts to establish a Khmer Rouge Tribunal”, *Harvard International Law Journal*, vol. 44, núm. 2, 2003, pp. 551-576 y MEIJE, E. E. “The Extraordinary Chambers in the Courts of Cambodia for Prosecuting Crimes Committed by the Khmer Rouge: Jurisdiction, Organization and Procedure of an Internationalized National Tribunal”, en *Internationalized criminal courts and tribunals: Sierra Leone, Est Timor, Kosovo and Cambodia*, Oxford University Press, Oxford, 2004, pp. 207-232.

¹⁶⁰ UN DOC. A/RES/57/228/B, de 13 de mayo de 2003 y UN Doc. A/60/565, de 25 de noviembre de 2005, párr. 4º.

¹⁶¹ Sin embargo, son muchos los sectores que cuestionan la competencia temporal, personal y material del Tribunal. OLIVA MARTÍNEZ, J. D., “El Tribunal de Camboya inicia un nuevo juicio a

Cámaras Extraordinarias forman parte de la estructura judicial nacional y operan bajo la administración de Camboya y no de las Naciones Unidas”¹⁶².

Por su parte, el Tribunal Especial para el Líbano (en adelante, TEL) fue establecido también por un acuerdo entre el CS de las Naciones Unidas y el Gobierno libanés¹⁶³ para esclarecer los hechos que tuvieron lugar durante el atentado del 14 de febrero de 2005 en el que murieron 23 personas, entre ellas el ex Primer Ministro del Líbano, Rafiq Hariri. Ahora bien, no fue hasta el 30 de mayo de 2007 que el CS, en utilización del Capítulo VII de la Carta, adoptó la Resolución 1757 que, con naturaleza vinculante, estableció la entrada en vigor del tribunal el 10 de junio de 2007. El Tribunal¹⁶⁴, de composición híbrida (jueces libaneses e internacionales), sólo conocerá de los hechos ocurridos el día señalado; sin embargo, “si el Tribunal concluye que otros ataques ocurridos en el Líbano entre el 1 de octubre de 2004 y el 12 de diciembre de 2015 (o cualquier otra fecha posterior) están conectados (...) también podrá ser competente el Tribunal para enjuiciarlos”. Respecto a su competencia objetiva, a diferencia de los tribunales establecidos en Sierra Leona o Camboya, sólo conocerá de los hechos que sean considerados delito de acuerdo con el Código penal del Líbano, de ahí que sea el único que tenga también competencia respecto al delito de terrorismo¹⁶⁵.

Respecto a los Paneles de Kosovo, todo comenzó el día después de que la OTAN bombardeara la región, cuando el CS de las Naciones Unidas adoptó la Resolución 1244(1999), de 10 de junio, que contemplaba el plan de paz con la Misión de las Naciones Unidas en Kosovo (en adelante, UNMIK) y la Administración provisional de las Naciones Unidas. Este plan, que no establecía en ningún momento Paneles internacionales sino que hacía referencia al ya existente TPIY, llevó a cabo todas las funciones legislativas judiciales y ejecutivas en Kosovo. Respecto a las competencias judiciales, la “UNMIK estableció una comisión de

altos dirigentes de la Kampuchea Democrática acusados en el caso núm. 002/19-09-2007/ECCC-TC”, *REDI*, vol. LXIII, núm. 2, 2011, pp. 302-307, p. 306.

¹⁶² *Los derechos de las víctimas ante la Corte Penal Internacional*, *óp. cit.*, p. 32.

¹⁶³ Resolución 1664(2006) del CS de las Naciones Unidas, de 29 de marzo.

¹⁶⁴ El Tribunal fue establecido por la Resolución 1757(2007) del CS de las Naciones Unidas, de 30 de mayo. El Estatuto del Tribunal está anexo a la citada resolución.

¹⁶⁵ LIÑÁN LAFUENTE, A., “Los tribunales penales híbridos...”, *óp. cit.*, pp. 120-121.

Más: COCKAYNE, J., “The Special Tribunal for Lebanon: a Cripple from Birth?: Foreword”, *JICJ*, vol. 5, núm. 5, 2007, pp. 1061-1064; y SHABAS, W. A., “The Special Tribunal for Lebanon: Is a “Tribunal of an International Character” equivalent to an “International Criminal Court”?”, *Leiden Journal of International Law*, vol. 21, núm. 2, 2008, pp. 513-528.

asesoría técnica sobre servicio judicial y de enjuiciamiento que más tarde recomendó la creación de un nuevo tribunal *ad hoc* para escuchar casos respecto a infracciones del derecho internacional humanitario o crímenes étnicos con sede en Kosovo, siguiendo en gran medida la confirmación del TPIY, bajo el nombre de Corte de Kosovo sobre la Guerra y los Crímenes Étnicos”¹⁶⁶, idea que no se materializó y que finalmente se sustituyó por una solución híbrida dentro del sistema penal kosovar en diciembre del 2000. Para ello, de acuerdo con la regla de Naciones Unidas 2000/6, se designó un juez y un fiscal internacional que comenzaron a trabajar con los jueces nacionales. Sin embargo, se dio un paso más con la creación de Paneles especiales compuestos por tres jueces, internacionales y nacionales, que podían ser elegidos por la defensa y el Fiscal, decidiéndose caso por caso una mayoría nacional o internacional, de acuerdo con la regla 2000/64. Respecto a la ley aplicable, varias eran las normas: las regulaciones de la UNMIK, el Código penal kosovar, el Derecho Internacional Humanitario... Esta amalgama de normas representó, de hecho, “un obstáculo hasta que el 6 de abril de 2004 se aprobaron los Códigos Penal y Procesal de Kosovo”¹⁶⁷.

Dedicaremos también unas líneas a la Sala para los crímenes de guerra en Bosnia Herzegovina y las Salas Africanas Extraordinarias del sistema judicial senegalés. Respecto a la primera, la Sala para los crímenes de guerra en Bosnia Herzegovina fue otro de los denominados tribunales híbridos que, a través de dos resoluciones del CS¹⁶⁸, “solicitó a los tribunales nacionales de los países creados tras los Acuerdos de Dayton asistir al TPIY en su misión, a efectos de transferir a las jurisdicciones nacionales el enjuiciamiento de supuestos donde no estuvieran involucrados los máximos responsables de las Fuerzas Armadas”. De ahí que, en 2005, en el Tribunal de Bosnia Herzegovina comenzara a funcionar una Sala para el enjuiciamiento de crímenes de guerra con el “objetivo de participar en el

¹⁶⁶ *Los derechos de las víctimas ante la Corte Penal Internacional...*, *óp. cit.*, p. 35.

¹⁶⁷ “A diferencia de otros tribunales híbridos, en Kosovo no existe una jurisdicción preferente que distingue los crímenes internacionales de los nacionales. Los tribunales juzgaron los procesos según el antiguo Código Penal yugoslavo, hasta la entrada en vigor del nuevo Código Penal de Kosovo. Hasta que éste no ha sido adoptado, no se ha incorporado la figura del crimen contra la humanidad al sistema legal aplicable, ya que el Código Penal yugoslavo no lo contemplaba. Este hecho ha provocado que la mayoría de los tipos penales objeto de enjuiciamiento hayan sido el genocidio y los crímenes de guerra” (LIÑÁN LAFUENTE, A., “Los tribunales penales híbridos...”, *óp. cit.*, p. 124).

¹⁶⁸ La Resolución 1503(2003), del CS de las Naciones Unidas, de 28 de agosto, y la Resolución 1534(2004) del CS de las Naciones Unidas, de 26 de marzo.

proceso de reconstrucción del sistema judicial de Bosnia y descongestionar el TPIY¹⁶⁹. Durante los cinco años siguientes, y a pesar de que su composición fue inicialmente híbrida, fueron desapareciendo los jueces internacionales y, si a ello añadimos que no es un tribunal que opere bajo el mandato de las Naciones Unidas, podemos decir que, a día de hoy, ha perdido esa naturaleza híbrida. Por su parte, las Salas Africanas Extraordinarias, fueron establecidas por un acuerdo entre Senegal y la UA. De acuerdo con el Estatuto de las Salas Africanas Extraordinarias, están formadas por dos jueces senegaleses y uno de diferente nacionalidad que actúa como Presidente. Son competentes para juzgar a los responsables de los crímenes cometidos en el Chad entre el 7 de junio de 1982 y el 1 de diciembre de 1990.

Por último, el Alto Tribunal Especial Iraquí¹⁷⁰, con sede en Bagdad, cuyo Estatuto¹⁷¹ señala su competencia para el crimen de genocidio, crímenes de guerra, crímenes contra la humanidad e incumplimientos de la ley iraquí, y el Tribunal Especial de la República Libanesa para el enjuiciamiento del atentado del 14 de febrero de 2005 en Beirut en el que fallecieron 23 personas, una de ellas el ex Primer Ministro de Líbano, Rafiq Hariri y, en general, los atentados que tuvieron lugar en Líbano entre el 1 de octubre de 2004 y 12 de diciembre de 2015. En 2006, el CS aprobó la creación de “un tribunal internacional de carácter internacional basado en las más altas normas de justicia penal”¹⁷². Ahora bien, no fue hasta el 30 de mayo de 2007 que el CS, en utilización del Capítulo VII de la Carta, adoptó la Resolución 1757 que, con naturaleza vinculante, estableció la entrada en vigor del tribunal el 10 de junio de 2007¹⁷³.

Para terminar, la profesora Sara IRIGOYEN recoge la propuesta de la Comisión Internacional Independiente de Investigación en Siria al CS¹⁷⁴ en relación

¹⁶⁹ LIÑÁN LAFUENTE, A., “Los tribunales penales híbridos...”, *óp. cit.*, p. 125.

¹⁷⁰ Sobre el Alto Tribunal Especial Iraquí puede consultarse: NEWTON, M. A., “El Alto Tribunal Penal Iraquí: controversias y contribuciones”, *International Review of the Red Cross*, núm. 862, Junio, 2008, disponible en https://www.icrc.org/spa/assets/files/other/ricr_862_newton.pdf.

¹⁷¹ Estatuto del Tribunal Especial Iraquí, de 10 de diciembre de 2003, disponible en http://www.cpa-iraq.org/human_rights/Statute.htm.

¹⁷² Resolución 1664(2006) del CS de las Naciones Unidas, de 29 de marzo.

¹⁷³ Resolución 1757(2007) del CS de las Naciones Unidas, de 10 de junio.

¹⁷⁴ La Comisión propone reenviar la situación a la CPI o a un tribunal *ad hoc* (*Report of the Independent International Commission of Inquiry on the Syrian Arab Republic*, Consejo de Derechos Humanos, 31ª sesión, de 11 de febrero de 2016, párr. 161, p. 23. <https://reliefweb.int/sites/reliefweb.int/files/resources/A-HRC-31-68.pdf>).

a la creación de un tribunal especial para el enjuiciamiento de los actos del Estado Islámico, a imagen y semejanza de los tribunales *ad hoc* de la antigua Yugoslavia y Ruanda. Teniendo en cuenta que el CS ha calificado los actos del Estado Islámico como una “amenaza para la paz y seguridad internacionales”¹⁷⁵ y “que los crímenes del EI tienen un elemento que los diferencian de los crímenes juzgados hasta el momento y es que su principal objetivo es sembrar el terror en la población”, sería conveniente poner en marcha el Capítulo VII de la Carta para la creación de un tribunal *ad hoc* que “simbolizaría una declaración de la comunidad internacional condenando todo tipo de actos que pretendan sembrar el terror en toda la comunidad internacional”¹⁷⁶. En su opinión, los tribunales *ad hoc* cuentan con dos ventajas: la primera sería el hecho de que se rigen por su propio estatuto, creado por el CS, lo que permitiría ajustarse a las diversas necesidades de cada situación, creando un tribunal “a medida”, teniendo en cuenta la organización *atípica y novedosa* en el ámbito internacional (“sus responsables se encuentran en distintos Estados, sus miembros ostentan muy diversas nacionalidades y sus actos de terrorismo han tenido importantes consecuencias e influencias de terceros”). La segunda se refiere al hecho de que el CS, al igual que lo hiciera con los anteriores tribunales *ad hoc*, establecería obligaciones de cooperación a los Estados de Siria e Irak, pero también a terceros Estados, siendo la cooperación “clave para el éxito del los enjuiciamientos dada la compleja situación existente en los Estados de Siria e Irak”¹⁷⁷.

3. TRAS LA CAÍDA DEL MURO, ¿*QUO VADIS*, JURISDICCIÓN UNIVERSAL?

Durante la Guerra Fría y hasta la caída del muro de Berlín, no fue fácil el desarrollo de una política criminal enfocada hacia el establecimiento de un Derecho Internacional Penal por parte de los Estados. La existencia de los ya

¹⁷⁵ Resolución 2249(2015) del CS de las Naciones Unidas, de 20 de noviembre, párr. 1 y Resolución 2253(2015) del CS de las Naciones Unidas, de 18 de diciembre, p. 1.

¹⁷⁶ IRIGOYEN CHÁVEZ, S., “El Estado Islámico y la justicia penal internacional”, GUTIÉRREZ ESPADA, C. y CERVELL HORTAL, M^a. J. (Dir.), *El Estado Islámico (DAESH). ¿Aprenderemos la lección?*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 301-337, p. 333.

¹⁷⁷ IRIGOYEN CHÁVEZ, S., *óp. cit.*, pp. 333-335.

conocidos dos bloques ideológicos antagónicos hacía muy difícil avanzar en el camino común que, con Núremberg y Tokio, se había emprendido, debiendo añadir el hecho de que, en cumplimiento de los compromisos internacionales alcanzados a través de los tratados internacionales, muchos de los Estados (entre ellos España) comenzaron a *nacionalizar* su reacción a los crímenes internacionales mediante la codificación del principio de jurisdicción universal en su ordenamiento jurídico¹⁷⁸.

Es, tras la caída del Muro de Berlín, cuando la búsqueda de la ansiada justicia universal despierta con la aprobación del Estatuto de Roma por el que se crea la CPI¹⁷⁹. La votación del Estatuto¹⁸⁰ durante la conferencia de Roma de 1998,

¹⁷⁸ BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I., *óp. cit.*, pp. 26-27.

¹⁷⁹ Ya, a finales del siglo XIX, en 1872, Gustave MOYNIER, uno de los fundadores y Presidente del Comité Internacional de la Cruz Roja, proponía la creación de un tribunal permanente para enjuiciar a los responsables de la Guerra Franco-Prusiana frente a las violaciones de la Convención de Ginebra de 1864 (GARRIDO CARRILLO, F. J. y FAGGIANI, V., *óp. cit.*, p. 10). Más tarde, en 1937, la Liga de las Naciones adoptó una convención sobre la creación de un tribunal penal internacional que nunca entró en vigor. Terminada la Segunda Guerra Mundial y establecidos los tribunales de Núremberg y Tokio, la AG de las Naciones Unidas adoptó la Resolución 260B(III) en la que se encomendaba a la CDI la preparación de un proyecto de estatuto de tribunal penal internacional permanente. Sin embargo, las tensiones suscitadas por la denominada Guerra Fría no creaban el clima más propicio para avanzar, teniendo que esperar hasta los noventa. En 1994 la CDI presentó un primer Proyecto de estatuto (Resolución 44/39, de 4 de diciembre de 1989) de ahí que la AG, a través de la Resolución 49/53, de 9 de diciembre de 1994, se comprometiera a convocar una conferencia para debatir el Proyecto. Sin embargo, las acentuadas desavenencias entre los Estados hicieron que se pospusiera su celebración. Se creó un Comité Especial *ad hoc* de representantes Gubernamentales establecido por la AG en su Sexta comisión. La CDI estudiaría el Proyecto y convocaría una conferencia intergubernamental. El Comité pasó a ser, con la Resolución 50/46, de 11 de diciembre de 1995, el Comité Preparatorio de la Conferencia Diplomática que llevaría a cabo las negociaciones. Éste se reunió hasta en seis ocasiones entre 1996 y 1998, partiendo de un proyecto consolidado de 116 artículos con opciones procesales, sustantivas y organizativas que fue presentado a la AG, en su sesión número 51, el 28 de octubre de 1996. “El Comité Preparatorio estuvo abierto a la participación de todos los Estados Miembros de las Naciones Unidas, y funcionó en todo momento sobre la base del consenso. Dicho Comité, refundió, revisó y completó los textos provenientes de la CDI hasta que sometió a la Conferencia de Roma el llamado *texto consolidado*. A pesar de llamarse consolidado, aproximadamente mil setecientas opciones aún debían decidirse (MÁRQUEZ CARRASCO, C., *El Proceso de Codificación y Desarrollo Progresivo de los Crímenes contra la Humanidad*, Universidad de Sevilla, Sevilla, 2005, p. 102). La AG decidió en su Resolución 51/207, de 17 de diciembre de 1996 la celebración de la Conferencia Diplomática, señalando (resolución 47/33) que “la Conferencia de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas sobre el establecimiento de una Corte Penal Internacional (...) sería celebrada en la ciudad de Roma, Italia, del 15 de junio al 17 de julio de 1997, con miras a finalizar y adoptar una convención sobre el establecimiento de dicha corte”. Tras un mes de negociaciones, el 17 de julio, la Conferencia terminó la redacción del Estatuto de la CPI con una votación que aprobaba el texto del Estatuto compuesto por 128 artículos (Doc. A/CONF.183/9, de 17 de julio de 1998, pp. 87). “El ECPI se erige como el instrumento internacional más avanzado, hasta hoy, no sólo en la codificación de los crímenes internacionales de más grave transcendencia para la comunidad internacional, sino también en los aspectos orgánicos y procesales del funcionamiento de un tribunal penal internacional” (VILLÁN DURÁN, C., *Curso de Derecho Internacional de...*, *óp. cit.*, p. 901).

arrojaría como resultado 120 votos a favor, 21 abstenciones y ocho votos en contra (República Popular de China, Estados Unidos, Filipinas, India, Israel, Libia, Sri Lanka y Turquía¹⁸¹). Era un *tímido* paso hacia la internacionalización de la justicia penal¹⁸², que entraría en vigor el 1 de julio de 2002, casi 4 años más tarde, tras las 60 ratificaciones exigidas y sin efectos retroactivos¹⁸³. La CPI tiene competencia para conocer de los crímenes recogidos en el artículo 5 de su Estatuto (en adelante,

¹⁸⁰ UN doc. A/CONF.183/9, de 17 de julio de 1998. “El Estatuto de la Corte Penal, como los establecidos para la antigua Yugoslavia y Ruanda, no es el fruto de la victoria en una guerra, sino del esfuerzo de la comunidad internacional en su conjunto, decidida a que los crímenes más graves contra los derechos humanos fundamentales no queden impunes” (MÁRQUEZ CARRASCO, C., *El Proceso de Codificación y Desarrollo Progresivo...*, *óp. cit.*, pp. 103-104). Como se ha señalado el *packaged deal* conllevaba no sólo limitaciones sino también ventajas. Quedémonos con que se sepultaba una vez más, tras las ocasiones del TPIY y el TPIR, la *justicia política* formulada por CHARVIN en la que los vencedores hacían justicia a los vencidos (FERNÁNDEZ LIESA, C. R., *El Derecho internacional de los derechos humanos en perspectiva*, Civitas-Thomson Reuters, Navarra, 2013, pp. 343-344).

¹⁸¹ Estados Unidos lo firmaba el 31 de diciembre de 2000, pero esa firma fue retirada bajo la administración de George W. BUSH, que no compartía el hecho de que los traslados forzosos de población fueran considerados un crimen internacional. Las posiciones de Estados Unidos y China básicamente estaban en contra de que el Fiscal de la CPI tuviera iniciativa propia de acción penal, apostando aquellos por que fuera una competencia del CS de las Naciones Unidas. “Como producto de este debate se dispuso que el Fiscal de la Corte tendría el derecho de promover una acción, sea por iniciativa propia o bien por remisión del caso por un Estado Parte o por el Consejo de Seguridad. Como contrapartida, se atribuyó al CS la facultad de suspender la acción judicial por doce meses, renovables por una sola vez, en total veinticuatro meses (art. 16 del Estatuto). Esta concesión no fue suficiente para los países objetores, de modo que China y Estados Unidos votaron en contra de la aprobación” (VILLALPANDO, W., *óp. cit.*, p. 23). Como señala Teresa VICENTE GIMÉNEZ: “la más firme oposición a cualquier forma de ejercicio del principio de Justicia Universal la representa hasta la fecha EEUU (...) sobre todo cuando Washington perdió la batalla de limitar su competencia para los crímenes de los Estados parte, a fin de resguardar a sus nacionales de la competencia de la Corte mediante el expediente de no participar en sus Estatutos. Desde su creación, la Corte Penal Internacional se percibía por Estados Unidos como un instrumento del Consejo de Seguridad y, en última instancia, como un instrumento de su política exterior”. De ahí que fundamentalmente Estados Unidos, en relación a la CPI, se mueva en torno a tres *ejes*: el primero, presión sobre el CS para impedir resoluciones que puedan afectar a los nacionales estadounidenses; segundo, la celebración de tratados bilaterales de no entrega o extradición de sus nacionales cuando sean ordenadas por la CPI; por último, el 2 de agosto de 2002 entró en vigor la *American Servicemembers Protection Act* que “prohíbe la cooperación económica y administrativa (...) de los Estados Unidos con la Corte mientras no ratifique su Estatuto, suspende la asistencia económica (salvo la humanitaria) y militar a Estados partes en el Estatuto, a menos que celebren con Estados Unidos uno de los acuerdos de exclusión de cooperación con la Corte, que permita proteger eficazmente al personal civil y militar de este país, de la investigación y procesamiento de esta institución en el extranjero y prevé, además, la posibilidad de intervenir militarmente para rescatar a sus nacionales procesados por la Corte” (“La justicia universal...”, *óp. cit.*, pp. 178-179).

¹⁸² Y es que “hay que subrayar que el carácter internacional de todos estos delitos viene determinado por el carácter universal de su contenido, no por el lugar donde se produjeron o porque, vinculado al como de su realización, surja interés en su represión” (BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I., *óp. cit.*, p. 28).

¹⁸³ España ratificó el ECPI a través de la *Ley Orgánica 6/2000, de 4 de octubre por la que se autoriza la ratificación por España del Estatuto de la Corte Penal Internacional*, BOE núm. 239, de 5 de octubre de 2000, por instrumento de 19 de octubre de 2000, y mediante la *Ley Orgánica 18/2003, de 10 de diciembre, de Cooperación con la Corte Penal Internacional*, BOE núm. 296, de 11 de diciembre de 2003.

ECPI): genocidio, lesa humanidad, crímenes de guerra y agresión¹⁸⁴, teniendo estos crímenes carácter imprescriptible¹⁸⁵.

La *joven* CPI constituyó un paso fundamental en el establecimiento de un sistema penal internacional que busca garantizar, desde un ámbito supraestatal, una protección de los DDHH y las libertades fundamentales efectiva y sin resquicios, que contribuya al desarrollo progresivo de la paz y de la seguridad internacional¹⁸⁶. Nace como un órgano judicial internacional que, por primera vez, no era consecuencia directa de un *conflicto armado*, sino que se diseñaba con carácter permanente y con competencia complementaria para enjuiciar cuando los tribunales nacionales no pudieran o no quisieran hacerlo. Es cierto que en la actualidad no pasa por su mejor momento y que son muchos quienes la critican¹⁸⁷,

¹⁸⁴ Se trata, en realidad, de una *visión revisada* del Código de crímenes contra la paz y la seguridad de la Humanidad, GUTIÉRREZ ESPADA, C. y CERVELL HORTAL, M^a. J., *El Derecho Internacional en la encrucijada. Curso General de Derecho Internacional Público*, 4^aed., Trotta, Madrid, 2017, p. 354. Sin embargo, respecto al crimen de agresión se establece que no será competente la CPI hasta que, siete años después, la Conferencia de Revisión prevista en el art. 123 del ECPI establezca una definición del mismo. La fórmula fue adoptada en el *último minuto* “para salvar la credibilidad y la imagen de una corte *in statu nascendi*, un compromiso entre quienes buscaban restringir la definición del crimen y someter la jurisdicción de la Corte al control previo del Consejo de Seguridad y los que, en las antípodas, reclamaban una definición amplia del crimen y libertad de la Corte en su persecución”. Finalmente, la Conferencia de revisión celebrada entre los meses de mayo y junio de 2010 en Kampala, Uganda, estableció la definición del crimen de agresión que entró en vigor, de acuerdo con una controvertida y difícil aplicación de los numerales del art. 124 del ECPI, el 1 de enero de 2017 (REMIRO BROTONS, A., “A vueltas con el crimen de agresión”, en ORIHUELA CALATAYUD, E. (Coord.), *Crímenes internacionales y justicia penal. Principales desafíos*, Aranzadi, Navarra, 2016, pp. 53-74, pp. 54-58).

¹⁸⁵ Si bien, el carácter imprescriptible ya se recogía en la *Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad* de 26 de noviembre de 1968, cuyo art. I. B, al referirse a los crímenes de lesa humanidad, incluía también “la expulsión por ataque armado u ocupación y los actos inhumanos debidos a la política del *apartheid* y el delito de genocidio. (...) La no aplicación de la prescripción a estos delitos debe vincularse a su carácter de *ius cogens*, que conduciría por otro lado a la nulidad, en su caso, de disposiciones nacionales que lo establecieran”, (BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I., *óp. cit.*, p. 29).

¹⁸⁶ “Para enfrentarse a un reto de parecida envergadura (la CPI) yo no era suficiente la elaboración de normas jurídicamente vinculantes que establecieran meros principios y estándares mínimos de protección en materia de derecho a la tutela judicial efectiva y a un proceso debido, ni era suficiente la descripción de un supuesto típico delictivo y la correspondiente sanción en el ámbito estatal, sino que la Comunidad Internacional en su conjunto advertía la necesidad de instrumentos concretos que permitieran dar el salto de lo abstracto a lo concreto, a la realidad, y que trascendieran la dimensión propiamente estatal” (GARRIDO CARRILLO, F. J. y FAGGIANI, V., *óp. cit.*, pp. 2-3).

¹⁸⁷ Se la acusa de que en ella, por un lado, “existe una relación interesada entre la esfera política y la judicial, teniendo en cuenta que el apoyo económico que recibe la CPI proviene principalmente de Estados poderosos así como de la UE” y, por otro, se le acusa también de que sólo se hayan abierto causas contra Estados que no se clasifican por estar, precisamente, entre los que más poder ostentan. “Es esencial que la CPI lleve a cabo una política donde los intereses políticos y los económicos estén bien definidos y separados, dado que de no ser así esto podría afectar directamente los intereses del poder judicial, al que se supone -ante todo- independiente” (MARTÍN, V., *óp. cit.*, pp. 3-4).

a lo que debe sumarse la retirada de algunos Estados del Estatuto (Sudáfrica, Gambia, Burundi y Filipinas); pero no podemos olvidar que la CPI, por más que no sea un instrumento perfecto, ha supuesto una oportunidad sin precedentes para que las víctimas de crímenes bajo el DI busquen justicia, participen en procedimientos y obtengan reparación¹⁸⁸.

Puede, por tanto, afirmarse que el Derecho Internacional Penal se ha consolidado en los últimos años, con el objetivo de no dejar impunes los crímenes más graves del ámbito internacional. Lo que surgió tímidamente en los procesos de Núremberg y Tokio y se acrecentó con los tribunales *ad hoc* y los tribunales híbridos, se ha visto complementado además con el ejercicio de la jurisdicción universal por los tribunales nacionales al ejercer sus compromisos internacionales¹⁸⁹. El Derecho Internacional Penal es, con todo, un sistema judicial internacional *aún* inacabado, pues hemos visto cómo los tribunales mencionados tienen limitaciones objetivas, territoriales, temporales e, incluso, subjetivas. Si a ello añadimos la falta de medios, ya puesta de manifiesto en las críticas suscitadas, se constata que la lucha contra la impunidad es aún incompleta e imperfecta. Los sistemas judiciales internos son, por tanto, una pieza fundamental en el Derecho internacional penal, no sólo respecto a aquellos crímenes cometidos en su territorio, sino en el de aquellos Estados en los que, tras la comisión de crímenes graves de DI, el Estado del territorio no puede o, incluso, no quiere ejercer su jurisdicción para evitar, no sólo la impunidad de los responsables, sino también para disuadir la comisión de tales crímenes¹⁹⁰.

La jurisdicción universal ha estado siempre presente en la construcción de un sistema internacional penal y es un elemento clave en el mismo. José DOBOVSEK ha señalado su implantación en cinco etapas. Una primera dedicada a

¹⁸⁸ *Los derechos de las víctimas ante la Corte Penal Internacional...*, *óp. cit.*, p. 37.

¹⁸⁹ “Desde una perspectiva conjunta, como la descrita, es decisiva su contribución, en el desarrollo orgánico, sustantivo y adjetivo, de lo que deberá ser en un futuro próximo un auténtico sistema normativo penal para toda la comunidad internacional” (VILLÁN DURÁN, C., *Curso de Derecho Internacional de...*, *óp. cit.*, p. 901).

¹⁹⁰ Y así lo señala el Profesor Carlos VILLÁN DURÁN al hablar del asunto *Pinochet*: “Hemos de llegar al caso *Pinochet* para ver el principio de jurisdicción penal universal en todo su apogeo pero, fundamentalmente, debemos extraer de él dos consecuencias fundamentales. La primera de ellas es que a raíz del mismo, diversos Estados dieron trámite a diversas denuncias a través del principio de jurisdicción universal. La segunda, el efecto disuasorio que causó, pues las víctimas ya no estaban solas, sino que eran oídas y podían ejercer su derecho a la justicia internacional penal” (*Curso de Derecho Internacional de...*, *óp. cit.*, p. 901).

la jurisdicción nacional, en la que los tribunales estatales actúan como jueces estatales e internacionales; una segunda etapa en la que se habla de una jurisdicción internacional incipiente; la tercera, dedicada a la jurisdicción internacional imperfecta, compuesta por los Tribunales de Núremberg y de Tokio; la cuarta etapa, en la que aparecen los tribunales establecidos *ad hoc*; y, por último, la quinta etapa, que contempla una jurisdicción internacional plena con la creación, con vocación permanente, de la Corte Internacional Penal¹⁹¹.

En la actualidad, la jurisdicción universal es *teóricamente* cuasi-universal¹⁹². *Teóricamente* porque pese a estar recogida en los ordenamientos jurídicos de no pocos Estados, su práctica es otro cantar¹⁹³. Resiste, además, tanto a progresos como a retrocesos o limitaciones. Algunos autores han relacionado estos retrocesos con el continente europeo, señalando que en Europa se originó y comenzó a ejercerse la jurisdicción universal y con la práctica estatal llegaron las graves modificaciones legislativas limitativas, consecuencia de las presiones políticas sufridas a que son sometidos por otros Estados (así ha sucedido en España o Bélgica). Pero al mismo tiempo se encuentra en marcha, por un lado, una universalización de la jurisdicción universal¹⁹⁴, como es el caso de China¹⁹⁵, pues

¹⁹¹ Clasificación que realiza basándose en una conferencia del Dr. SABAT, en 1999 (DOBOVSEK, J., "La jurisdicción internacional...", *óp. cit.*, pp. 5-9).

¹⁹² Según datos de Amnistía Internacional 147 Estados, aproximadamente un 76.2%, han recogido en su legislación interna la institución de la jurisdicción universal ("Universal Jurisdiction. A preliminary survey of legislation around the world - 2012 update", Amnesty International, 2012, p. 12, disponible en <https://www.amnesty.org/es/documents/ior53/019/2012/en/>). Resulta curioso como la entrada "Is Amnesty Overcounting the Number of Universal Jurisdiction States?", de Kevin Jon HELLER, de 13 de diciembre de 2013, en el blog Opinio Iuris (disponible en <http://opiniojuris.org/2013/12/13/is/>) comienza confundiendo los datos del informe de Amnistía Internacional en sus primeras líneas señalando que un 86% de Estados, según Amnistía, ejerce la jurisdicción universal sobre, al menos, un crimen de Derecho internacional. Sin embargo, si acudimos al informe de Amnistía señala que un 86% aproximadamente de los Estados miembros de Naciones Unidas han definido uno o más de los cuatro crímenes de Derecho internacional como delitos en sus legislaciones internas, p. 12.

¹⁹³ "A finales de 2009, ya ascendía a 27 el número de países que habían invocado el principio de jurisdicción universal penal, ya sea de un modo directo o indirecto, incluyendo Estados tan diversos como Australia, Dinamarca, Senegal o México" (MARTÍN, V., *óp. cit.*, p. 8). También el Informe sobre el Principio de Jurisdicción Universal elaborado de manera conjunta por la Unión Africana y la Unión Europea, el 16 de abril 2009, pp. 20 y ss., señala que cada vez son más los Estados que la recogen en su legislación y que la ejercen basándose en su propia legislación (disponible en http://www.africa-eu-partnership.org/sites/default/files/documents/rapport_expert_ua_ue_competence_universelle_en_0.pdf).

¹⁹⁴ "La universalización de la JU significa su extensión al conjunto de la sociedad internacional con independencia de los ámbitos de aplicación o de su grado de efectividad, esto es, la generalización de normativas de Derecho interno que reconocen la competencia de sus tribunales sobre crímenes cometidos en el extranjero por extranjeros que no encajan en las categorías habituales de la

desde Europa se ha ido extendiendo al resto de continentes; y, por otro lado, una regionalización de la misma, como es el caso de Latinoamérica y África, en donde adquiere tintes propios que la caracterizan. Para Margarita ROBLES CARRILLO, hay dos motivos que pueden explicar esta evolución¹⁹⁶:

“Primero, la exportación de la JU desde Europa al resto del mundo es un fenómeno perfectamente admisible y natural desde la perspectiva del Derecho internacional y, desde luego, ni es el primer caso ni ha de ser el último, siendo el eurocentrismo una característica de este ordenamiento jurídico que, en este caso concreto, no ha de ser cuestionada precisamente por el segundo motivo antedicho: la constatación de que la propia asunción de responsabilidades, por parte de los demás países en materia de lucha contra la impunidad, es el mejor expediente para frenar el ejercicio de la JU en el ámbito europeo. Copiar este instrumento europeo, calificado de agresión a la soberanía, la independencia y la inmunidad, ajustándolo a los propios parámetros regionales, es el procedimiento más rápido, efectivo y, también, legítimo para combatir esas intromisiones y carencias. (...) la JU ha empezado a ser realmente universal”.

Es, en definitiva, el actual un momento en el que la jurisdicción universal presenta unas notas claras. En primer lugar, con ella se ha reconocido que existen intereses por encima de los estatales que merecen protección. En segundo lugar, los Estados han mejorado las herramientas para cooperar y asistirse mutuamente (acuerdos de extradición, cooperación procesal y judicial, reconocimiento de sentencias extranjeras entre otros). Y, en tercer lugar, “actualmente los bienes

jurisdicción territorial, personal y protectora. Supone exportar la JU fuera de Europa con el doble objetivo de aprovechar su valor como instrumento de lucha contra la impunidad y de combatir las carencias que ha mostrado en su aplicación en Europa, posiblemente, también, en gran medida, porque, originariamente, sólo se aplicaba en este continente” (ROBLES CARRILLO, M., *óp. cit.*, pp. 101-102).

¹⁹⁵ El reconocimiento por parte de China del principio de jurisdicción universal es producto de una evolución procesal penal. Contraria al principio de jurisdicción penal, por ser contrario a la soberanía de los Estados, el Código penal chino de 1979 recoge los principios de territorialidad, personalidad activa y pasiva y de protección real para evitar situaciones de impunidad cuando personas extranjeras cometen delitos en su territorio. Sin embargo, el problema surge cuando, en la ratificación de tratados penales que contemplan la cláusula *aut dedere aut iudicare*, ante la imposibilidad de juzgar (pues no está contemplado entre sus títulos de jurisdicción), solamente puede extraditar. De ahí que el Comité Permanente de la Asamblea Popular, el 23 de junio de 1987, apoye únicamente la jurisdicción universal respecto de los crímenes recogidos en los tratados internacionales y lo incluyera en el artículo 9 del Código penal chino de 1987. Véase YEE, S., “Universal Jurisdiction: Concept, Logic, and Reality”, *Chinese Journal of International Law*, vol. 10, 2011, pp. 503-530.

¹⁹⁶ ROBLES CARRILLO, M., *óp. cit.*, p. 99.

jurídicos a proteger no se limitan a los derechos humanos como parecía ser la tendencia tras la Segunda Guerra Mundial sino que “son heterogéneos y difícilmente reconducibles a un único denominador común”¹⁹⁷.

Nos encontramos, por tanto, ante una paulatina construcción de un poder judicial internacional de cooperación con flecos integrativos a través de la proliferación de instancias judiciales internacionales¹⁹⁸ e internacionales regionales que podrían, en un futuro, favorecer la evolución de una sociedad internacional de *cooperación* a una sociedad internacional de *integración*. Sin embargo, hasta que esa integración judicial internacional sea una realidad, el principio de jurisdicción universal seguirá teniendo un papel relevante para toda la Comunidad Internacional¹⁹⁹.

4. LA CODIFICACIÓN, QUE NO EL DESARROLLO PROGRESIVO, DE LA CDI

En 1946 la AG confirmó los *Principios de Derecho Internacional reconocidos por el Estatuto y las Sentencias del Tribunal Militar de Núremberg*²⁰⁰ y encomendó a la recién creada CDI, por un lado, “la formulación de los principios de Derecho

¹⁹⁷ BONET ESTEVA, M., *óp. cit.*, p. 5.

¹⁹⁸ Siguiendo a los profesores GUTIÉRREZ ESPADA, C. y CERVELL HORTAL, M^a. J.: “Probablemente no sean los de “multiplicación” o “proliferación” términos que expresen con precisión la realidad. Y esta apreciación gana consistencia si la hacemos teniendo en cuenta el volumen de conflictos y disputas que se revelan impermeables a la jurisdicción internacional”. Y, en todo caso, “esta variedad de órganos de naturaleza internacional debería, en principio, acogerse como un “fenómeno tranquilizador” (Cançado Trindade)”, pues como señala el Profesor BEDJAIU “por qué ha de preocuparnos esta “jurisdiccionalización” de las Relaciones Internacionales que a la postre responde al deseo democrático de desarrollar el Estado de derecho, si, afirma él, el riesgo de alumbramiento por tal causa de resoluciones judiciales contradictorias en cuestiones referidas a la misma materia es eventual y desde luego, sobredimensionado” (*El Derecho Internacional en la encrucijada...*, *óp. cit.*, p. 355).

¹⁹⁹ “Pero, como quiera que todavía no existe una jurisdicción internacional universal y permanente con competencia para juzgar a las personas acusadas de tales crímenes internacionales, los tribunales nacionales tienen que suplir tal vacío, lo que significa que están llamados a procesar al acusado conforme a tipos delictivos codificados en el DI. Asistimos, pues a los primeros pasos de los que en el futuro será la jurisdicción universal en el marco de una sociedad internacional que se orienta hacia una progresiva integración de las soberanías estatales” (VILLÁN DURÁN, C., *Curso de Derecho Internacional de...*, *óp. cit.*, p. 516).

²⁰⁰ *Principios de Derecho Internacional reconocidos por el Estatuto y las Sentencias del Tribunal Militar de Núremberg*, Resolución 95(I) de la AG de Naciones Unidas, de 11 de diciembre de 1946. “Carácter criminal en virtud del derecho internacional y con independencia del derecho interno, irrelevancia de la condición de jefe de Estado o autoridad, exclusión de la eximente de obediencia debida y responsabilidad no solo por autoría sino también por complicidad” (SÁNCHEZ LEGIDO, A., *Jurisdicción universal penal...*, *óp. cit.*, p. 118).

Internacional reconocidos en la Carta del Tribunal de Núremberg y en las sentencias del Tribunal” y la redacción de un *Proyecto de Código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad*²⁰¹, designando a Jean SPIROPOULOS como Relator Especial; por otro lado, la AG también encargó a la CDI la redacción de un informe acerca de la posibilidad de crear un órgano judicial penal internacional que juzgara individuos²⁰², nombrando para ello como relatores especiales, el 3 de junio de 1949, a Ricardo ALFARO y Emil SADSTRÖM.

La formulación de los principios se llevó a cabo por la CDI en 1950, en su segunda sesión, en el documento titulado *Principles of International Law recognised in the Charter of the Nürenberg Trial and in the Judgment of the Tribunal*²⁰³.

No fue tarea fácil la redacción de un código penal internacional. Siguiendo a Alfredo LIÑÁN, podemos identificar dos fases²⁰⁴. La primera de ellas abarca los años 1947 a 1954, durante los cuales la AG encomendó a la CDI en 1947 la elaboración de un borrador de código de crímenes que estuviera basado en los

²⁰¹ Resolución 177(II), de 21 de noviembre de 1947. “Al parecer, la expresión “código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad” procede de la correspondencia entre el Juez estadounidense del Tribunal de Núremberg, Francis Biddle y el Presidente de los Estados Unidos, H. Truman. (...) el informe del juez Biddle determinó la carta de Truman a la Asamblea General de 12 de noviembre de 1946 en la que se decía “Yo espero que las Naciones Unidas... reafirmarán los principios del Estatuto de Núremberg en el marco de una codificación general de los crímenes contra la paz y seguridad de la humanidad”, citado por MÁRQUEZ CARRASCO, C., *El Proceso de Codificación...*, óp. cit., p. 82.

²⁰² Ya hemos señalado (*vid. supra* apdo. II, 4) como la Liga de las Naciones adoptó una convención sobre la creación de un tribunal penal internacional que nunca entró en vigor. Terminada la Segunda Guerra Mundial y establecidos los tribunales de Núremberg y Tokio, la AG de las Naciones Unidas adoptó la Resolución 260B(III), de 9 de diciembre de 1948, en la que se encomendaba a la CDI la preparación de un proyecto de estatuto de tribunal penal internacional permanente. Sin embargo, las tensiones suscitadas por la denominada Guerra Fría no creaban el clima más propicio para avanzar, teniendo que esperar hasta los años noventa.

²⁰³ El principio I hacía referencia a la responsabilidad penal individual; el principio II se refería a que el hecho de que la ley internacional no contemplara una pena por un acto que era considerado un crimen bajo el Derecho internacional no era relevante respecto a la responsabilidad de su autor; principio III, señala que no exime de responsabilidad bajo el Derecho Internacional el hecho de ser Jefe de Estado o responsable oficial del Gobierno; principio IV, tampoco exime de responsabilidad la obediencia debida; principio V, el derecho a un juicio justo sobre los hechos y el derecho de cualquier persona acusada de un crimen internacional; principio VI, los crímenes castigables bajo el Derecho Internacional (crímenes contra la paz, crímenes de guerra y crímenes contra la humanidad); y principio VII, acerca de la complicidad en la comisión de un crimen internacional (*Principles of International Law recognised in the Charter of the Nürenberg Trinal and in the Judgment of the Tribunal, with commentaries*, Yearbook of the International Law Commission, vol. II, United Nations, 2005, pp. 376-377, disponible en http://legal.un.org/docs/?path=../ilc/texts/instruments/english/commentaries/7_1_1950.pdf&lang=E).

²⁰⁴ LIÑÁN LAFUENTE, A., “Origen y evolución del Derecho Penal Internacional”, GIL GIL, A. y MACULAN, E. (Dirs.), *Derecho penal internacional*, Dykinson, Madrid, 2016, pp. 65-76, p. 67.

principios de Derecho internacional utilizados en los procesos de Núremberg aprobados en 1950. El borrador, con Jean SPIROPOULOS como Relator Especial, ve la luz un año más tarde pero no fue hasta 1954 que la CDI aprobó el *Proyecto de Código de delitos contra la paz y la seguridad de la humanidad*²⁰⁵, tiempo que permitió a los Estados hacer sus comentarios y, en su caso, incluir las modificaciones propuestas²⁰⁶. Sin embargo, la AG no aprobaría el Proyecto de Código pues, a través de la Resolución 897(IX), de 4 de diciembre de 1954, consideró que aumentaría los problemas en relación a la definición del crimen de agresión, que derivaba del crimen contra la paz recogido en el artículo 6.a del Estatuto de Londres, de ahí que la AG confiara a un Comité especial la tarea de preparar un informe sobre una propuesta de agresión y decidiera supeditar los trabajos del Proyecto de Código a los que buscaban una definición de agresión, lo que se retrasaría al 14 de diciembre de 1974, fecha de la Resolución 3314(XXIX) de la AG²⁰⁷.

La segunda fase, de 1982 a 1996, comenzó cuando la AG invitó a la CDI a continuar con los trabajos de codificación a través de la Resolución 36/106, de 10 de diciembre de 1981, teniendo debidamente en cuenta los resultados logrados por el desarrollo progresivo del DI. Posteriormente, en 1982, la CDI designó a Doudou THIAM Relator Especial, recibiendo sus informes cuatro años más tarde en los que reelaboró el proyecto de 1954. A través de la Resolución 45/41, de 28 de noviembre de 1990²⁰⁸, la AG solicitó a la CDI a seguir no sólo con el Proyecto de

²⁰⁵ En la sesión celebrada en París, la CDI adoptó el Proyecto de en el que se incluían 13 crímenes (JOHNSON, D. H. N., "The Draft Code of Offenses against the Peace and Security of Mankind", *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 4, núm. 3, julio 1995, pp. 445-468, p. 445).

²⁰⁶ El nombre del Proyecto ya ponía "en conexión la noción de "mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales", derivada de la Carta de las Naciones Unidas" firmada apenas diez años antes (MÁRQUEZ CARRASCO, C., *El Proceso de Codificación...*, *óp. cit.*, p. 83).

²⁰⁷ Véase LIÑÁN LAFUENTE, A., "Origen y evolución del Derecho Penal...", *óp. cit.*, p. 67. Durante "la primera fase de codificación el obstáculo principal fue el propio clima político internacional, dominado por el contexto de las relaciones internacionales de la guerra fría, que se tradujo en la instrumentalización política del tema de la codificación" y, con ello, "el aplazamiento de los trabajos de codificación hasta lograr una definición de la agresión que se consideraba imprescindible para la codificación de los crímenes contra la paz" (MÁRQUEZ CARRASCO, C., *El Proceso de Codificación...*, *óp. cit.*, p. 84). En el mismo sentido, QUINTANO RIPOLLÉS, A., al señalar como la causa del parón sufrido en la codificación de los crímenes internacionales "al gran cisma político que actualmente divide al universo, no a dificultades técnicas y doctrinales largo ha superadas" (*Tratado de Derecho Penal Internacional e Internacional Penal*, Tomo I, Centro Superior de Investigaciones Científicas, Madrid, 1955, p. 23).

²⁰⁸ Resolución 45/41, de la AG de las Naciones Unidas, de 28 de noviembre de 1990, p. 402, disponible en <http://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=%20A/RES/45/41&Lang=S>.

Código de crímenes sino también con la cuestión de la jurisdicción penal internacional²⁰⁹. Así, en 1991, durante la sesión número 43 de la Comisión, se aprobó en primera lectura el 9º informe del Relator Especial que contenía el *Proyecto de Código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad* ²¹⁰. Los crímenes recogidos fueron doce: agresión; amenaza de agresión; intervención en asuntos internos o externos de un Estado; dominación colonial y otras formas de dominación extranjera; genocidio; apartheid; violaciones masivas o sistemáticas de los derechos humanos; crímenes de guerra excepcionalmente graves; reclutamiento, financiación y entrenamiento de mercenarios; terrorismo internacional; tráfico ilícito de estupefacientes; y daños intencionales y graves al medio ambiente.

Debemos preguntarnos si durante esta segunda etapa de los trabajos de la CDI se dejó ver algún atisbo de jurisdicción universal en el Proyecto de Código de 1991 y parece que, a diferencia de la primera etapa, el hecho de que no existiera un código procesal penal internacional que ejerciera la protección del Proyecto de Código de crímenes, ayudó al auge del principio de jurisdicción universal. No fue hasta 1990, como hemos visto, que la AG solicitó a la CDI continuar con la cuestión de la jurisdicción penal internacional, laguna que, durante cierto tiempo, dio protagonismo a la *competencia universal* entendida como competencia del “tribunal del lugar de la detención, cualquiera que sea el lugar en que se haya cometido el delito”²¹¹ e incluyéndose al respecto un artículo 4 en el Proyecto de

²⁰⁹ Fue durante una sesión de la AG, en 1989, en la que se estaba tratando el tráfico de drogas, cuando el Gobierno de Trinidad y Tobago planteó la creación de un tribunal internacional que se encargara de este tipo de ilícitos, de forma que la AG solicitó a la CDI un informe sobre el tema que, una vez hecho, remitió a la sesión 45 de la AG en 1990. Sin embargo, no era un informe que se limitó al tráfico de drogas, lo cual no fue un problema, pues fue bien recibido por la AG que solicitó a la CDI seguir trabajando en él (LIÑÁN LAFUENTE, A., “Origen y evolución del Derecho Penal...”, *óp. cit.*, pp. 74-75).

²¹⁰ *Report of the International Law Commission on the Work of its forty-third sesión, 29 April – 19 July 1991*, Yearbook of the International Law Commission, vol. II (2), 1991, pp. 94-97, doc. A/46/10, disponible en http://legal.un.org/ilc/documentation/english/reports/a_46_10.pdf.

²¹¹ *Cuarto informe sobre el proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad, por el Sr. Doudou Thiam, Relator Especial*, de 11 de marzo de 1986. Documento A/CN.4/398. “De estas consideraciones se desprende que, a falta de una jurisdicción internacional, debe admitirse el sistema de competencia universal para los crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad. Es evidente que, por su propia naturaleza, afectan al género humano independientemente del lugar en que se hayan cometido y de la nacionalidad de los autores o de las víctimas”, p. 76, disponible en http://legal.un.org/ilc/documentation/spanish/a_cn4_398.pdf.

Código rubricado como *Infracción universal*²¹² (jurisdicción universal ejercida a través del principio *aut dedere aut iudicare*, vid. *infra* Capítulo II, apdo. III, 1, 1.1) Sin embargo, durante los siguientes debates de la CDI ²¹³ hubo dos posturas enfrentadas: por un lado, los recelosos de la jurisdicción universal señalaban que la territorialidad era la norma y que la universalidad debía ser la excepción, subrayando además las dificultades relativas a la extradición, los medios de prueba o las sentencias contradictorias y mostrándose más partidarios de la creación de una jurisdicción penal internacional; por otro lado, los partidarios de la jurisdicción universal insistían en que ésta no era incompatible con una jurisdicción penal internacional. Ello hizo que en el quinto Informe del Relator Especial se renombrara el borrador de artículo 4 cambiando *Universal Offence* por *Aut dedere aut punire* y eliminando cualquier referencia a la condición de crímenes universales que afectan a la Humanidad, señalando en el segundo párrafo “la creación de una jurisdicción penal internacional”²¹⁴. El ejercicio de la jurisdicción universal a través del principio *aut dedere aut punire* no calmó la situación, que dio lugar otra vez a dos posiciones encontradas. Por un lado, se situaban aquellos que apostaban por la jurisdicción universal por ser una solución equilibrada y que, al contemplarse en los ordenamientos jurídicos de muchos Estados, podía dar lugar a un alto nivel de enjuiciamiento de los crímenes contra la paz y la seguridad de la

²¹² Cuarto informe sobre el proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad..., *óp. cit.*, art. 4.1: “El crimen contra la paz y la seguridad de la humanidad es una infracción universal. Todo Estado en cuyo territorio haya sido detenido el autor de un crimen contra la paz y la seguridad de la humanidad tiene el deber de juzgarlo o de conceder su extradición”, p. 85.

²¹³ *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*, 1986, vol. II. Segunda parte. Informe de la Comisión a la Asamblea General sobre la labor realizada en su trigésimo octavo periodo de sesiones, p. 53, disponible en http://legal.un.org/ilc/publications/yearbooks/spanish/ilc_1986_v2_p2.pdf.

²¹⁴ Como se señala en los comentarios, ninguna de las dos opciones (extraditar o castigar y jurisdicción penal internacional) están exentas de dificultades. A la primera se le achaca el hecho de que en la extradición o castigo pueden concurrir diversas jurisdicciones y, añade, que además en el caso de la extradición, no es fácil cuando es consecuencia de una infracción por motivos políticos. Sin embargo, señala “cabe esperar que la gravedad de los crímenes (del Proyecto de Código) y la creciente emoción que suscitan, incitarán a los Estados a intensificar su cooperación y su apertura en materia de extradición. Respecto a la segunda, la jurisdicción penal internacional, aunque señala que es la más acorde con el espíritu del Proyecto de Código, también se pregunta si la Comunidad Internacional estará preparada para aceptar dicha jurisdicción, ya que diversos proyectos, aún tímidos (pues hacen referencia a una competencia facultativa de esa jurisdicción), señala, acaban en los cajones. Acaba poniendo de manifiesto la importancia de adoptar una u otra solución, de lo contrario el Proyecto de Código perdería su total eficacia. *Quinto informe sobre el proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad, por el Sr. Doudou Thiam, Relator Especial*, de 17 de marzo de 1987. Documento A/CN.4/404. Art. 4, pp. 3-4, disponible en http://legal.un.org/docs/index.asp?path=../ilc/documentation/spanish/a_cn4_404.pdf&lang=EFS&referer=http://legal.un.org/ilc/guide/7_4.shtml.

humanidad que disminuyera los niveles de impunidad²¹⁵. De otro lado, entre los opositores a la jurisdicción universal, existían también dos posturas. En primer lugar, la de quienes aceptaban una jurisdicción universal temporal y provisional hasta la creación de un tribunal penal internacional, pues temían que el establecimiento de la primera fuera un obstáculo a la creación de la segunda²¹⁶. En segundo lugar, los que se mostraron totalmente contrarios al establecimiento de títulos jurisdiccionales tradicionales²¹⁷, distintos al territorial, pues argumentaban las dificultades que conllevaba su implementación, así como la situación de caos desconcierto y desorganización que podría provocar. Podemos concluir que la argumentación en torno al mencionado artículo 4 no fue serena. Al contrario, hubo siempre posturas encontradas²¹⁸.

Más tarde, no sólo la Guerra Fría que señalábamos antes, sino también la guerra en el Golfo y la guerra en los Balcanes, sobre todo en la antigua Yugoslavia, supusieron un retraso en todo el proceso de codificación. Por un lado, no fue hasta el 46 periodo de sesiones de la CDI, celebrado en 1994, que se aprobó el *Proyecto*

²¹⁵ *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*, 1987, vol. I Segunda parte. Informe de la Comisión a la Asamblea General sobre la labor realizada en su trigésimo noveno período de sesiones, pp. 22, 34-35 y 59, disponible en http://legal.un.org/ilc/publications/yearbooks/spanish/ilc_1987_v1.pdf.

²¹⁶ *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*, 1987, vol. I. Informe de la Comisión a la AG..., *óp. cit.*, pp. 40-41 y 42-43. Incluso, el Estado belga, partidario de una corte penal internacional añadió: "la sanción universal no constituye la solución ideal en materia de crímenes internacionales por dos motivos. En primer lugar, porque la sanción universal ha tropezado siempre con cierta oposición por el hecho de que convierte a los tribunales nacionales en jueces de la conducta de gobiernos extranjeros. Además, porque es lógico que un crimen que atenta contra el orden internacional como tal se someta a una jurisdicción que es expresión y garante de ese orden internacional", *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*, 1990, vol. II, Primera parte. Informe de la Comisión a la AG sobre la labor realizada en su décimo cuarto período de sesiones, p. 26, disponible en http://legal.un.org/ilc/publications/yearbooks/spanish/ilc_1987_v1.pdf. Sin embargo, no se mantuvieron estas reticencias cuando el Relator Especial THIAM señaló: "el debate sobre el artículo 4 se ha desarrollado como si se tratara de elegir: elegir entre la creación de un tribunal penal internacional y la jurisdicción universal. (...) Los dos sistemas habrán de combinarse necesariamente", *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*, 1987, vol. I Segunda parte. Informe de la Comisión a la AG..., *óp. cit.*, pp. 64-65.

²¹⁷ *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*, 1986, vol. I, Segunda parte. Informe de la Comisión a la AG sobre la labor realizada en su trigésimo octavo período de sesiones, pp. 151 y 174, disponible en http://legal.un.org/ilc/publications/yearbooks/spanish/ilc_1987_v1.pdf; *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*, 1987, vol. I Segunda parte. Informe de la Comisión a la AG..., *óp. cit.*, p. 46.

²¹⁸ "La actitud hostil frente al principio de jurisdicción universal en el contexto de código fue una característica de las potencias occidentales, temerosas de que sus nacionales pudieran ser enjuiciados en Estados cuyos sistemas jurídicos no garantizaran los más esenciales derechos y garantías" (GRAEFARTH, B., "Universal Criminal Jurisdiction and an International Criminal Court", *EJIL*, vol. 1, pp. 72 y ss, citado por SÁNCHEZ LEGIDO, A., *Jurisdicción universal penal...*, *óp. cit.*, p. 127).

de Estatuto de Tribunal Penal Internacional²¹⁹ encomendado por la AG en 1948. Como ya hemos comentado (*vid. supra* apdo. II, 3), fue entonces cuando la AG, en su Resolución 49/53, de 9 de diciembre de 1994, estableció un Comité Especial de Representantes Gubernamentales que estudiaría el Proyecto y convocaría así una Conferencia internacional. El Comité pasó a ser, con la Resolución 50/46, de 11 de diciembre de 1995, el Comité Preparatorio de la Conferencia Diplomática que, tras emitir los informes de los diversos grupos en los que se había dividido el Comité, hasta en seis ocasiones desde 1996, en abril de 1998 presentó un proyecto consolidado de 116 artículos con opciones procesales, sustantivas y organizativas a la AG en su sesión número 51, el 28 de octubre de 1996.

Por otro lado, el retraso afectó también a la escasa participación estatal en el periodo de alegaciones que la CDI, a través del SG, había extendido a los Estados respecto al Proyecto de Código aprobado en 1991, insistiéndoles en la importancia

²¹⁹ *Report of the International Law Commission on the Work of its forty-sixth sesión, 2 May – 22 July 1994*, Yearbook of the International Law Commission, vol. II, Second Part, 1994, pp. 20-73, doc. A/49/10, disponible en <https://www.legal-tools.org/doc/49194a/pdf/>. La CDI señaló: “El Estatuto es un instrumento procedimental y adjetivo. No es su función definir nuevos crímenes ni tampoco codificar autorizadamente los crímenes con arreglo al Derecho Internacional general, pues dicha codificación correspondía al Proyecto de Código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad”. Como ya hemos señalado, en 1989 y tras un paréntesis de 26 años, la AG solicitó a la CDI que volviera a estudiar el asunto de una corte penal internacional, a partir de una propuesta de Trinidad y Tobago relativa al tráfico de drogas (GARRIDO CARRILLO, F. J. y FAGGIANI, V., *óp. cit.*, pp. 12-13). No nos olvidemos que la creación y la experiencia del TPIY y del TPIR, en 1993 y en 1994, abonó el terreno para la creación de la CPI (VILLALPANDO, W., *óp. cit.*, p. 22). Señala Juan Antonio YÁÑEZ-BARNUEVO que tanto los proyectos de la CDI de 1996 relativo al Proyecto de Código, como este de 1994 “pecaban más bien de excesiva prudencia”, y ello porque la CDI “no quería exponerse de nuevo al riesgo de presentar una propuesta ambiciosa que los gobiernos no estuviesen dispuestos a asumir” (“El Estatuto de Roma como tratado y la Corte Penal Internacional como Institución”, CARRILLO SALCEDO, J. A. (Ed.), *La criminalización de la barbarie. La Corte Penal Internacional*, CGPJ, Madrid, 2000, pp. 143-155, p. 145). Así, por ejemplo, el Proyecto de 1994 establecía “un sistema facultativo de aceptación voluntaria de la jurisdicción” por parte de los Estados, a diferencia de cómo queda redactado finalmente el Estatuto de la CPI, donde se señala que ser un Estado parte conlleva aceptar obligatoriamente la jurisdicción de la CPI (MÁRQUEZ CARRASCO, C., “Alcance de la jurisdicción de la Corte Penal Internacional: jurisdicción universal o nexos jurisdiccionales aplicables”, CARRILLO SALCEDO, J. A. (Ed.), *La criminalización de la barbarie. La Corte Penal Internacional*, CGPJ, Madrid, 2000, pp. 359-381, p. 366). También Alejandro RODRÍGUEZ CARRIÓN señala que el Proyecto de 1994 tenía un carácter mucho más político que el proyecto que finalmente se aprobó en 1998. “Eso es especialmente significativo por cuanto la CDI es un órgano de naturaleza integrada, de composición selectiva sobre la base de las competencias personales y profesionales de sus miembros, en la que se pretende la debida representación de las distintas concepciones jurídicas existentes en el mundo, pero sin que sus miembros representen a los gobiernos de los Estados cuyas nacionalidades poseen. En la práctica, sin embargo, estamos asistiendo a la tendencia de los Estados a que sean designadas personas más vinculadas con el desempeño de sus funciones de representación oficial en el Estado que los propone, que por sus conocimientos del Derecho internacional en la búsqueda de la codificación y desarrollo progresivo de éste. La traducción en la práctica de esta tendencia es que el proyecto de Estatuto surgido de la CDI era más respetuoso con las exigencias de los Estados en la materia que con las posibilidades reales de desarrollar progresivamente el derecho en esta materia” (*óp. cit.*, p. 487).

de las mismas. Sin embargo, apenas 23 Estados miembros y un Estado no miembro (Suiza) hicieron sus aportaciones antes del 1 de enero de 1993, fecha límite señalada por la CDI. Las referencias relativas al *aut dedere aut punire*, recogido ahora en el artículo 6 (antes artículo 4) fueron escasas. Algunas aportaciones estatales se refieren a la posibilidad de ampliar el contenido con disposiciones más específicas referidas a los motivos de extradición o el proceso a seguir e, incluso, imponer la obligación de ayuda mutua interestatal en lo que respecta a la investigación y enjuiciamiento de los crímenes recogidos en el Proyecto de Código (Australia); Belarús, por su parte, aboga por la inclusión de los dos tipos posibles de jurisdicción para garantizar la aplicación del código: jurisdicción internacional y jurisdicción universal, señalando respecto a esta última la necesidad de establecer una coerción externa, pues de lo contrario cuando se tratara de crímenes internacionales en cuya comisión participara un Estado, carecería de eficacia. Se llegaría así a “una situación en que los tribunales nacionales pronuncien fallos en los que se condenen los actos de otro Estado” (suponemos que se refiere a representantes oficiales del Estado). Bélgica respalda la creación de una jurisdicción universal también, lo que no impide *a priori* la existencia de una jurisdicción universal y, añade que “sería conveniente atribuir al tribunal internacional no sólo la competencia de juzgar en concurrencia con los tribunales nacionales, sino igualmente la de juzgar en apelación los fallos de esos tribunales”. Interesante es la propuesta de los Países Bajos, al señalar que los crímenes recogidos en el código son de naturaleza diversa y que la jurisdicción internacional debe ejercerse únicamente de forma excepcional cuando se trate de: “a) Crímenes que violen principios humanitarios fundamentales, sancionados por la comunidad mundial, y que constituyan un ultraje a la conciencia de la humanidad; b) Crímenes que, por su propia naturaleza, excluyan probablemente la eficaz administración de justicia en el plano nacional y respecto de los cuales sólo pueda hacerse debidamente justicia en el plano internacional; c) Crímenes de los que pueda hacerse personalmente responsable a un individuo, independientemente de que actúe o no en el ejercicio de funciones públicas”, es decir, los crímenes de agresión, genocidio, violaciones sistemáticas o masivas de los DDHH y crímenes de guerra graves. “Los crímenes no incluidos en la lista, (...) deberían considerarse quizá mediante tratados individuales y basándose en el principio *aut iudicare, aut*

dedere, o en el principio de la universalidad. En los casos de esa naturaleza, la ejecución se realizaría en el plano nacional”. Reino Unido critica el tratamiento superficial de la jurisdicción universal y destaca además los problemas que pueden surgir en una extradición cuando se trate de altos funcionarios públicos de un Estado o jefes militares o incluso cuando se solicite la extradición sin verdadera intención de juzgar. Suiza, por su parte, aplaude el hecho de que se haya establecido cierta preferencia a favor del principio de territorialidad, pero no establezca una “verdadera regla de prioridad”²²⁰.

Finalmente, el 5 de julio de 1996, la CDI adopta en segunda lectura el *Proyecto de Código de crímenes contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad* de 1996²²¹. El proyecto de 1996 recoge solamente, a propuesta del Relator Especial THIAM, cinco de los doce crímenes que se aprobaron en primera lectura de 1991, en concreto los crímenes más graves (a pesar de que la Comisión había propuesto que fueran cuatro): agresión (art. 16), genocidio (art. 17), crímenes contra la humanidad (art. 18), crímenes contra el personal de las Naciones Unidas (art. 19) y crímenes de guerra (art. 20)²²².

“Con el fin de llegar a un consenso la Comisión ha limitado el alcance. En 1991 la lista de crímenes incluía 12 categorías. Algunos miembros de la Comisión han

²²⁰ *Proyecto de Código de crímenes contra la paz y la seguridad de la Humanidad, Comentarios y observaciones recibidos de los gobiernos*, Doc. A/CN.4/448 y add. 1, pp. 71, 78, 79 y 80, 97 y 98, 114 y 115, 122, disponible en http://legal.un.org/docs/index.asp?path=../ilc/documentation/spanish/a_cn4_448.pdf&lang=EFS&referer=http://legal.un.org/ilc/sessions/45/docs.shtml.

²²¹ *Informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor realizada en su 48º período de sesiones*, 6 de mayo a 26 de julio de 1996, Doc. A/51/10, pp. 10-129, disponible en <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N96/236/40/IMG/N9623640.pdf?OpenElement>.

²²² PIGRAU SOLÉ, A., “Elementos de Derecho Internacional...”, *óp. cit.*, pp. 130 y ss. Como señala Ángel SÁNCHEZ LEGIDO, lo que viene a confirmar el trabajo de la CDI es que dentro de los crímenes que encontramos en el DI existe un reducido grupo que se caracteriza por su especial gravedad, de ahí que esté justificado que sean sometidos a un régimen especial en cuanto a prevención y sanción (*Jurisdicción universal penal...*, *óp. cit.*, p. 119). Restando importancia a la reducción del número de crímenes en el Proyecto, señala Antonio REMIRO BROTONS: “Son las normas generales del Derecho internacional (cuyas fuentes son esencialmente consuetudinarias) las que definen los crímenes internacionales. De ahí que no figurar en la lista del proyecto (se refiere al de crímenes contra la Humanidad de 1996) no prueba que el crimen no exista como tal para el Derecho internacional, mientras que encontrarse en ella es un consistente medio de prueba de su existencia si concluimos -como creo que se debe, una vez que la Comisión redujo drásticamente de doce a cuatro y luego a cinco, los crímenes contemplados- que los artículos propuestos tienen un carácter eminentemente declarativo o cristizador de normas generales, esto es, que responden a un enfoque codificador más que de desarrollo progresivo del Derecho internacional” (“Los crímenes de Derecho internacional...”, *óp. cit.*, p. 18). La cursiva es añadida.

manifestado su pesar (...). La CDI ha tomado esta medida para que el código pueda ser aprobado y obtenga el apoyo de los gobiernos. Queda entendido que la inclusión de ciertos crímenes en el código no modifica la calificación de otros crímenes en Derecho internacional, y que la aprobación del código no prejuzga en modo alguno el ulterior desarrollo de esta importante esfera del Derecho”²²³.

Para conocer la importancia del Proyecto de Código de crímenes de 1996 hay que tener presente, respecto a los crímenes, que si bien “*son todos los que están, puede que no estén todos los que son*, pues finalmente no fue propósito de la Comisión elaborar un Código penal internacional, sino sólo hacer una relación de los crímenes más graves y no controvertidos”²²⁴. De hecho, de los cinco crímenes recogidos, sólo los cuatro primeros tenían un origen consuetudinario, quedándose fuera otros que, si bien también “*tienen vigencia consuetudinaria internacional*”, existían recelos sobre el consenso de algunos gobiernos, o sobre su tipificación y elementos e, incluso, sobre su gravedad²²⁵. Fue el caso de los crímenes de intervención, dominación colonial, reclutamiento, utilización, financiación y entrenamiento de mercenarios, tráfico de estupefacientes, terrorismo o crímenes contra el medioambiente²²⁶.

El artículo 8 del Proyecto de 1996, que lleva por título *Establecimiento de jurisdicción*²²⁷, señala:

“Sin perjuicio de la jurisdicción de un tribunal penal internacional, cada Estado Parte adoptará las medidas necesarias para establecer su jurisdicción sobre los crímenes previstos en los artículos 17, 18, 19 y 20, sean cuales fueren el lugar de comisión de esos crímenes y sus autores. La jurisdicción sobre el crimen previsto en el artículo 16 corresponderá a un tribunal penal internacional. Sin embargo, no se excluye la posibilidad de que un Estado mencionado en el artículo 16 juzgue a sus nacionales por el crimen a que se refiere este artículo”.

²²³ “La CDI es un órgano que suele actuar con prudencia, a veces excesiva, de tal manera que sus trabajos fundamentalmente ayudan a reflejar el derecho vigente más que a crear nuevo derecho. En esta línea, el código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad, de 1996, era muy restrictivo y reflejaba el derecho consuetudinario” (FERNÁNDEZ LIESA, C. R., *óp. cit.*, p. 342).

²²⁴ REMIRO BROTONS, A., *El caso Pinochet...*, *óp. cit.*, p. 52.

²²⁵ SÁNCHEZ LEGIDO, A., *Jurisdicción universal...*, *óp. cit.*, p. 120.

²²⁶ FERNÁNDEZ LIESA, C. R., *óp. cit.*, pp. 342-343.

²²⁷ *Informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor realizada en su 48º período de sesiones*, 6 de mayo a 26 de julio de 1996, Doc. A/51/10, pp. 10-129.

El artículo 8 fue el primero que el Proyecto dedicó al procedimiento y competencia en su aplicación, en concreto, al tribunal competente para declarar la responsabilidad penal de una persona por un crimen internacional, estableciendo dos regímenes jurídicos distintos. Por un lado, establece un régimen en relación al crimen de agresión. Por otro lado, insta la competencia concurrente de un tribunal internacional y de los tribunales nacionales para los crímenes de genocidio, crímenes contra la humanidad, crímenes contra el personal de las Naciones Unidas y personal asociado y crímenes de guerra. Como hemos visto en el capítulo primero, era común, tras la Segunda Guerra Mundial y durante la Guerra Fría, que la lucha contra la impunidad se nacionalizara, esto es, que los Estados ratificaran tratados multilaterales en los que se acudía a jurisdicciones nacionales para la sanción de los crímenes internacionales más graves. Sólo la Convención sobre el Genocidio²²⁸ y la Convención sobre el *apartheid*²²⁹ establecían una jurisprudencia concurrente. E igual ocurría con el proyecto de estatuto del tribunal penal internacional que se estaba redactando, “cuya competencia concurrente complementará, en vez de sustituir, la de los tribunales nacionales. (...) Así pues, la comunidad internacional ha reconocido la importante función que ha de desempeñar un tribunal penal internacional en la aplicación del derecho penal internacional, al tiempo que admite que sigue siendo importante el papel que deben desempeñar los tribunales nacionales a este respecto”, pues señala la imposibilidad de que un tribunal penal internacional, sin ayuda, pudiera enjuiciar y castigar a las personas responsables de los crímenes internacionales, atendiendo no sólo a la periodicidad de los últimos tiempos, sino también a que muchos de esos crímenes se cometen, a través de un *plan o política general*, esto es, a través de un amplio número de personas, conllevando multitud de víctimas. De ahí que la CDI considerara que lo más oportuno era, por tanto, establecer una jurisdicción mixta: “basada en la competencia más amplia de los tribunales nacionales combinada con la posible competencia de un tribunal penal internacional”. Es por ello que el artículo 8 establece el principio de competencia concurrente de todos tribunales nacionales de todos los Estados parte en el presente Código, basándose

²²⁸ Convención para la Prevención y la Sanción del Genocidio de 9 de diciembre de 1948, BOE núm. 34, de 8 de febrero de 1969.

²²⁹ Resolución 3068 (XXVIII), de la AG de las Naciones Unidas, de 30 de noviembre de 1973.

en el principio de jurisdicción universal, y de un tribunal penal internacional. Respecto al principio de jurisdicción universal, la CDI aclara que el utilizar la frase “sean cuales fueren el lugar de comisión de esos crímenes y autores” tiene como objetivo despejar cualquier duda que pueda surgir respecto a la existencia de la jurisdicción universal sobre los crímenes mencionados, mientras que con “adoptará las medidas necesarias” la CDI establece de forma flexible la obligación que corresponde a cada Estado parte, teniendo en cuenta sus normas domésticas, en particular, las constitucionales²³⁰. Además, “la presente disposición tiene por objeto lograr que el Estado Parte promulgue las disposiciones de procedimiento o de fondo que sean necesarias para que pueda ejercer efectivamente su jurisdicción en un caso determinado respecto de un presunto responsable de uno de los crímenes enunciados en los artículos 17 a 20”. Y añade: “En este artículo no se determina si ha de darse prioridad a los tribunales nacionales o al tribunal internacional, ya que esta cuestión se zanjará sin duda en el estatuto del tribunal penal internacional”²³¹. La jurisdicción nacional contemplada en el artículo 8 (“cada Estado parte adoptará las medidas necesarias para establecer su jurisdicción”) se deduce fácilmente del artículo 9 (*Obligación de conceder la extradición o de juzgar*):

“Sin perjuicio de la jurisdicción de un tribunal penal internacional, el Estado parte en cuyo territorio se hallare la persona que presuntamente hubiere cometido un crimen previsto en los artículo 17, 18, 19 ó 20 concederá la extradición de esa persona o la juzgará”.

El artículo 9 establece el principio *aut dedere aut iudicare* o la obligación discrecional de los Estados parte en cuyo territorio se encuentre la persona que hubiere cometido, presuntamente, uno de los crímenes contemplados en los

²³⁰ Señala Antonio REMIRO BROTONS que el artículo 8 debe interpretarse en el sentido de una *facultad* que tienen los Estados de ejercer el principio de jurisdicción universal “en la variable *moderada*, que condiciona la jurisdicción a la presencia del presunto culpable en su territorio (*iudex apprehensionis*), unidas al patrocinio de políticas legislativas para que así sea” (“Malos tiempos para la justicia universal”, BASSIOUNI, M. CH., GOMULA, J., MENGOZZI, P., MERRILLS J. G. and NIETO NAVIA, R. (Eds.), *The Global Community Yearbook of International Law and Jurisprudence: Special Edition in Honour of Professor Giuliana Ziccardi Capaldo*, Oxford University Press, USA, 2013, pp. 391-410 (versión cedida por el autor, pp. 1-21, pp. 4-5).

²³¹ Informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor realizada en su 48º período de sesiones, 6 de mayo a 26 de julio de 1996, Doc. A/51/10, pp. 45-54.

artículos 17 a 20 de extraditarla a otro Estado dispuesto a juzgar el caso o juzgarla por las autoridades nacionales de ese Estado, teniendo en cuenta que el Estado que detiene se encuentra en una *posición única* para cumplir con el Código de Crímenes (*vid. infra* Capítulo II, apdo. III, 1, 1.1). Respecto a la extradición, es importante destacar cómo el Estado que recibe una solicitud de extradición por otro Estado, en caso de recibir varias solicitudes de extradición, tiene *facultades discrecionales* para decidir dónde o a qué Estado concederá la extradición, no estando obligado a ninguno en concreto, a pesar de que en el proyecto aprobado en primera lectura se daba prioridad al Estado donde se había cometido el crimen. Respecto al derecho a juzgar que tiene el Estado donde se encuentra el presunto responsable, si no existen solicitudes de extradición, es la presencia del mismo la que ofrece una *base suficiente* para el ejercicio de la jurisdicción universal o principio de universalidad²³². “Esta obligación residual tiene por objeto asegurar que los supuestos delincuentes sean juzgados por una jurisdicción competente, es decir, la del Estado de detención, a falta de una jurisdicción nacional o internacional alternativa”²³³. Por último, puede señalarse que junto a la primera opción que tiene el Estado de detención (extraditar) existe, como se ha visto, una segunda (juzgar) y, según el artículo 9, incluso una tercera: traslado del presunto delincuente al un tribunal penal internacional para que sea juzgado allí.

Para concluir, podemos señalar como “el propósito fundamental de este principio es asegurar que las personas responsables de crímenes especialmente graves sean sometidas a la justicia, previendo el enjuiciamiento y castigo efectivos de esas personas por una jurisdicción competente”. Además, señala la CDI que no se tendrán en cuenta las inmunidades jurisdiccionales en el caso de colaborar en el procesamiento de otras personas o de que aporte pruebas cuando se trate de los crímenes contemplado en el Código de Crímenes, pues “sería contrario a los intereses de la comunidad internacional en su conjunto” (*vid. infra* Capítulo III, apdo. I, 1, 1.2). Por otro lado, deja claro la CDI que el hecho de que existan pruebas

²³² Señala Esperanza ORIHUELA CALATAYUD que ello “nos lleva a la conclusión de que sí existe obligación de prever esta jurisdicción (internacional) al menos para aquellos supuestos en los que el presunto delincuente se encuentre en el territorio y el Estado de aprehensión no decida su extradición. Obligación que los Estados cumplirán previendo la actuación de sus jueces bien sobre la base del principio de justicia universal o sobre la base del denominado principio de sustitución y, por tanto, con carácter más restringido” (“Justicia universal y derechos humanos...”, *óp. cit.*, p. 132).

²³³ *Informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor realizada en su 48º período de sesiones*, 6 de mayo a 26 de julio de 1996, Doc. A/51/10, p. 35.

suficientes para iniciar un procedimiento penal dependerá de la legislación nacional, mientras que el hecho de que se acceda a una solicitud de extradición dependerá de los tratados internacionales en los que el Estado sea parte²³⁴.

La CDI, en definitiva, recogió el principio de jurisdicción universal e, incluso, el *aut dedere aut iudicare* en su Proyecto de Código de Crímenes pero, como se ha afirmado,

“Por sí sólo, el proyecto no es más que un indicio que apunta hacia el estado de la *opinio iuris* existente al respecto en la Comunidad Internacional, pero que no la acredita de modo indubitado”²³⁵.

Sin embargo, si bien es cierto es que a día de hoy el Proyecto de Código no se ha aprobado, ello no significa que todo el trabajo haya sido en vano; al contrario. Los informes de la CDI han sido tenidos en cuenta en el proceso de elaboración y redacción del Estatuto de la CPI²³⁶.

Respecto al Proyecto sobre el establecimiento de una corte penal internacional, en diciembre de 1997 se convocó la Conferencia intergubernamental que, finalmente, tendría lugar en Roma²³⁷. Hasta la celebración de la Conferencia, el Comité Preparatorio continuó con sus sesiones de trabajo, siendo conocida la llevada a cabo del 19 al 30 de enero en Zutphen, en los Países Bajos, en la que se trató de refundir el Proyecto de Estatuto de la CPI y el

²³⁴ Informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor realizada en su 48º período de sesiones, 6 de mayo a 26 de julio de 1996, Doc. A/51/10, pp. 54-59.

²³⁵ Incluso los términos que se emplean en los artículos 8 y 9 nos llevan a la conclusión de la finalidad de la CDI de codificar, esto es, declarar ambos principios. Estaríamos, por tanto, ante un *indicio* de una aceptación paulatina del principio de jurisdicción universal cuya existencia aún no está clara (SÁNCHEZ LEGIDO, A., *Jurisdicción universal penal...*, *óp. cit.*, pp. 129-130). Sin embargo, en opinión de la profesora Esperanza ORIHUELA CALATAYUD: “Esta disposición no ha de entenderse codificadora, con carácter general, sino más bien como manifestación de desarrollo progresivo. La Comisión pretende en este caso ir más allá de lo que prevé el Derecho internacional general” (“Justicia universal y derechos humanos...”, *óp. cit.*, p. 132). En el mismo sentido, REMIRO BROTONS, A., “La responsabilidad penal individual por crímenes internacionales y el principio de jurisdicción universal”, *Creación de una jurisdicción internacional*, Colección Escuela Diplomática, núm. 4, Madrid 2000, pp. 199. Postura que no mantuvo, como hemos visto, respecto al elenco de crímenes (*vid. supra* nota a pie núm. 224).

²³⁶ Así lo señala también Ángel SÁNCHEZ LEGIDO al señalar que aunque a día de hoy el *Proyecto de Código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad* sigue inconcluso, “no es posible ignorar que el Estatuto de la CPI es tributario, en gran medida de los trabajos de la CDI” (*Jurisdicción universal penal...*, *óp. cit.*, p. 119).

²³⁷ La AG decidió en su Resolución 51/207, de 17 de diciembre de 1996 la celebración de la Conferencia Diplomática, señalando más tarde (Resolución 52/160, de 15 de diciembre de 1997), que sería Roma la ciudad de su celebración tras el ofrecimiento del Gobierno de Italia.

Código de Crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad de 1996²³⁸. Finalmente, la Conferencia diplomática fue celebrada entre los días 15 de junio y 17 de julio de 1998, con la asistencia de 160 Estados (de un total de 190), 133 observadores que representaban a las organizaciones internacionales y unas 236 organizaciones no gubernamentales en calidad de observadores²³⁹. Tras un mes de intensas negociaciones, la Conferencia terminó la redacción del Estatuto de la CPI²⁴⁰, con 128 artículos²⁴¹, que entró en vigor el 1 de julio de 2002, tras 60 ratificaciones, y la Corte, con sede en los Países Bajos, en La Haya, comenzó a funcionar (*vid. supra* apdo. II, 3).

“El ECPI se erige como el instrumento internacional más avanzado, hasta hoy, no sólo en la codificación de los crímenes internacionales de más grave trascendencia para la comunidad internacional, sino también en los aspectos orgánicos y procesales del funcionamiento de un tribunal penal internacional”²⁴².

²³⁸ Fue el conocido *Texto de Zutphen*, base del proyecto de texto sobre el que se trabajó durante la Conferencia de Roma. En la misma se diferenciaban tres grupos de países: el Grupo de los Afines, unos 60 que apostaban por una verdadera jurisdicción supranacional de la CPI; el Grupo de los asiáticos y norafricanos, un tanto recelosos de las concesiones a negociar que afectarían al principio de soberanía; y los Estados miembros permanentes del CS, que abogaban por un tribunal *ad hoc*, decidido por el CS.

²³⁹ GARRIDO CARRILLO, F. J. y FAGGIANI, V., *óp. cit.*, pp. 21-23. La Conferencia no fue fácil pues, aunque la mayoría de países aprobaba el hecho de que la Corte tuviera el derecho de promover la acción penal a través del Fiscal, evitando así cualquier manipulación política del CS, Estados Unidos y China no estaban de acuerdo con la autonomía procesal de la CPI y abogaban porque fuera el propio CS el que promoviera tal acción (VILLALPANDO, W., *óp. cit.*, p. 23).

²⁴⁰ Sobre el ECPI puede consultarse: ESCOBAR HERNÁNDEZ, C., (Coord.), *Creación de una Jurisdicción Penal Internacional*, Colección Escuela Diplomática, núm. 4, BOE/Escuela Diplomática/Asociación Española de Profesores de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales, Madrid, 2000, pp. 171-203; GUTIÉRREZ ESPADA, C., “Valoración crítica de las críticas y temores suscitados por el Tribunal Penal Internacional (TPI) (Roma 1998)”, *Hacia una justicia internacional. XXI. XXI Jornadas de Estudio, de 9 a 11 de junio de 1999*, Abogacía General del Estado, Madrid, Ministerio de Justicia, BSCH, Civitas, 2000, pp. 557-602; LEE, R. S. (Ed.), *The International Criminal Court. The Making of the Rome Statute: Issues, Negotiations and Results*, Kluwer Law International, The Hague, 1999; y YÁÑEZ-BARNUEVO GARCÍA, J. A. (Coord.), *La Justicia Penal Internacional: Una perspectiva Ibero-Americana*, Ed. Casa de América, Madrid, 2001.

²⁴¹ UN doc. A/CONF.183/9, de 17 de julio de 1998, p. 87.

²⁴² VILLÁN DURÁN, C., *Curso de Derecho Internacional de...*, *óp. cit.*, p. 901. Como señala Javier VIVES CHILLIDA, si bien los tratados internacionales que regulaban los crímenes internacionales señalaban también los tribunales ante los que se había establecido competencia vemos como se ha establecido una *relación estrecha* entre las normas que dotan de contenido a los delitos y las normas que establecen el proceso de su aplicación. “Finalmente, se ha seguido la vía de profundizar en el plano jurisdiccional para dinamizar el plano sustantivo” (“La evolución jurídica internacional de los crímenes...”, *óp. cit.*, pp. 337-338).

No quedó, sin embargo, reflejo alguno del principio de jurisdicción universal en ningún artículo del Estatuto de la CPI. De hecho, las limitaciones que en él se imponen respecto de la competencia de la Corte nunca hubieran existido si el DI consuetudinario hubiera reconocido realmente el principio de jurisdicción universal. Si el DI “efectivamente reconociera la jurisdicción universal, la competencia de la Corte debería haber sido igualmente universal”, pero lo cierto es que aquélla sólo la ejerce cuando los Estados, al ratificar el Estatuto, así se lo permiten. Es lo que se conoce como *principio de la competencia cedida*²⁴³.

Sin embargo, debemos señalar también que en el caso de la comisión de uno de los crímenes contemplados en el Estatuto de la CPI, éste establece el principio de complementariedad que, como veremos más tarde (*vid. infra* Capítulo II, apdo. 1, 1.1.), no excluye la posibilidad de que un Estado ejerza la jurisdicción universal como complemento a la jurisdicción internacional de la CPI.

III. EL FUNDAMENTO (NATURAL Y JURÍDICO) DE LA JURISDICCIÓN UNIVERSAL

El principio de jurisdicción universal se ha encontrado unido tradicionalmente a los llamados crímenes de primer grado, esto es, crímenes de DI graves que afectan a la Comunidad Internacional en su conjunto, de naturaleza de *ius cogens* y que imponen, por tanto, obligaciones *erga omnes*. Sin embargo, ello no significa que este principio no pueda ser utilizado también como un instrumento para la lucha contra la impunidad ante los llamados crímenes de segundo grado, los que perturban normas nacionales y cuya protección afecta a los intereses de una generalidad de Estados, estableciendo éstos relaciones de cooperación para su persecución fuera de sus fronteras ²⁴⁴. Sin embargo, veremos cómo la

²⁴³ En el principio de la competencia cedida se basó el TS en el asunto *Guatemala*, Sentencia núm. 327/2003, de 25 de febrero, Fundamento de Derecho 9º, párr. 6º. También estuvo presente en el argumento mantenido por la defensa de Pinochet; argumento que compartía el presidente del primer comité de apelación de la Cámara de los Lores, Lord Slynn; e, incluso, en la demanda que la República Democrática del Congo interpuso frente a Bélgica ante la CIJ en el asunto *relativo a la orden de detención* (SÁNCHEZ LEGIDO, *Jurisdicción universal penal...*, *óp. cit.*, pp. 133-135).

²⁴⁴ A pesar de la distinción que se aprecia entre delitos contra las normas nacionales o crímenes contra las normas internacionales, lo cierto es que el fundamento del principio de justicia universal

fundamentación en el ejercicio del principio de jurisdicción universal en un tipo de crímenes u otro será diversa.

Fundamentar la jurisdicción universal, ya sea de crímenes de primer o segundo grado, no es empresa fácil. Compartimos con Mahmoud Ch. BASSIOUNI la idea de que la jurisdicción universal no se encuentran tan bien establecida en el DI convencional y consuetudinario como se pretende por parte de la doctrina, alegando el autor que ello da lugar a falsas expectativas y desilusión²⁴⁵. De forma que, justificar que un Estado ejerza una *actio popularis*²⁴⁶ contra los *hostis humani generis* sin ningún tipo de conexión con el delito cometido, esto es, con sus perpetradores, con sus víctimas o con el lugar de comisión, siempre conlleva respuestas del Estado contra quién se ejerce la misma; no tanto, del resto de Estados. Se trata, por tanto de que los Estados garanticen un *forum necessitatis* a las víctimas que ejercen aquella *actio popularis* para defender y garantizar los principios y valores de la Comunidad Internacional a través de la jurisdicción internacional²⁴⁷.

Como ya vimos al tratar el concepto de jurisdicción universal, los *Principios de Princeton*, en su principio número 1, señalan:

“se entiende por jurisdicción universal una jurisdicción penal sustentada exclusivamente en la naturaleza del delito, prescindiendo del lugar en que este se

evoluciona hacia una erosión de esa línea divisoria y dibuja relaciones dinámicas entre ambos ordenamientos jurídicos, los nacionales y el internacional, pudiendo hablar en la actualidad, utilizando las palabras de SLAUGHTER, de una “falsa dicotomía” en la que fenómenos tan arraigados y contemporáneos como la globalización desdibujan ese límite y obligan a ambos ordenamientos a alimentarse y a complementarse el uno al otro, creando espacios en los que los Estados posean jurisdicción sobre aquellos delitos. “Both accounts of universal jurisdiction presume a relatively fixed relationship between international and domestic law, one top-down and the other bottom-up. A better account would recognize an ongoing, dynamic relationship between international law and domestic law, such that both continually feed into and supplement one another” (SLAUGHTER, A.-M., “Defining the limits: Universal Jurisdiction and National Courts”, MACEDO, S. (Ed.), *Universal jurisdiction: national courts and the prosecution of serious crimes under international law*, University of Pennsylvania Press, Philadelphia, 2004, pp. 168-190, p. 184).

²⁴⁵ BASSIOUNI, M. CH., “Universal Jurisdiction for International Crimes...”, *óp. cit.*, p. 3.

²⁴⁶ La CIJ definió la *actio popularis* como: “The right resident in any member of a community to take legal action in vindication of a public interest”, asunto *South West Africa* (Liberia v. South Africa), Sentencia de 18 de julio de 1996, *ICJ Reports 1996*, párr. 88.

²⁴⁷ Expresión *forum necessitatis* que no resulta desconocida habiendo sido utilizada en algunas fuentes del Derecho de la UE (MARULLO, M^a. CH., “La lucha contra la impunidad...”, *óp. cit.*, p. 13 y 25).

haya cometido, la nacionalidad del autor presunto o condenado, la nacionalidad de la víctima o cualquier otro nexo con el Estado que ejerza esa jurisdicción”²⁴⁸.

Así, como se ha establecido en relación al artículo 48 del *Proyecto de artículos de responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos*²⁴⁹, si el autor del ilícito se niega a aceptar su responsabilidad o las consecuencias que se deriven, podría un sujeto distinto al lesionado por el hecho ilícito forzar al autor a hacer frente a su responsabilidad. La *habilitación* que permitiría al Estado que no ha sido perjudicado directamente invocar la responsabilidad del culpable, parece hallarse en dos situaciones: “en las normas que tutelan intereses colectivos (...) y en las que generan obligaciones para la protección de los intereses de la comunidad internacional en su conjunto”. Y, por tanto, la invocación de la responsabilidad se realiza no sólo en relación a violaciones graves de normas imperativas sino también a violaciones de obligaciones *erga omnes*²⁵⁰.

De acuerdo con esta definición, la doctrina es unánime al aceptar que el fundamento del ejercicio de la jurisdicción universal se encuentra en la naturaleza especialmente grave del crimen, aunque más adelante veremos que no siempre ha sido así. A su vez, este fundamento estaría compuesto por dos pilares: el primero sería el natural o lógico, esto es, sería la especial gravedad de algunos crímenes cometidos la que justificaría el ejercicio de la jurisdicción universal por cualquier Estado, pues se trata de crímenes que afectan directamente a los intereses de la

²⁴⁸ *Principios de Princeton sobre la Jurisdicción Universal...*, óp. cit., p. 28.

²⁴⁹ *Responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos* de 2001 (A/56/83, de 28 de enero de 2002, disponible en <http://old.dipublico.org/doc/A-RES-56-83.pdf>), artículo 48: “Invocación de la responsabilidad por un Estado distinto del Estado lesionado: 1. Todo Estado que no sea un Estado lesionado tendrá derecho a invocar la responsabilidad de otro Estado de conformidad con el párrafo 2 si: a) La obligación violada existe con relación a un grupo de Estados del que el Estado invocante forma parte y ha sido establecida para la protección de un interés colectivo del grupo; o b) La obligación violada existe con relación a la comunidad internacional en su conjunto (...)”.

²⁵⁰ Así ocurrió en el asunto *cuestiones relativas a las cuestiones sobre la obligación de procesar o extraditar* (Bélgica v. Senegal), Sentencia de 20 de julio de 2012, en el que tras la negación a la solicitud de extradición de Bélgica a Senegal de Hissène Habré, la CIJ entendió que si bien ninguna de las víctimas de torturas o crímenes de la humanidad eran belgas y, por tanto, Bélgica no era un Estado lesionado, si señaló la Corte “el derecho de Bélgica a invocar la responsabilidad del presidente Habré porque como parte en el *Convenio sobre la tortura* (que establece obligaciones *erga omnes partes*) tenía un interés jurídico en que sus disposiciones se cumpliesen (Sentencia de 20 de julio de 2012, párr. 68), concluyendo: “El interés común en el cumplimiento de las obligaciones relevantes de la Convención contra la Tortura implica la legitimidad de todo Estado Parte en la Convención para hacer reclamaciones relativas al cese de una alegada violación de otro Estado parte [...]” (párr. 69)” (GUTIÉRREZ ESPADA, C. y CERVELL HORTAL, M^a. J., *El Derecho Internacional en la encrucijada...*, óp. cit., pp. 491-492).

Comunidad Internacional en su conjunto (*bonum orbis*) e, indirectamente a la paz y la seguridad internacionales. El segundo pilar sería el jurídico, pues los Estados, aún cuando representan a la Comunidad Internacional en su conjunto ejerciendo la jurisdicción universal, deben actuar basándose en una norma internacional.

1. EL FUNDAMENTO NATURAL: EL *BONUM ORBIS*

Inspirándonos en Francisco de VITORIA²⁵¹, entendemos el *bonum orbis* o bienestar de la Comunidad Internacional como el fundamento natural o lógico de la jurisdicción internacional. Ese bienestar estaría representado, como señalaba VITORIA, por el hecho de que el bien común está por encima de los intereses individuales de los Estados, de ahí que podamos deducir que existen unos valores comunes e intereses de toda la Comunidad Internacional que son compartidos y aceptados y, en consecuencia, deben ser protegidos por todos los Estados frente a aquellos delitos más graves²⁵². Sería, por tanto, *la naturaleza de los crímenes* la que fundamenta la aplicación del principio de jurisdicción universal, y así lo señalan, como hemos visto, los *Principios de Princeton*. En este sentido, también el Tribunal Constitucional (en adelante, TC) español²⁵³ ha señalado que:

²⁵¹ MESSUTI, A., “Las huellas de Francisco de Vitoria en el artículo 53 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados”, PÉREZ CEPEDA, A. (Dir.), *El principio de Justicia Universal: Fundamentos y límites*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, pp. 45-59, p. 57.

²⁵² Señala M. CH. BASSIOUNI que ya Cesare BECCARIA en su libro *Dei delitti e delle pene* señalaba en 1774 la existencia de aquella Comunidad Internacional con valores comunes que los Estados partes tenían que hacer cumplir, pero no previó BECCARIA la jurisdicción universal. Esta protección de los valores comunes era identificada por los naturalistas con el Derecho natural. Sin embargo, la positivización de los principales principios penales en normas internacionales a partir del siglo XIX fue desapareciendo (BASSIOUNI, M. CH., “Universal Jurisdiction for International Crimes...”, *op. cit.*, p. 9).

²⁵³ Sentencia de la Sala Segunda del TC, núm. 87/2000, de 27 de marzo, Fundamento de Derecho 4º. También la Sentencia de la Sala Segunda del TC, núm. 237/2005, de 26 de septiembre, Fundamento Jurídico 9º: “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 (...) 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 (...).”

“El fundamento último de esta norma atributiva de competencia radica en la universalización de la competencia jurisdiccional de los Estados y sus órganos para el conocimiento de ciertos hechos sobre cuya persecución y enjuiciamiento tienen interés todos los Estados”.

Y añade:

“La LOPJ instauro un principio de jurisdicción universal absoluto, es decir, sin sometimiento a criterios restrictivos de corrección o procedibilidad, y sin ordenación jerárquica alguna con respecto al resto de las reglas de atribución competencial, puesto que, a diferencia del resto de criterios, el de justicia universal se configura a partir de la particular naturaleza de los delitos objeto de persecución”.

Podemos decir que los jueces de cada Estado se convierten así en “guardianes del Derecho”²⁵⁴ o “agentes del orden internacional”²⁵⁵, siendo el principio universal “un instrumento de solidaridad internacional”²⁵⁶ frente a los crímenes más graves.

No siempre ha sido así. En 1883, el IDI, en la resolución adoptada en Múnich²⁵⁷ señalaba que los Estados cristianos que custodiaran a delincuentes podían juzgar y castigar si no pudiera precisarse el *locus delicti* o cuando su extradición, aún a su propio Estado, no se concediera o se entendiera peligrosa²⁵⁸. Como consecuencia, el principio de jurisdicción universal no se aplicaba teniendo

²⁵⁴ Asunto *Attorney General of the Government of Israel v. Adolf Eichmann*, Supreme Court of Israel (sitting as a Court of Criminal Appeal), 29 de mayo de 1962, en *International Law Reports*, vol. 36, 1968, p. 304.

²⁵⁵ El desdoblamiento funcional enunciado por el profesor George SCHELLE del que ya hemos hablado, en CASSESE, A., “Remarks on Scelle’s Theory of ‘Role Splitting’ (dédoulement fonctionnel) in International Law”, *EJIL*, núm. 1, 1990, pp. 210-231, pp. 212 y ss. *Vid. supra* nota a pie núm. 66.

²⁵⁶ GIRÓN BÉJAR, D., *óp. cit.*, p. 28.

²⁵⁷ *Règles relatives aux conflits des lois pénales en matière de compétence*, disponible en http://www.justitiaetpace.org/idiF/resolutionsF/1883_mun_04_fr.pdf.

²⁵⁸ De ahí que Abraham MARTÍNEZ ALCANIZ señala que, en ese caso, el ejercicio de la jurisdicción universal depende de dos requisitos: “El primero, cuando el *locus delicti* no fuese determinado, como podía suceder con los piratas que actuaban en alta mar. El segundo cuando el presunto responsable no podía ser extraditado, lo que nos conducirá a la regla *aut dedere aut iudicare*. Como puede observarse, la naturaleza del delito no jugaba un papel importante en la época, pudiendo tener acogida dentro del principio de universalidad cualquier delito (...)” (*óp. cit.*, pp. 120 y ss.).

en cuenta la naturaleza grave del delito sino más bien el lugar de comisión, como el alta mar, donde ningún Estado tenía jurisdicción²⁵⁹.

No fue hasta la resolución de 1931 del IDI²⁶⁰, en la sesión celebrada en Cambridge, cuando comienza a tenerse en cuenta, para la aplicación del principio de jurisdicción universal, la naturaleza especialmente grave del crimen internacional; esto es, el fundamento jurídico del ejercicio del principio de justicia universal se encuentra en el *bien jurídico protegido*²⁶¹ lesionado por los graves crímenes contra los que puede ser ejercido. Este bien jurídico protegido no es otro que los valores e intereses de la Comunidad Internacional en su conjunto²⁶², de ahí que cuando un Estado ejerce la jurisdicción universal lo hace teniendo en cuenta los intereses superiores comunes de la Comunidad Internacional por encima de los suyos propios.

²⁵⁹ En el mismo sentido Manuel OLLÉ SESÉ, refiriéndose al bandolerismo, señala: “Se comprueba en este primer estadio, relativo al bandolerismo, que se posibilitaba la acción judicial extraterritorial, por un doble fundamento: (i) la ausencia de jurisdicción en el lugar de comisión de los hechos, y (ii) el compromiso común de los Estados en perseguir a los bandidos que lesionaban intereses igualmente comunes a todos ellos”, (*Justicia universal para crímenes...*, *op. cit.*, p. 99). Sin embargo, una visión distinta la aporta Mahmoud Ch. BASSIOUNI al señalar: “Debido a que el derecho de libertad de navegación en alta mar tenía una aplicación universal, concluyó que una infracción a ese derecho por piratas debería ser castigado universalmente” (“Universal Jurisdiction for International Crimes...”, *op. cit.*, p. 9).

²⁶⁰ *Le conflit des lois pénales en matière de compétence*. Esta resolución señala en su artículo 5 la posibilidad de ejercer el principio de jurisdicción universal por cualquier Estado con respecto a los delitos que hubiera cometido otro Estado cuando tales delitos fueran considerados una ofensa a los intereses protegidos por el Derecho internacional y ningún Estado hubiera solicitado la extradición del presunto responsable o se hubiere rechazado su solicitud, disponible en http://www.justitiaetpace.org/idiF/resolutionsF/1931_camb_04_fr.pdf.

²⁶¹ Abraham MARTÍNEZ ALCANIZ aboga por una definición amplia de bien jurídico protegido y señala que éste “estaría constituido por todo interés social e internacional fundamental, dando igual que éste sea individual, colectivo o supraindividual, siempre que merezca una especial protección penal a la vista de las obligaciones que tiene todo Estado soberano” (*op. cit.*, p. 129).

²⁶² “La comunidad internacional sufre la condición de sujeto pasivo difuso de los crímenes internacionales, en tanto que víctima secundaria (...). Y es razonable, porque la percepción de los más elevados niveles de lesividad, en un mundo globalizado, felizmente abocado a una transparencia incontenible e inmediata, genera, necesariamente, el reproche humanitario generalizado, y la exigencia de intervención judicial efectiva, reparadora y retributiva” (PIGRAU SOLÉ, A., *La jurisdicción universal y su aplicación en España...*, *op. cit.* p. 14). En este mismo sentido, Ana PÉREZ CEPEDA: “Precisamente, es ese reconocimiento de intereses necesitados de protección internacional el que proporciona la principal fuente de legitimación al principio de justicia universal. Mediante el mismo, los Estados se declaran competentes para perseguir determinados delitos cometidos fuera de sus fronteras y con independencia de la nacionalidad de sus autores o víctimas” (“Principio de Justicia penal universal *versus...*”, *op. cit.*, p. 63). También Esperanza ORIHUELA CALATAYUD: “Es la trascendencia e importancia de los intereses protegidos con la tipificación de esas conductas la que legitima a los Estados para actuar contra ellos, reprimirlos, investigar su comisión y sancionar a los culpables sin que sea necesaria la concurrencia de ningún otro vínculo que sirva de fundamento a otros títulos habilitadores del ejercicio de la jurisdicción penal extraterritorial reconocidos por el Derecho Internacional” (*La jurisdicción universal en España*, Real Academia de Legislación y Jurisprudencia de la Región de Murcia, Murcia, 2016, p. 21).

“La razón y fundamento que justifica que un crimen de derecho internacional pueda definirse de este modo, y consecuentemente que genere la responsabilidad internacional de sus autores, no es otro que el consenso internacional acerca de la trascendencia internacional del bien jurídico que se quiere proteger”²⁶³.

Así lo indica también el Estatuto de la CPI al señalar que los crímenes internacionales lesionan “los bienes jurídicos supranacionales de la Comunidad Internacional”²⁶⁴, pues “esos graves crímenes constituyen una amenaza para la paz, la seguridad y el bienestar de la humanidad”²⁶⁵. Se trata, además, como han señalado numerosos autores, de crímenes²⁶⁶ que afectan no sólo a la humanidad en su conjunto, a los valores humanos protegidos por la Comunidad Internacional (la paz y la seguridad internacionales), sino también a las víctimas (bienes jurídicos individuales²⁶⁷).

Podemos concluir, en definitiva, que el fundamento natural del principio de justicia universal reside en aquellos crímenes que dañan el interés superior de la Comunidad Internacional en su conjunto y que, por su propia naturaleza, se encuentran protegidos por el Derecho Internacional²⁶⁸.

Ahora bien, esta idea debe complementarse con “la necesaria jurisdicción sobre esos mismos crímenes de todos los Estados de la Comunidad Internacional, en tanto que carecería de sentido que, de un lado, se afirme que el bien jurídico que

²⁶³ CHINCHÓN ÁLVAREZ, J., “El principio de jurisdicción universal...”, *óp. cit.*, p. 7. En el mismo sentido: “(...) the principle underlying universal jurisdiction assumes that every nations has an interest in exercising jurisdiction over offenders of certain heinous crimes even when the prosecuting nation lacks a traditional jurisdiction basis over the crime, the offender, or the victim” (*Experts Meeting on “African Perspectives on Universal Jurisdiction for International Crimes”*, celebrada en Arusha, Tanzania, los días 18 a 20 de octubre de 2002, disponible en <http://ictr-archive09.library.cornell.edu/ENGLISH/speeches/pillay201002.html>).

²⁶⁴ OLLÉ SESÉ, M., “El principio de Justicia Universal en España...”, *óp. cit.*, p. 242. En el mismo sentido, SÁNCHEZ LEGIDO, A., *Jurisdicción universal penal...*, *óp. cit.*, p. 40.

²⁶⁵ Tercer párrafo preambular: “Reconociendo que esos graves crímenes constituyen una amenaza para la paz, la seguridad y el bienestar de la humanidad”, *Estatuto de la Corte Penal Internacional*, de 17 de julio de 1998.

²⁶⁶ Por ejemplo, CASSESE, A., *International Criminal...*, *óp. cit.*, p. 23; BASSIOUNI, M. CH., *International Criminal Law Conventions...*, *óp. cit.*, p. 34; y VARGAS CARREÑO, E., “El Proyecto de Código de Crímenes...”, *óp. cit.*, p. 1524, a los que se refiere como “crímenes de los crímenes”.

²⁶⁷ GIL GIL, A., *Derecho penal internacional...*, *óp. cit.*, pp. 34-35.

²⁶⁸ ABELLÁN HONRUBIA, V., *óp. cit.*, p. 295. En el mismo sentido, Carmen LAMARCA PÉREZ: “La mayor legitimidad moral del reconocimiento del principio de Jurisdicción Universal reside precisamente en que no está basado en la defensa de intereses propios” (“La reforma actual de la Jurisdicción...”, *óp. cit.*, p. 18).

lesionan pertenece a esa Comunidad pero, del otro, que sólo algunos de sus (Estados) miembros pueden a través de sus tribunales, perseguirlos y castigarlos”²⁶⁹. Y así lo recogía, como hemos visto (*vid. supra* apdo. II. 4), la CDI en el artículo 8 del *Proyecto de Crímenes contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad* de 1996 al señalar²⁷⁰:

“(…) Without prejudice to the jurisdiction of an international criminal court, each State Party shall take such measures as may be necessary to establish its jurisdiction over the crimes set out in articles 17, 18, 19 and 20, irrespective of where or by whom those crimes were committed. (...)”.

En la actualidad, sin embargo, pareciera que se cuestione este fundamento natural o lógico del principio de persecución universal. La *realpolitik* imperante y la preeminencia de los intereses de los Estados sobre los de la Comunidad Internacional ha restado importancia, en algunos casos, a la gravedad del crimen internacional, importando más que el hecho en sí el lugar de comisión del hecho delictivo o la nacionalidad de sus perpetradores²⁷¹. ¿Acaso nos encontramos en la actualidad ante un vacío de contenido del fundamento del principio de jurisdicción universal?²⁷² ¿Acaso es hoy en día menos importante el hecho de que los crímenes más graves atenten contra la humanidad en su conjunto que el hecho de que la jurisdicción universal se ejerza contra un Estado poderoso o contra sus propios nacionales?²⁷³.

²⁶⁹ CHINCHÓN ÁLVAREZ, J., “El principio de jurisdicción universal...”, *óp. cit.*, p. 8.

²⁷⁰ A/CN.4/L.532, de 8 de julio de 1996, en *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*, 1996, vol. II, Segunda parte, p. 30.

²⁷¹ SIMON, J.-M., *óp. cit.*, p. 27.

²⁷² Si bien es común leer en la doctrina acerca de la *desnaturalización* del principio del principio de jurisdicción universal, lo cierto es que la naturaleza del mismo (obligación o derecho) no se ve afectada por los diversos obstáculos puestos por las actuaciones Estatales. De ahí que, en nuestra opinión, no podamos hablar de desnaturalización sino de vacío de fundamento del principio de jurisdicción universal.

²⁷³ “Salvo honorables excepciones el principio de jurisdicción universal parece replegarse, legislativa o jurisprudencialmente, o se somete a filtros políticos que aseguran su aplicación sólo a los pobres diablos. Siendo ofensiva la hipótesis de que los agentes de los países democráticos y desarrollados puedan ser responsables de crímenes internacionales, las leyes y el sistema judicial se muestran inasequibles siquiera al principio de personalidad activa, no hablemos ya de investigar o procesar a aliados y amigos, aún contando con el fundamento de jurisdicción necesario para ello” (REMIRO BROTONS, A., *Derecho Internacional...*, *óp. cit.*, p. 513).

2. EL FUNDAMENTO JURÍDICO

Para el análisis del presente epígrafe se partirá, como hacen los *iusinternacionalistas*, de la idea de *universalidad*, y se acometerá un estudio del fundamento jurídico del principio de jurisdicción universal desde el ámbito de los DDHH para utilizar esa misma idea de *universalidad* en la represión, también universal, de los crímenes internacionales. Y es que, como señala Abraham MARTÍNEZ, no se puede negar “la vinculación existente entre la paz y seguridad internacional y los derechos humanos”²⁷⁴, pues son los Estados los responsables de protegerlos a través del Derecho Internacional Penal (incluido, claro está, el principio de jurisdicción universal²⁷⁵) cuando el Estado donde se cometió el crimen no haya dado una respuesta adecuada o no haya sido tampoco enjuiciado por un tribunal internacional.

Ahora bien, coincidimos con Antonio REMIRO en que “no existe, por ahora, una norma internacional general que obligue a los Estados a incorporar el principio de jurisdicción universal a sus leyes”, pero “con la misma rotundidad debe decirse que tampoco existe norma internacional general que prohíba a los Estados incorporar el principio de jurisdicción universal a sus leyes en relación con los más graves crímenes internacionales”²⁷⁶. Por tanto, lo que debemos cuestionarnos es qué título jurídico habilita a los Estados para ejercer la

²⁷⁴ MARTÍNEZ ALCAÑIZ, A., *op. cit.*, p. 127. La protección internacional de los DDHH está encomendada a los Estados, de ahí también otro de los fundamentos del principio de jurisdicción universal. Sin embargo, no sólo los Estados, también la Comunidad Internacional en su conjunto, “a través de la cooperación universal o regional, y de diversos mecanismos” disponen de diversas herramientas para la protección de aquéllos pero solo frente a aquellos hechos cometidos por los Estados. La cooperación viene acompañada de graves violaciones de DDHH que han dado lugar a la erosión de la soberanía estatal, ante la insuficiencia o, incluso, ausencia de protección de los DDHH. “La cooperación internacional ha ido intensificándose, sobre todo tras la Segunda Guerra Mundial, para hacer efectiva la lucha contra determinadas actuaciones que suponían un atentado a determinados derechos humanos, sin duda alguna los que revisten un carácter fundamental, y por ello una contravención del principio fundamental de protección y respeto de los derechos humanos y un atentado contra el interés de la comunidad internacional protegido por este principio. Es lo que ocurre, por ejemplo, con el genocidio, la tortura o las penas y tratos crueles, inhumanos o degradantes, los crímenes de guerra y los crímenes contra la humanidad” (ORIHUELA CALATAYUD, E., “Justicia universal y derechos...”, *op. cit.*, pp. 112-113).

²⁷⁵ Así lo señaló la CIJ en su Dictamen de 30 de marzo de 1950 y Dictamen de 18 de julio de 1950, en el asunto *Interpretation of peace treaties*, al señalar que “la protección de los derechos humanos no pertenece a la jurisdicción doméstica sino a la universal y que, al amparo de los artículos 55 y 56 de la Carta de las Naciones Unidas, la promoción universal y la efectiva de los derechos humanos y libertades de todos es una obligación jurídica internacional”, pp. 65 y 221, respectivamente.

²⁷⁶ REMIRO BROTONS, A., “La persecución de los crímenes internacionales...”, *op. cit.*, pp. 495-496.

jurisdicción universal cuando se trata de un crimen grave que lesiona, como ya hemos apuntado, bienes jurídicos internacionales, pues cada Estado posee su propio sistema penal con disposiciones sustantivas y disposiciones procesales, estas últimas necesarias para determinar la competencia prescriptiva que se ha ido estableciendo en torno a diferentes principios de jurisdicción.

Ahora bien, ¿por qué decimos que los Estados están autorizados e, incluso, en ocasiones, obligados a ejercer la jurisdicción universal? La respuesta puede encontrarse en las fuentes del DI²⁷⁷, en concreto, en los tratados internacionales y la costumbre internacional. Aunque sin rango jerárquico entre ellos, lo cierto es que son los tratados internacionales los que más seguridad ofrecen al garantizar mejor el principio de *nullum crimen sine lege, nulla poena sine lege*²⁷⁸ (vid. *infra* Capítulo II, apdo. III, 2, 2.1).

2.1 El fundamento convencional

Es difícil afirmar la existencia del fundamento natural del principio universal si no viene acompañada de un fundamento jurídico, pues se trata no sólo de enunciar ese principio sino de crear también mecanismos que lo hagan efectivo²⁷⁹. Ahora bien, si hablar de la lógica del principio universal fundamentada en la protección de los más altos intereses de la Comunidad Internacional nos lleva a una postura bastante unánime en la doctrina, no es tan pacífica la cuestión de su fundamentación jurídica.

²⁷⁷ Es importante situar el fundamento jurídico del principio de jurisdicción universal, no en el derecho interno de los Estados, sino en el DI pues este principio no tiene como objeto los delitos penales recogidos en los códigos penales estatales; al contrario, son objeto de la jurisdicción internacional, como ya hemos señalado, los crímenes más graves que atentan contra los intereses de la humanidad en su conjunto y que se encuentran recogidos tanto en la costumbre internacional, como en los tratados internacionales que, en ocasiones, han sido codificados en los cuerpos legislativos internos estatales.

²⁷⁸ Sin embargo, señala Mahmoud Ch. BASSIOUNI: “Ello no excluye el derecho internacional consuetudinario o los principios generales del derecho como fuentes del derecho penal internacional sustantivo, siempre que ellos cumplan con el estándar de especificación equivalente a aquel del derecho internacional convencional” (“Universal Jurisdiction for International Crimes...”, *óp. cit.*, p. 12). En el mismo sentido, PÉREZ CEPEDA, A., “Principio de Justicia penal universal versus...”, *op. cit.*, p. 79.

²⁷⁹ De ahí el hecho de que estemos convencidos de que el origen real de la jurisdicción universal no se encuentre en las teorías de Francisco de VITORIA o Cesare BECCARIA, sino en la creación efectiva del mecanismo que la llevó a cabo por primera vez con los Juicios de Núremberg y Tokio.

El crimen internacional al que ha estado ligado firmemente el ejercicio del principio de jurisdicción universal desde sus orígenes es, como se señaló, el de piratería en alta mar²⁸⁰ y el de esclavitud²⁸¹. El *Convenio de Ginebra para prevención y represión del terrorismo* (1937) contemplaba la creación de tribunales internacionales para este tipo de conductas, pero nunca entró en vigor.

Unos años más tarde, el proyecto inicial de la *Convención para la Prevención y la Sanción del Genocidio* de 1948²⁸² incluía (art. VII) un atisbo del principio de jurisdicción universal, al afirmar:

“Las Altas Partes contratantes se comprometen a castigar a los autores de los actos previstos en la presente Convención que se encuentren dentro de un territorio sometido a su jurisdicción, cualesquiera que fueran la nacionalidad del delincuente y el lugar en el que se haya cometido el delito”.

Sin embargo, esa redacción no fue finalmente aprobada por la negativa de algunos Estados²⁸³ y el artículo VI quedó redactado de la siguiente forma:

²⁸⁰ Crimen internacional de *ius cogens*, la piratería fue recogida claramente en el artículo 19 del *Convenio de Ginebra sobre alta mar* de 29 de abril de 1958, *BOE* núm. 309, de 27 de diciembre de 1971, y más tarde en términos muy parecidos en el artículo 105 del *Convenio de Naciones Unidas sobre Derecho del Mar*, Convención de Montego Bay, de 10 de diciembre de 1982, *BOE* núm. 39, de 14 de febrero de 1997. Ver, por todos, BASSIOUNI, M. CH., “Universal Jurisdiction for International Crimes...”, *óp. cit.*, pp. 13-16. “Así la piratería marítima apareció como un comportamiento cuya represión va más allá de las fronteras de los Estados, pues la realización de la misma normalmente tenía lugar en alta mar, lugar sobre el que ningún Estado ejerce sus soberanía” (BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I., *óp. cit.*, pp. 32-33).

²⁸¹ Y ello porque la esclavitud, y las prácticas que tienen relación con ella, han sido contempladas en numerosos tratados, siendo considerado un crimen internacional de *ius cogens*. Ana PÉREZ CEPEDA hace referencia también al comercio de esclavos, citando para ello la opinión del juez Marshall en *United States v. Klintock* en 1820, “Principio de Justicia penal universal...”, *óp. cit.*, p. 62.

²⁸² *Convención para la Prevención y la Sanción del Genocidio* de 9 de diciembre de 1948, *BOE* núm. 34, de 8 de febrero de 1969.

²⁸³ Fue el caso de Estados Unidos y la Unión Soviética que se opusieron por considerar dicho artículo un atentado a su soberanía, mientras que el Estado francés entendía que debía ser competente una corte penal permanente. Aún así, el artículo VI recogido finalmente en la Convención fue objeto de declaraciones y reservas “para excluir de manera expresa cualquier interpretación que permitiera que tribunales de Estados terceros intervinieran en el enjuiciamiento de un crimen cometido en su jurisdicción”. Fue la postura de Argelia, Marruecos o Filipinas criticada por la CIJ en su Opinión consultiva sobre *las Reservas a la Convención para la prevención y la sanción del crimen de genocidio*, de 28 de mayo de 1951, “en la que puso de relieve el carácter obligatorio de los principios sobre los que se asienta el Convenio y la necesidad de cooperación para acabar con él” (CERVELL HORTAL, M^a. J., *Genocidio, responsabilidad internacional...*, *óp. cit.*, pp. 98-99, citando a BOLLO AROCENA, M^a. D., *Derecho internacional penal...*, *óp. cit.*, p. 387).

“Las personas acusadas de genocidio o de uno cualquiera de los actos enumerados en el artículo III, serán juzgadas por un tribunal competente del Estado en cuyo territorio el acto fue cometido, o ante la corte penal internacional que sea competente respecto a aquellas de las Partes contratantes que hayan reconocido su jurisdicción”.

Y aunque es cierto que no puede desprenderse automáticamente de la redacción de este artículo VI la existencia del principio de justicia universal, su contenido ha sido interpretado de forma variada. En primer lugar, y representando una postura minoritaria, se encuentran los autores convencidos de que los Estados sólo podrán juzgar aquellos genocidios que se lleven a cabo en su territorio. En segundo lugar, otros interpretan el artículo en el sentido de que obliga a enjuiciar a los Estados que han perpetrado en su propio territorio un delito de genocidio, sin perjuicio de que pueda ser aplicado el derecho nacional del mismo. En tercer lugar, algunos consideran que esa disposición no contiene limitación alguna y que los Estados tienen el *deber* de ejercer la jurisdicción universal cuando de un delito de genocidio se trate, independientemente de donde se haya cometido, fuera o dentro de su territorio, y quien lo haya cometido²⁸⁴. Y, por último, también se ha señalado que, además de la territorialidad como criterio para ejercer la jurisdicción, “únicamente si un “tribunal penal internacional” es establecido y únicamente si los Estados parte de la *Convención para la Prevención y la Sanción del Genocidio* son

²⁸⁴ THALMANN, V., “National criminal jurisdiction over genocide”, en GAETA, P. (Ed.) *The UN Genocide Convention. A commentary*, Oxford University Press, 2009, pp. 231-258, p. 232. Y fue con base precisamente en esta interpretación en la que se basó el tribunal en el asunto *Eichmann*: “(..) los tribunales israelíes se refugiaron en ella (en la tercera interpretación) para condenar al antiguo miembro de las SS capturado por fuerzas israelíes en territorio argentino y llevado a Israel para ser juzgado. La normativa que se aplicó, la Ley sobre Nazis y Colaboradores de 1950, contemplaba incluso la aplicación retroactiva para crímenes cometidos durante la II Guerra Mundial y pese a que los abogados del acusado adujeron que se habían cometido fuera de Israel amparándose además en el artículo VI de la Convención, el Tribunal consideró que el citado artículo no limitaba la jurisdicción de ningún Estado y que cada uno podía ejercer sus poderes con los únicos límites del Derecho internacional consuetudinario”. Al respecto, CERVELL HORTAL, M^a. J., *Genocidio, responsabilidad internacional...*, *óp. cit.*, pp. 99-100. Véase Asunto *Attorney General of the Government of Israel v. Adolf Eichmann*, Supreme Court of Israel (sitting as a Court of Criminal Appeal), 29 de mayo de 1962, en *International Law Reports*, vol. 36, 1968, p. 304. En esta línea encontramos también los asuntos *Demjanjuk v. Petrovsky* y *Filartiga*, citados en FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, P. A., “El deber de asegurar el goce de los derechos humanos y la conducta contraria”, *Revista Electrónica Iberoamericana*, vol. 7, núm. 2, 2013, p. 7: “Not only do all the crimes attributed to the appellant bear an international character, but their harmful and murderous effects were so embracing and widespread as to shake the international community to its very foundations. The State of Israel therefore was entitled, pursuant the principle of universal jurisdiction and in the capacity of a guardian of international law and an agent for its enforcement, to try the appellant”.

también Estados parte de la Convención que establece un “tribunal penal internacional” puede este último tribunal tener jurisdicción universal”²⁸⁵.

A pesar de las diferentes interpretaciones, lo cierto es que la CIJ ha tenido ya varias ocasiones para señalar que la *Convención* es un texto que contempla obligaciones *erga omnes*, de forma que cualquier Estado, la haya o no ratificado, tiene todas las obligaciones que de ella se derivan y además el deber de colaborar en la lucha contra el crimen de genocidio²⁸⁶. En este sentido, también la Cámara de Apelaciones del TPIY en el asunto *Tadic* fue clara: “la jurisdicción universal es hoy reconocida para los crímenes internacionales”²⁸⁷.

En 1949, los Convenios de Ginebra recogerían la categoría de los crímenes de guerra; en concreto, en los artículos 49, 50, 129 y 146 del primer, segundo, tercer y cuarto convenio respectivamente²⁸⁸. Es la mención más completa que hasta el momento se ha hecho en un tratado internacional del principio universal. Los cuatro artículos, todos ellos con la misma redacción, señalan:

²⁸⁵ Señala Mahmoud Ch. BASSIOUNI que, desde 1948, se han creado dos tribunales internacionales *ad hoc* (TPIY y TPIR) y la CPI. Estos tres instrumentos “contienen una disposición que hace del genocidio un crimen dentro de la jurisdicción del tribunal. Pero eso, por sí solo, no confiere jurisdicción universal a esos tribunales”. Y añade, en los tres casos, los Tribunales sólo tienen jurisdicción territorial respecto al genocidio, esto es, que se haya cometido en el territorio de su jurisdicción (“Universal Jurisdiction for International Crimes...”, *óp. cit.*, p. 18).

²⁸⁶ *Opinión consultiva sobre las reservas a la Convención para la prevención y la sanción del crimen de genocidio*, de 28 de mayo de 1951, *ICJ Reports*, p. 23: “The origin of the Convention show that it was the intention of the United Nations to condemn and punish genocide as “a crime under international law” involving a denial of the right of existence of entire human groups, a denial which shocks the conscience of mankind and results in great losses to humanity, and which is contrary to moral law and to the spirit and aims of the United Nations (...). The first consequence arising from this conception is that principles underlying the Convention are principles which are recognized by civilized nations as binding on States, even without any conventional obligation. A second consequence is the universal character both of the condemnation of genocide and of the cooperation required “in order to liberate mankind from such an odious scourge” (...). Sin embargo, no es una opinión compartida en la doctrina. Así, A. PIGRAU SOLÉ señala que no ha sido recogida la jurisdicción universal “en algunos convenios más antiguos relativos al genocidio o la discriminación racial” (*La jurisdicción universal...*, *óp. cit.*, p. 25).

²⁸⁷ *Prosecutor v. Dusko Tadic*, TPIY, caso núm. IT-94-I-T, Decisión sobre la presentación de la defensa por apelación interlocutoria sobre jurisdicción, de 2 de octubre de 1995, párr. 62. Y también el TPIR, en relación con el genocidio, señaló la aplicación de la jurisdicción universal, *Prosecutor v. Ntuyahaga*, Decisión sobre la presentación del Fiscal de Retirar el procesamiento, de 18 de marzo de 1999.

²⁸⁸ *I Convenio de Ginebra para aliviar la suerte que corren los heridos y los enfermos de las fuerzas armadas en campaña*, de 12 de agosto de 1949, *BOE* de 23 de agosto de 1952; *II Convenio de Ginebra para aliviar la suerte que corren los heridos, los enfermos y los náufragos de las fuerzas armadas en el mar*, de 12 de agosto de 1948, *BOE* de 26 de agosto de 1952; *III Convenio de Ginebra relativo al trato debido a los prisioneros de guerra*, de 12 de agosto de 1949, *BOE* de 5 de septiembre de 1952; *IV Convenio de Ginebra relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra*, de 12 de agosto de 1949, *BOE* de 2 de septiembre de 1952.

“Cada una de las Partes Contratantes tendrá la obligación de buscar a las personas acusadas de haber cometido, u ordenado cometer, una cualquiera de las infracciones graves y deberá hacerlas comparecer ante los propios tribunales, sea cual fuere su nacionalidad. Podrá también, si lo prefiere, y según las condiciones previstas en la propia legislación, entregarlas para que sean juzgadas por otra Parte Contratante interesada, si ésta ha formulado contra ellas cargos suficientes”.

Señala Mahmoud Ch. BASSIOUNI que la formula ha sido interpretada no sólo como que otorga a los Estados parte el derecho a incluir en su legislación nacional la jurisdicción universal para los crímenes de guerra, sino también la obligación²⁸⁹.

Llama la atención el hecho de que, aunque el bien jurídico protegido, tanto en la Convención contra el genocidio como en los Convenios de Ginebra sigue siendo la Comunidad Internacional, las obligaciones de los Estados partes son diferentes: en el caso del crimen del genocidio, el Estado en cuyo territorio se ha cometido es el obligado a perseguir y enjuiciar a los responsables; en el caso de los Convenios de Ginebra, es cualquier Estado parte el obligado a juzgar o, en su caso, extraditar a los culpables. Aunque con un solo año de diferencia, los Convenios de Ginebra se mostraban claramente más generosos a la hora de permitir a los Estados perseguir un crimen internacional.

Más tarde, el *Convenio sobre infracciones y otros actos cometidos a bordo de las aeronaves* (1963)²⁹⁰ recogía en su artículo 3.3: “El presente Convenio no excluye ninguna jurisdicción penal ejercida de acuerdo con las leyes nacionales” y los dos Pactos Internacionales de Naciones Unidas de 1966, uno en el que se recogían los derechos civiles y políticos y en el otro derechos económicos, sociales y culturales²⁹¹. También la *Convención Internacional sobre la Represión y el Castigo del Crimen de Apartheid* de 1973²⁹², en su artículo IV, indica:

²⁸⁹ BASSIOUNI, M. CH., “Universal Jurisdiction for International Crimes...”, *óp. cit.*, p. 17.

²⁹⁰ *Convenio sobre infracciones y otros actos cometidos a bordo de las aeronaves* de 14 de septiembre de 1963, *BOE* núm. 308, de 25 de octubre de 1969.

²⁹¹ Ambos pactos señalan que no es necesario la codificación interna “cuando se trata de castigar Crímenes contra la Humanidad y, por tanto, la no aplicación en ese caso del principio de la retroactividad penal (art. 15.2)” (LÓPEZ GARRIDO, D., “Contra la impunidad”, *óp. cit.*, p. 32).

²⁹² Resolución 3068 (XXVIII), de la AG de Naciones Unidas, de 30 de noviembre de 1973. España no es un Estado parte en la Convención.

“Los Estados Partes en la presente Convención se obligan: (...) b) A adoptar medidas legislativas, judiciales y administrativas para perseguir, enjuiciar y castigar conforme a su jurisdicción a las personas responsables o acusadas de los actos enumerados en el artículo II de la presente Convención, independientemente de que tales personas residan en el territorio del Estado en que se han cometido los actos o sean nacionales de ese Estado o de algún otro Estado o sean personas apátridas”.

Mientras que el artículo V, señala:

“Las personas acusadas (...) podrán ser juzgadas por un tribunal competente de cualquier Estado Parte en la Convención que tenga jurisdicción sobre esas personas o por cualquier tribunal penal internacional que sea competente respecto a los Estados Partes que hayan reconocido su jurisdicción”.

Se establece el principio de jurisdicción universal pero no hay obligación alguna de juzgar, a diferencia de lo establecido en los Convenios de Ginebra, quedando esa posibilidad a merced de los Estados Parte o de un tribunal penal internacional.

En 1984, la *Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes*²⁹³ señala en su artículo 5:

“1. Todo Estado Parte dispondrá lo que sea necesario para instituir su jurisdicción (...) en los siguientes casos:

- a) Cuando los delitos se cometan en cualquier territorio bajo su jurisdicción o a bordo de una aeronave o un buque matriculados en ese Estado;
- b) Cuando el presunto delincuente sea nacional de ese Estado;
- c) Cuando la víctima sea nacional de ese Estado y éste lo considere apropiado.

2. Todo Estado Parte tomará asimismo las medidas necesarias para establecer su jurisdicción sobre estos delitos en los casos en que el presunto delincuente se halle en cualquier territorio bajo su jurisdicción y dicho Estado no conceda la extradición (..)”.

El artículo termina con un apartado 3 de gran valor: “La presente Convención no excluye ninguna jurisdicción penal ejercida de conformidad con las leyes nacionales”, de forma que si los Estados han previsto el principio de

²⁹³ *Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes* de 10 de diciembre de 1984, BOE núm. 268, de 9 de noviembre de 1987.

jurisdicción universal, nada impedirá que sea ejercido cuando se trate de un delito de tortura.

El 17 de julio de 1988 el *Estatuto de la Corte Penal Internacional* recordaba en el párrafo 6º de su Preámbulo que “es deber de *todo Estado* ejercer su jurisdicción penal contra los responsables de crímenes internacionales”²⁹⁴ (cursiva añadida).

También la *Convención sobre la Seguridad del personal de las Naciones Unidas y el personal asociado* de 1994²⁹⁵ señala en el artículo 10.5 que:

“La presente Convención no excluirá ninguna jurisdicción penal ejercida de conformidad con la legislación nacional”.

Y, por último, la *Convención internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas* de 2006²⁹⁶ también señala en su artículo 9.3 que: “La presente Convención no excluye ninguna jurisdicción penal adicional ejercida de conformidad con las leyes nacionales”.

En este breve recorrido por algunas de las convenciones que regulan los crímenes internacionales más graves, puede observarse cómo el principio de jurisdicción universal fue recogido tras la Segunda Guerra Mundial en numerosos tratados internacionales²⁹⁷. Sin embargo, su redacción no ha seguido siempre los mismos patrones.

Siguiendo a Antoni PIGRAU, podemos encontrar una “tendencia a la uniformización de la técnica utilizada en los convenios” respecto a la jurisdicción

²⁹⁴ *Estatuto de la Corte Penal Internacional* de 17 de julio de 1998, BOE núm. 126, de 27 de mayo de 2002. Algunos autores han destacado el hecho de que en el Preámbulo del Estatuto se haga referencia a “todo Estado” y no a los Estados que han ratificado el Estatuto, de forma que se convierte en una premisa en la que se apoya el principio de concurrencia de jurisdicciones estatales defendidos por algunos autores, pues a su entender se trata del *Código Penal mundial* “donde ha cristalizado toda la evolución del derecho internacional de los derechos humanos en la persecución de los más graves crímenes, incluso del Derecho consuetudinario” (OLLÉ SESÉ, M., “La reforma actual de la Justicia...”, *óp. cit.*, p. 21).

²⁹⁵ *Convención sobre la Seguridad del personal de las Naciones Unidas y el personal asociado* de 9 de diciembre de 1994, BOE núm. 124, de 25 de mayo de 1999.

²⁹⁶ *Convención internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas* de 20 de diciembre de 2006, BOE núm. 42, de 28 de febrero de 2011.

²⁹⁷ Un análisis más exhaustivo sobre la tipificación del principio universal en los convenios y tratados internacionales lo encontramos en: RANDALL, K. C., “Universal jurisdiction under International Law”, *Texas Law Review*, vol. 66, 1988, pp. 791-815; SÁNCHEZ LEGIDO, A., *Jurisdicción universal penal... óp. cit.*, pp. 57-65; y BASSIOUNI, M. CH., *Introduction au droit pénal international*, Bruylant, Bruselas, 2002, pp. 84 y ss.

universal que permite diferenciar cuando se ha recogido en el texto como una obligación estatal o bien cuando se ha recogido como una facultad²⁹⁸. Así, señala PIGRAU que la jurisdicción universal es recogida, en ocasiones (las menos), como una *obligación*; así ocurre en los Convenios de Ginebra de 1949, “en los que se formula ante todo como una obligación de perseguir y juzgar las obligaciones graves de dichos convenios” que obliga a los Estados cuando el presunto responsable se encuentra en su territorio o bien tiene jurisdicción de acuerdo con la Convención²⁹⁹. Sin embargo, la mayor parte de la veces, el principio de jurisdicción universal es recogido como una *facultad* que tienen los Estados, a través de una fórmula que señala que el texto de la convención no excluye ninguna competencia penal ejercida conforme a las leyes nacionales de los Estados parte; de ahí que, el mero hecho de que la jurisdicción universal no se recoja expresamente en el tratado, no significa que no exista posibilidad de ejercerla³⁰⁰.

Ahora bien, lo cierto es que en los casos en los que la jurisdicción universal aparece como mera facultad, también hace acto de presencia el principio *aut dedere aut iudicare*³⁰¹ (*vid. infra* Capítulo II, apdo. III, 1, 1.1), de forma que, en ocasiones, el hecho de que un Estado se niegue a extraditar es condición para que

²⁹⁸ PIGRAU SOLÉ, A., *La jurisdicción universal... óp. cit.*, pp. 25 y ss.

²⁹⁹ FERRER LLORET, J., “El principio de jurisdicción universal: su aplicación en España”, *Cursos de Derechos Humanos de Donostia-San Sebastián*, vol. 5, Bilbao, 2004, pp. 107-170, p. 137. Aunque en contra tenemos a EL ZEIDY, M. M., “Universal jurisdiction in absentia: is it a legal valid option for repressing heinous crimes?”, *The International Lawyer*, vol. 37, 2003, pp. 835-861, pp. 852-853. La cuestión del ejercicio de la jurisdicción universal *in absentia* será tratada más tarde (*vid. infra* Capítulo III, apdo. I, 1, 1.5, 1.5.1).

³⁰⁰ RABINOVITCH, R., “Universal jurisdiction in absentia”, *Fordham International Law*, vol. 28, 2005, pp. 500-530, p. 506. Y así ocurre en la *Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes*, de 10 de diciembre de 1984, *BOE* núm. 268, de 9 de noviembre de 1987; en la *Convención para la Represión de Actos Ilícitos contra la Seguridad de la Aviación civil* de 24 de febrero de 1988, *BOE* núm. 56, de 5 de marzo de 1992; en la *Convención Internacional contra el reclutamiento, la utilización, la financiación y el entrenamiento de mercenarios* de 4 de diciembre de 1989; la *Convención de Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional* de 15 de noviembre de 2000, *BOE* núm. 233, de 29 de septiembre de 2003; o la *Convención para la Protección de Todas las personas contra las desapariciones forzadas* de 20 de diciembre de 2006, *BOE* núm. 42, de 18 de febrero de 2011.

³⁰¹ Por ejemplo, la *Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes*, de 10 de diciembre de 1984, *BOE* núm. 268, de 9 de noviembre de 1987 (art. 5.2), la *Convención para la Represión de Actos Ilícitos contra la Seguridad de la Aviación civil* de 24 de febrero de 1988, *BOE* núm. 56, de 5 de marzo de 1992 (art. 5.2), la *Convención Internacional contra el reclutamiento, la utilización, la financiación y el entrenamiento de mercenarios* de 4 de diciembre de 1989 (art. 9.2) o la *Convención para la Protección de Todas las personas contra las desapariciones forzadas* de 20 de diciembre de 2006, *BOE* núm. 42, de 18 de febrero de 2011 (art. 9.2). Éstos serían una muestra de los 93 tratados internacionales de los creados entre 1815 y 1999 que señala BASSIOUNI que recogen el principio *aut dedere aut iudicare* (“The History of universal jurisdiction and...”, *óp. cit.*, p. 46).

proceda a juzgar él mismo³⁰². No podemos, con todo, afirmar que la obligación de juzgar sólo entraría en juego si el Estado se negara a extraditar³⁰³; una afirmación así vaciaría de objeto y fin la cláusula, que no pretende sino buscar la impunidad. Así se precisa, de hecho, en varios de los acuerdos internacionales en los que aparece recogida y así lo defiende también la mayoría de la doctrina³⁰⁴.

Puede concluirse, por un lado, que la positivización del principio de jurisdicción universal en las diferentes convenciones tras la Segunda Guerra Mundial es anárquica, “confusa o inconsecuente”³⁰⁵. Y, por otro, que el reconocimiento de la jurisdicción universal se ha limitado a ciertos crímenes internacionales, sobre todo aquellos cuya prohibición hoy forma parte del *ius cogens*³⁰⁶.

2.2 El fundamento consuetudinario

La existencia de un fundamento consuetudinario en el ejercicio del principio de jurisdicción universal por los Estados tampoco es una cuestión pacífica. La práctica estatal no es, de hecho, determinante, pues la mayoría de las legislaciones internas exigen un vínculo o un nexo entre el crimen y el Estado que

³⁰² “El Estado Contratante en cuyo territorio se descubra al presunto autor de un delito comprendido en el artículo primero y que haya recibido una solicitud de extradición (...), en el supuesto de que no accediese a la extradición del citado individuo, someterá el caso, sin excepción alguna y sin demora injustificada, a sus autoridades competentes para el ejercicio de la correspondiente acción penal. Dichas autoridades tomarán la decisión que proceda, en las mismas condiciones que para cualquier delito de carácter grave, con arreglo a las leyes del Estado”, art. 7 del *Convenio Europeo para la Represión del Terrorismo* de 27 de enero de 1977, *BOE*, núm. 242, de 8 de octubre de 1980.

³⁰³ GIL GIL, A., “España: persecución penal nacional de crímenes internacionales en América Latina y España”, en AMBOS, K. y MALARINO, E. (Eds.), *Persecución penal nacional de crímenes internacionales en América Latina y España*, Montevideo, Konrad-Adenauer-Siftung A.C., 2003, pp. 335-402, p. 362.

³⁰⁴ Respecto al artículo 5 de la *Convención contra la Tortura*, BURGERS, J. H. and DANELIUS, H., señalan: “In view of paragraph 2, the Convention can be said to be based on the principle of universal jurisdiction”, y añade: “There were delegations which considered that jurisdiction should be dependent on an extradition request having been made but reduced. However, this was not the predominating opinion, and not the opinion which was reflected in the Convention”. Termina con su comentario al artículo 7 señalando que “it therefore seems correct to conclude that jurisdiction must be established also for cases where no extradition request is made by an other State” (*The United Nation Convention against Torture. A handbook on the Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment*, M. Nijhoff, Dordrecht, 1988, pp. 132-133).

³⁰⁵ CHINCHÓN ÁLVAREZ, J., “Jurisdicción Universal”, *óp. cit.*, p. 240.

³⁰⁶ PÉREZ CEPEDA, A., “Principio de Justicia penal universal *versu...*”, *óp. cit.* pp. 67-68.

ejerce su *ius puniendi*, ya sea porque la víctima o el responsable es nacional de ese Estado o porque afecte a los intereses de ese Estado. Pero lo cierto es que, si tenemos en cuenta estos criterios para establecer la jurisdicción universal (*vid. infra* Capítulo III, apdo. I, 1, 1.1) estaríamos confundiéndola con los demás principios de jurisdicción y vaciándola de fundamento. Cuestión distinta es el requisito de que el responsable esté detenido en el Estado que ejerce la jurisdicción, pues en este caso nos encontraríamos ante una jurisdicción universal condicionada.

La mayoría de Estados sólo recoge la jurisdicción universal si un tratado se lo exige y luego es implementada en sus normas internas (caso de Francia) o si existe una conexión territorial con el lugar donde se ha cometido el delito (Canadá y Alemania). Otros Estados contemplan, además de la territorialidad, la conexión de la nacionalidad (Italia). Algunos han limitado su aplicación a crímenes concretos (es el caso de Suiza respecto al genocidio, crímenes contra la humanidad y crímenes de guerra); y otros, como Bélgica y España, han sufrido importantes modificaciones en las condiciones del ejercicio de la jurisdicción universal hasta el punto de cuestionarnos, en el caso español, si con ellas cumple realmente con sus obligaciones internacionales (*vid. infra* Capítulo IV, apdo. IV). No parece, por tanto, que exista una práctica estatal consolidada a favor de una jurisdicción universal sin condiciones³⁰⁷.

¿Y la *opinio iuris*? ¿Tienen los Estados esa conciencia jurídica de lucha contra la impunidad a través del principio de jurisdicción universal? Si atendemos a los ordenamientos jurídicos internos, ya hemos visto el escaso desarrollo que el principio de jurisdicción universal tiene, lo que acaso sea la mejor prueba de que los Estados, en su mayoría, no están convencidos de su existencia (o, al menos, no están dispuestos a dejar que se desarrolle más). Y si atendemos al derecho convencional, comprobamos que sólo para determinados crímenes existe la obligación de investigar y juzgar. No debe, además, olvidarse, que son (en su mayoría) crímenes prohibidos por el *ius cogens* y que imponen obligaciones *erga omnes*. No empero, es cierto también que existe un número nada desdeñable de convenciones que, como hemos visto, contemplan el principio *aut dedere aut*

³⁰⁷ BASSIOUNI, M. CH., "Universal Jurisdiction for International Crimes...", *óp. cit.*, pp. 28-33.

iudicare, por lo que los Estados que se niegan a extraditar se ven forzados, por más que sea de manera indirecta, al ejercicio de la jurisdicción universal.

Parece, por tanto, a la luz de lo señalado, que no puede afirmarse la existencia del fundamento consuetudinario del principio de jurisdicción universal respecto a todos los crímenes graves del DI. De hecho, solo en lo que se refiere a los crímenes prohibidos por el *ius cogens*, como el de piratería, la esclavitud, el genocidio, los crímenes de guerra, la tortura y el de lesa humanidad podría hablarse de un fundamento consuetudinario que sí permite la aplicación del principio de jurisdicción universal.

Dos afirmaciones, en definitiva, podrían hacerse respecto del fundamento de la jurisdicción universal. En primer lugar, que el fundamento lógico de la jurisdicción universal, la gravedad del crimen, es ignorada por la práctica actual de los Estados, que otorgan más importancia al lugar de comisión y a la nacionalidad del perpetrador que a la gravedad del crimen en sí mismo. En segundo lugar, que el fundamento jurídico, ya sea convencional o consuetudinario, faculta pero no obliga a los Estados a ejercer el principio de jurisdicción universal y que sólo respecto de crímenes prohibidos por el *ius cogens* tendrían los Estados la obligación de ejercer la jurisdicción universal.

No estamos, en definitiva, ante un problema de falta de fundamentación jurídica, sino de escasa voluntad política, en el que los intereses del Estado se anteponen a los de la Comunidad Internacional en su conjunto. O, como afirma el profesor Antonio REMIRO, “vivimos en el imperio de una ley que empieza a tomar demasiado a menudo el embudo como logo”³⁰⁸.

IV. NATURALEZA DEL PRINCIPIO DE JURISDICCIÓN UNIVERSAL

Como ya se ha señalado, el principio de jurisdicción universal es una herramienta de la cooperación judicial universal que tiene como finalidad última proteger los más altos valores e intereses de la Comunidad Internacional y luchar

³⁰⁸ REMIRO BROTONS, A., “La persecución de los crímenes internacionales...”, *óp. cit.*, p. 513.

frente a la impunidad de los crímenes internacionales más graves. El principio se basa, fundamentalmente, en la prerrogativa que tienen los Estados para ejercerlo.

Ahora bien, ¿qué ocurriría si la protección de los intereses de la Comunidad Internacional pudiera ejercerse no sólo como un derecho de los Estados en el ejercicio de aquella jurisdicción universal, sino también como un derecho de las propias víctimas al acceso a la justicia internacional, cubriendo así las deficiencias del *ius standi* en el emergente sistema del DI? La cuestión nos obligaría a analizar la naturaleza del principio universal desde tres puntos de vista. Aun conscientes de que no es la regla general, comenzaremos el análisis del principio desde la obligación de ejercerlo que tienen los jueces nacionales de los Estados al derivarse de una norma de *ius cogens*, pues entendemos que, dada su finalidad, sería la situación deseable. En segundo lugar, se abordará el ejercicio de la jurisdicción universal concibiéndola como un derecho de los Estado, lo que constituye de hecho la regla general. En tercer y último lugar, se considerará el ejercicio del principio de la jurisdicción universal como un derecho que tienen *per se* las víctimas de los crímenes internacionales.

1. LA JURISDICCIÓN UNIVERSAL, UNA OBLIGACIÓN DE LOS ESTADOS

Ya hemos apuntado que el Estatuto de la CPI señala que “es deber de todo Estado ejercer su jurisdicción penal contra los responsables de crímenes internacionales”³⁰⁹, entendiéndose una obligación de la generalidad de los Estados y no sólo de los que son parte en el Estatuto. Ahora bien, partiendo de la idea de que no todos los crímenes son iguales, debemos señalar que el principio de jurisdicción universal se ha encontrado tradicionalmente unido a los llamados crímenes internacionales de *primer grado*: “aquellos de naturaleza de *ius cogens* y cuyas consecuencias en el orden internacional son especialmente graves”³¹⁰. De

³⁰⁹ Estatuto de la Corte Penal Internacional de 17 de julio de 1998, BOE núm.126, de 27 de mayo de 2002, Preámbulo, párr. 6º.

³¹⁰ OLLÉ SESÉ, M., *Justicia universal para...*, óp. cit., p. 184. También en este sentido, Ignacio BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE: “El primer grupo, el de los delitos internacionales en sentido estricto, se integra dentro de las consecuencias de un *ius cogens* y se sitúa por tanto fuera de la soberanía de los Estados, lo que debe llevar a una reelaboración de algunos principios del Derecho penal nacional y a tratarlos dentro del Derecho penal internacional. Este punto de partida puede

acuerdo con el *Proyecto de artículos sobre responsabilidad de los Estados*, artículo 40, se aceptan como normas de *ius cogens* la prohibición de la agresión, la esclavitud y la trata de esclavos, el genocidio, la discriminación racial y el apartheid, la prohibición de la tortura y las normas básicas del DIH³¹¹.

Las normas de *ius cogens* imponen obligaciones *erga omnes*, incluso a aquellos Estados que se hubieran opuesto³¹², pues debemos tener en cuenta que

llevar en la práctica a la nulidad de algunas leyes nacionales, dictadas para eludir responsabilidades por estos delitos. Por otra parte este derecho penal internacional plantea toda una problemática vinculada a la coexistencia de una jurisdicción internacional con las jurisdicciones nacionales” (*óp. cit.*, p. 42).

³¹¹ Comentarios al Proyecto de artículos sobre responsabilidad de los Estados, Anuario de la CDI, vol. II, segunda parte, 2001, pp. 120-121, disponible en <http://legal.un.org/ilc/reports/2001/spanish/chp4.pdf>.

³¹² Las normas de *ius cogens* son descritas en el art. 53 del *Convenio de Viena sobre el Derechos de los Tratados*: “Tratados que están en oposición con una norma imperativa de Derecho internacional general (*ius cogens*): (...) Para los efectos de la presente convención, una norma imperativa de Derecho internacional general es un norma aceptada y reconocida por la Comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario y que solo puede ser modificada por una norma ulterior de Derecho internacional general que tenga el mismo carácter”. Es importante aclarar que se entiende en el artículo 53 por una norma de *ius cogens* y para ello, MESSUTI, señala una serie de elementos esenciales. El primero de ellos es la *comunidad internacional*, “porque es el sujeto del que depende la aceptación o reconocimiento requeridos”. Siguiendo a Francisco de Vitoria, Ana MESSUTI señala que el termino Comunidad Internacional engloba a todas las comunidades políticas iguales, libres y perfectas (Estados autosuficientes capaces de gobernarse políticamente, de acuerdo con SUÁREZ) y, además, la Comunidad Internacional, con capacidad normativa, “tiene su propio bien común, que está por encima de los bienes particulares de los Estados (...). Es decir, más allá del derecho convencional de los tratados, hay un derecho que se atribuye a toda la comunidad internacional, y es un derecho que obliga a todos los Estados (lo llama “derecho de gentes”)”. El segundo elemento a tratar en el artículo 53 es el *consentimiento*. “Los Estados que aceptan están dando su consentimiento a esa norma. Algunos autores consideran que estas palabras reflejan la necesidad de un doble consentimiento: primero, el necesario para aprobar una norma de derecho internacional general, y segundo, la admisión de que se trata de una norma imperativa con las características allí establecidas”. Este consentimiento debe ser “el de la mayor parte” de Estados, no se refiere a la unanimidad, de ahí que citando a PEREÑA VICENTE, señale Ana MESSUTI que “si interviene la mayor parte queda constituido el derecho de gentes público, universal y obligatorio, incluso para aquellos que no han consentido. Si consienten solo algunas naciones queda constituido el derecho de gentes privado contractual que obliga solo a las partes contratantes”. Ahora bien, ¿qué ocurre respecto a aquellos Estados que no han dado su consentimiento, esto es, que ni han aceptado ni han reconocido la norma? Siguiendo de nuevo a Vitoria, Ana MESSUTI señala que el criterio que prevalece es el del bien común pues, “en las cosas que conciernen al bien de la república, todo lo que determine la mayoría obliga incluso a los que no están de acuerdo. De lo contrario no podría hacerse nada de utilidad pública, ya que es difícil que todos convengan en un mismo parecer”. Por último, el elemento que debemos tener en cuenta tiene que ver con la *modificación* de la norma de *ius cogens* por otra posterior -también de *ius cogens*- y el hecho de *no admitir acuerdo en contrario*, esto es, “una desviación, apartamiento u otra actuación en contrario, que pueden efectuarse tanto mediante acuerdo entre las partes como mediante un acto unilateral del Estado, entendido en sentido general, es decir no necesariamente internacional sino también un acto o una actuación en el ámbito nacional. (...) Esto nos lleva, por tanto, directamente a considerar la posibilidad de aplicar el artículo 53 a los actos unilaterales de los Estados y, entre ellos, a los realizados en el ámbito interno y considerados ilícitos según el derecho internacional”, pues no olvidemos que el bien de la Comunidad Internacional está por encima del bien de un Estado. Interpretación que “persigue un objetivo muy claro, que es proporcionar la protección del derecho internacional a los ciudadanos frente a los actos

las obligaciones *ius cogens* tienen su origen en el DI consuetudinario y en los principios generales del derecho y han servido de base para la elevación de ciertos crímenes internacionales a la categoría de *ius cogens*. Podría afirmarse que todos los Estados tendrían, en este caso, la obligación del ejercicio del principio de jurisdicción universal, pues las normas de *ius cogens* deben ser respetadas tanto por el Derecho convencional como por el Derecho interno de los Estados, de acuerdo con los artículos 43 y 27, respectivamente, del Convenio de Viena³¹³, sin que puedan los Estados dejar de cumplir una norma de *ius cogens* alegando que ésta no se ajusta a su derecho interno. Deberían, por tanto, anteponer los intereses de la Comunidad Internacional frente a sus propios intereses estatales individuales, actuando como sus representantes en el caso de que se trate de un crimen grave y asumiendo así una doble obligación: “la primera, de orden interno, al aplicar necesariamente la legislación nacional, y la segunda, en el ámbito internacional, al ser este Estado el responsable ante la comunidad internacional de que la tutela judicial de las víctimas y la protección de los bienes jurídicos internacionales sea efectiva y eficaz”, pues debemos tener en cuenta que el hecho de que una norma sea de *ius cogens* “no implica su ejecución automática a través de un procedimiento penal por parte de los tribunales de cualquier Estado”³¹⁴. Algunos autores, llegan incluso más lejos, señalando que, incluso si la ley del Estado no prevé el principio de jurisdicción universal para ciertos crímenes de *ius cogens*, la especial naturaleza de éstos obligaría automáticamente a los Estados a enjuiciarlos sin necesidad de que se contemplaran de manera expresa por su legislación nacional (como ocurre en el art. 23.4 de la LOPJ)³¹⁵. Así lo señala Isabel PÉREZ CEPEDA:

internacionalmente ilícitos de sus gobernantes” y, todo ello, partiendo de esa visión de Vitoria de que el DI está centrado, no en el Estado sino en la propia persona humana, pues “constituye el elemento fundamental de la comunidad internacional”. Y añade, “la única protección que puede obtener la persona individual frente a los abusos de su propio Estado es la del derecho internacional. (...) De una comunidad internacional integrada sólo por Estados, debemos evolucionar (hacia atrás en el tiempo) hacia la comunidad mundial propugnada por Vitoria, integrada por seres humanos, individuos” (*óp. cit.*, pp. 46-59).

³¹³ *Convenio de Viena sobre el Derecho de los Tratados* de 23 de mayo de 1969, *BOE* núm. 142, de 13 de junio de 1980.

³¹⁴ BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I., *óp. cit.*, p. 31.

³¹⁵ *Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial*, *BOE* núm. 157, de 2 de julio de 1985.

“Si la ley nacional no incluye la incriminación universal para algún crimen internacional, la condición de *ius cogens* de los crímenes internacionales (derivado del derecho convencional o consuetudinario) despliega toda la eficacia sobre las obligaciones que los Estados han contraído para el enjuiciamiento de estos crímenes”³¹⁶.

Sea como fuere, el considerar el ejercicio del principio de jurisdicción universal como una obligación de los Estados es una cuestión discutida y lo cierto es que, con la salvedad de los *Convenios de Ginebra*³¹⁷ (*vid. supra* apdo. III, 2, 2.1), son pocos los tratados que así la conciben.

2. LA REGLA GENERAL: UNA FACULTAD DE LOS ESTADOS

La regla general es que el ejercicio estatal del principio de jurisdicción universal tiene naturaleza facultativa. Existe un amplio número de tratados internacionales que, a través de diversas fórmulas, entre las que destaca el principio *aut dedere aut iudicare*, establecen la jurisdicción universal para los Estados parte y para determinados crímenes internacionales. Así lo señala el ya analizado proyecto de *Código de crímenes contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad* de 1996³¹⁸ en su artículo 8 al contemplar la posibilidad que tienen los Estados de incorporar la jurisdicción universal en sus ordenamientos internos (*vid. supra* apdo. II, 5):

“Establishment of jurisdiction. Without prejudice to the jurisdiction of an international criminal court, each State Party shall take such measures as may be necessary to establish its jurisdiction over the crimes set out in articles 17, 18, 19

³¹⁶ PÉREZ CEPEDA, A., “Principio de Justicia penal universal *versus*...”, *óp. cit.*, p. 71. Sería innecesario el elenco de crímenes o la cláusula del 23.4.p de la LOPJ española “ante el deber de la aplicación directa del DPI (convencional, consuetudinario y principios)”.

³¹⁷ I *Convenio de Ginebra para aliviar la suerte que corren los heridos y los enfermos de las fuerzas armadas en campaña*, de 12 de agosto de 1949, *BOE* de 23 de agosto de 1952; II *Convenio de Ginebra para aliviar la suerte que corren los heridos, los enfermos y los náufragos de las fuerzas armadas en el mar*, de 12 de agosto de 1948, *BOE* de 26 de agosto de 1952; III *Convenio de Ginebra relativo al trato debido a los prisioneros de guerra*, de 12 de agosto de 1949, *BOE* de 5 de septiembre de 1952; IV *Convenio de Ginebra relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra*, de 12 de agosto de 1949, *BOE* de 2 de septiembre de 1952.

³¹⁸ “Draft Convention on Jurisdiction with respect to crime”, *AJIL*, vol. 29, 1935, pp. 439-442.

and 20, irrespective of where or by whom those crimes were committed. Jurisdiction over the crime set out in article 16 shall rest with an international criminal court. However, a State referred to in article 16 is not precluded from trying its nationals for the crime set out in that article”.

Ejemplos de la facultad del Estado en el ejercicio de la jurisdicción universal los encontramos en *el Convenio sobre infracciones y otros actos cometidos a bordo de las aeronaves*³¹⁹, *la Convención para la Prevención y la Sanción del Genocidio*³²⁰, *la Convención Internacional sobre la Represión y el Castigo del Crimen de Apartheid*³²¹, *la Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes*³²², *la Convención sobre la seguridad del personal de las Naciones Unidas y el personal asociado*³²³ o *la Convención internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas*³²⁴.

Incluso, al igual que ocurre con el principio *aut dedere aut iudicare*, herramienta que en ocasiones se utiliza para el ejercicio del principio de jurisdicción universal, nos atrevemos aquí a cuestionar si la facultad estatal del ejercicio del principio de jurisdicción universal podría realizarse también a través del principio de la responsabilidad de proteger, como una medida de prevención³²⁵ (*vid. infra* Capítulo II, apdo. III, 1, 1.2).

3. UN DERECHO DE LAS VÍCTIMAS A LA JUSTICIA

³¹⁹ *Convenio sobre infracciones y otros actos cometidos a bordo de las aeronaves* de 14 de septiembre de 1963, *BOE* núm. 308, de 25 de octubre de 1969, art. 3.3.

³²⁰ *Convención para la Prevención y la Sanción del Genocidio* de 9 de diciembre de 1948, *BOE* de 21 de noviembre de 1978. Corrección de errores en *BOE* de 14 de noviembre de 1978, art. VII.

³²¹ *Convención Internacional sobre la Represión y el Castigo del Crimen de Apartheid*, Resolución 3068 (XXVIII) de la AG de las Naciones Unidas, de 30 de noviembre de 1973, art. IV. España no es Estado parte en la Convención.

³²² *Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes* de 18 de diciembre de 2002, *BOE* núm. 148, de 22 de junio de 2006, art. 5.

³²³ *Convención sobre la seguridad del personal de las Naciones Unidas y el personal asociado* de 9 de diciembre de 1994, *BOE* núm. 124, de 25 de mayo de 1999, art. 10.5.

³²⁴ *Convención internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas* de 20 de diciembre de 2006, *BOE* núm. 42, de 28 de febrero de 2011, art. 9.3.

³²⁵ GUTIÉRREZ ESPADA, C. y CERVELL HORTAL, M^a. J., *Nacimiento, Auge y Decadencia de la Responsabilidad de Proteger*, Comares, Granada, 2014, pp. 15-16.

El ejercicio estatal de la jurisdicción universal podría, asimismo, basarse en el derecho a la justicia que tienen las víctimas de los crímenes internacionales. Así la propia *Declaración Universal de Derechos Humanos*³²⁶, en su artículo 8, implícitamente, recoge la facultad de las víctimas de que los hechos sean investigados, procesados y, en su caso, condenados los culpables.

“Toda persona tiene derecho a un recurso efectivo ante los tribunales nacionales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la constitución o por la ley”.

Hernando VALENCIA distingue dos sentidos fundamentales en el concepto *Justicia*. El primero de ellos, el sentido ético, distingue entre aquella *conmutativa o judicial* (la que “gobierna los intercambios cotidianos entre los individuos dentro del marco de la ley”) y aquella *distributiva o socioeconómica* (la que “regula la repartición de bienes y valores apreciados por la comunidad y sus miembros”). El segundo, el sentido jurídico, hace referencia a la justicia como aplicación del derecho en los casos concretos, como “una de las funciones estratégicas del Estado moderno desde los albores del constitucionalismo democrático” y a ella se le encomiendan dos finalidades fundamentales: la protección de los derechos y las libertades de los ciudadanos y el mantenimiento del orden público. Desde la perspectiva del DI de los DDHH, “la noción de justicia judicial entraña los llamados “derechos de las víctimas”, a saber: el derecho a la verdad y a la memoria, el derecho a la justicia propiamente dicha o al castigo y el derecho a la reparación”³²⁷. Por tanto, el derecho de acceso a la justicia, nacional o internacional, es un derecho humano que posee toda persona como instrumento de protección de sus derechos

³²⁶ *Declaración Universal de Derechos Humanos*, Resolución 217 A(III), de 10 de diciembre de 1948.

³²⁷ Señala el autor, citando a Michael FOUCAULT, que “la justicia judicial o justicia conmutativa a cargo del Estado constituye una invención occidental reciente. A diferencia del antiguo derecho germánico, que prevalece hasta la alta Edad Media y en el cual la justicia es una forma ritual de la guerra que implica un duelo o una ordalía para determinar quién es el más fuerte y por tanto quién tiene la razón, en el derecho monárquico, de origen romano, que empieza a codificarse en la segunda mitad del siglo XII, la justicia es un procedimiento de arbitraje impuesto por el Estado con el triple propósito de establecer o construir la verdad del conflicto del crimen, castigar al culpable y reparar la ofensa a la soberanía. La práctica material cuya generalización hace posible la transición de un modelo a otro es la *inquisitio* o indagación como técnica administrativa de intervención y mediación del nascente Estado nacional en las querellas de los particulares” (VALENCIA VILLA, H., “El derecho a la justicia en una sociedad democrática”, *Revista Jurídica Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 14, 2006, pp. 187-197, p. 188).

fundamentales. Sería, en definitiva, un elemento clave en el desarrollo del principio de jurisdicción universal, hasta el punto de configurar su naturaleza más allá de un mero derecho (u obligación con respecto a determinados crímenes) de los Estados y concebirlo también como un derecho a la justicia que tienen las víctimas.

El papel tradicionalmente reservado a la víctima en el ámbito penal internacional ha sido el de testigo³²⁸. Así lo demuestran los Estatutos de los Tribunales de Núremberg y de Tokio establecidos tras la Segunda Guerra Mundial. Sin embargo, sobre todo en los últimos años se ha observado una evolución en el sentido de tener en cuenta no sólo aquella justicia *retributiva* en la que prima la sanción hacía la víctima, sino también una justicia *restaurativa* en la que se tiene en cuenta, como vimos en la Introducción de esta Tesis, los derechos de las víctimas (de acceso a la justicia y de reparación). Pero, ¿cómo ha tenido lugar esa evolución?

En primer lugar, debemos señalar que la protección del derecho a la justicia ha sido regulada en numerosos tratados internacionales y regionales de DDHH y DIH³²⁹.

³²⁸ Sobre las víctimas en el ámbito internacional puede consultarse: FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE ROMANI, C. (Dir.), *Nuevos desarrollos en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos: los derechos de las víctimas*, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2014; BRIKCI, S. and LAUCCI, C., "Protecting/Promoting the Rights of Victims in International Law: Some Achievements and Ways Forward", ACCONCI, P., CATTIN, D. D., MARCHESI, A., PALMISANO, G. and SANTONRI, V., (Eds.) *International law an the protection of humanity: Essays in Honor of Flavia Lattanzi*, Brill Hijhoff, Leiden, 2017, pp. 306-322; MUZIGO-MORRISON, R., "The Rights of Victims", DE BROUWER, A-M. and SMEULERS, A. (Eds.), *The Elgar Companion to the International Criminal Tribunal for Rwanda*, Cheltenham, United Kingdom, 2016, pp. 385-421; BACA, E., ECHEBURÚA, E. y TAMARIT, J. M., *Manual de Victimología*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006; EVANS, G., *The Responsibility to Protect: Ending Mass Atrocity Crimes One and for All*, Brookings Institution Press, Washington DC, 2009; y CEPEDA CASTRO, I. y GIRÓN ORTÍZ, C., "Justicia y crímenes contra la humanidad", en SOROETA LICERAS, J. (Ed.), *Cursos de Derechos Humanos de Donostia-San Sebastián*, vol. V, Servicio Editorial de la Universidad del País Vasco, Bilbao, 2004, pp. 79-106.

³²⁹ Ya en el Preámbulo de la II *Convención de La Haya relativa a las leyes y usos de la guerra terrestre* de 1899 se estableció que: "En espera de que un Código más completo de las leyes de la guerra pueda ser dictado, las Altas Partes contratantes juzgan oportuno hacer constar que en los casos no comprendidos en las disposiciones reglamentarias adoptadas por ellas, 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", más conocida como cláusula Martens; también en el artículo 3 de la *Convención relativa a las leyes y costumbres de la guerra terrestre*, concluida en La Haya, de 18 de octubre de 1907; los *Principios de Núremberg* adoptados por la AG el 11 de diciembre de 1946; el artículo 8 de la *Declaración Universal de Derecho Humanos* de la AG de 10 de diciembre de 1948: "Toda persona tiene derecho a un recurso efectivo ante los tribunales nacionales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la constitución o por la ley" y también el artículo 10: "Toda persona tiene derecho, en condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial, para la determinación de sus derechos y obligaciones o para el examen

En segundo lugar los derechos de las víctimas también han sido objeto de protección internacional, sobre todo a partir de los sucesos ocurridos en América Latina, especialmente los periodos dictatoriales de Argentina y Colombia durante los años 70 y 80, y sus posteriores amnistías y leyes de punto final. Así, la AG adoptó en 1985 la *Declaración sobre los Principios Fundamentales de Justicia para las Víctimas de Delitos y del Abuso de Poder*³³⁰, considerada un pilar en el establecimiento de los derechos de las víctimas por ser ésta la primera en reconocerlos en un instrumento internacional³³¹. Está dirigida tanto a los Gobiernos como a la Comunidad Internacional “en sus esfuerzos por garantizar la justicia y la asistencia a las víctimas de delitos y a las víctimas del abuso de poder” y recomienda en los planos internacional y regional que se establezcan medios que proporcionen a las víctimas recursos cuando los procedimientos nacionales resulten insuficientes, de acuerdo con su Preámbulo. Además, como su título indica, la Declaración ofrece dos conceptos de víctimas: las de delitos³³² y las de

de cualquier acusación contra ella en materia penal”; los cuatro Convenios de Ginebra de 1949, en sus art. 49, 50, 129 y 146 respectivamente y en el artículo 91 del Protocolo adicional (Protocolo I) de los *Convenios de Ginebra relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales* del 12 de agosto de 1949; el *Convenio Europeo de Derechos Humanos y Libertades Fundamentales* de 1950 en sus artículos 6, 13 y 15; los artículos 2 y 4 del *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos* de 1966; también en la *Convención Americana sobre Derechos Humanos* (Pacto de San José) de 1969, en sus artículos 8 y 25; la *Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos* de 1981, artículo 7; los artículos 68 y 75 del *Estatuto de la Corte Penal Internacional* de 1998; y, por último, el artículo 39 de la *Convención sobre los Derechos del niño* de 20 de noviembre de 1989. Debemos incluir también la Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder, adoptada por la AG en su Resolución 40/34, de 29 de noviembre de 1985: “Acceso a la justicia y trato justo. 4. Las víctimas serán tratadas con compasión y respeto por su dignidad. Tendrán derecho al acceso a los mecanismos de la justicia y a una pronta reparación del daño que hayan sufrido, según lo dispuesto en la legislación nacional”; la Resolución 56/83 de la AG, de 12 de diciembre de 2001 (Responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos) y el Conjunto de principios actualizado para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad (E/CN.4/2005/102/Add.1).

³³⁰ Aprobada por la AG por Resolución 40/34, sin votación, el 29 de noviembre de 1985. Para un estudio sobre el largo camino hacia su adopción: *Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para víctimas de delitos y del abuso de poder*, United Nations Audiovisual Library of International Law, United Nations 2013, disponible en http://legal.un.org/avl/pdf/ha/dbpjvcap/dbpjvcap_ph_s.pdf. La Declaración se acompaña de un *Manual de la ONU sobre justicia para las víctimas* cuya única versión es la inglesa, *UN Handbook on Justice for Victims*, United Nations Office for Drug Control and Crime Prevention, 1999, y está disponible en <http://www.uncjin.org/Standards/9857854.pdf>.

³³¹ *Los derechos de las víctimas ante la Corte Penal Internacional...*, *óp. cit.*, p. 3.

³³² “Se entenderá por “víctimas” a las personas que, individual o colectivamente, hayan sufrido daños, inclusive lesiones físicas o mentales, sufrimiento emocional, pérdida financiera o menoscabo sustancial de sus derechos fundamentales como consecuencia de acciones u omisiones que violen la legislación penal vigente en los Estados Miembros, incluida la que proscribe el abuso de poder”, párr. 1 de la Declaración.

abuso de poder³³³. Al primer tipo se les reconoce el derecho al acceso a la justicia, así como el derecho a recibir un trato justo, el derecho a indemnización y, por último, el derecho a la asistencia³³⁴. En el caso del segundo, los Estados fomentarán “medidas y mecanismos para prevenir esos actos, y establecer derechos y recursos adecuados para las víctimas de tales actos, facilitándoles su ejercicio”³³⁵.

Más tarde, teniendo en cuenta las aportaciones de los dos expertos independientes Theo VAN BOVEN y Mahmoud Ch. BASSIOUNI³³⁶, la ya extinta Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, reemplazada en el 2006 por el Consejo de Derechos Humanos, aprueba el 22 de abril de 2005 la Resolución 2005/35 denominada *Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones*, también conocidos como *Principios de Van Boven y Bassiouni*³³⁷. La Comisión recomienda a los Estados “que tengan en cuenta los

³³³ “Se entenderá por “víctimas” a las personas que, individual o colectivamente, hayan sufrido daños, inclusive lesiones físicas o mentales, sufrimiento emocional, pérdida financiera o menoscabo sustancial de sus derechos fundamentales, como consecuencia de acciones y omisiones que no lleguen a constituir violaciones del derecho penal nacional, pero violen normas internacionalmente reconocidas relativas a los derechos humanos”, párr. 18 de la Declaración.

³³⁴ De ahí que parte de la doctrina indique que se trata de un texto para los Gobiernos.

³³⁵ *Los derechos de las víctimas ante la Corte Penal Internacional...*, óp. cit., p. 3.

³³⁶ Los informes presentados por el holandés Theo VAN BOVEN (Informe relativo al derecho de restitución, indemnización y rehabilitación de las víctimas de violaciones manifiestas de los derechos humanos y de las libertades fundamentales, E/CN.4/Sub.2/1990/10 de 26 de julio de 1990; Informe relativo al derecho de restitución, indemnización y rehabilitación a las víctimas de violaciones flagrantes de los derechos humanos y las libertades fundamentales, E/CN.4/Sub.2/1991/7 de 25 de julio de 1991 y E/CN.4/Sub.2/1992/8 de 29 de julio de 1992; Informe relativo al derecho de restitución, indemnización y rehabilitación a las víctimas de violaciones flagrantes de los derechos humanos y las libertades fundamentales, E/CN.4/Sub.2/1993/8 de 2 de julio de 1993; Serie revisada de principios y directrices sobre el derecho de las víctimas de violaciones graves de los derechos humanos y al derecho humanitario a obtener reparación, de conformidad con la Decisión 1995/117 de la Subcomisión (segundo proyecto), E/CN.4/Sub.2/1996/17 de 24 de mayo de 1996; y Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones [graves] de los derechos humanos y al derecho humanitario internacional (tercer proyecto revisado), E/CN.4/Sub.2/1997/104, 13 de enero de 1997); y los presentados por el egipcio-estadounidense Mahmoud Ch. BASSIOUNI (Informe sobre el derecho de restitución, indemnización y rehabilitación de las víctimas de violaciones graves de los derechos humanos y las libertades fundamentales, presentado de conformidad con la Resolución 1998/43 de la Comisión de Derechos Humanos, E/CN.4/1999/65 de 8 de febrero de 1999; e Informe final presentado en virtud de la Resolución 1999/33 de la Comisión, El derecho de restitución, indemnización y rehabilitación de las víctimas de violaciones graves de los derechos humanos y las libertades fundamentales, E/CN.4/2000/6 de 18 de enero de 2000).

³³⁷ El Consejo Económico y Social aprobó por 40 votos a favor, ninguno en contra y 13 abstenciones la Resolución 2005/35 de la Comisión de Derechos Humanos que más tarde fue aprobada por unanimidad, sin votación alguna, por la AG de la ONU a través de la Resolución 60/147, el 16 de diciembre de 2005 (A/RES/60/147, de 24 de octubre de 2005). Se trata de un

Principios y directrices básicos, promuevan el respeto de los mismos y los señalen a la atención de los miembros de los órganos ejecutivos de gobierno, en particular los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley y las fuerzas militares y de seguridad, los órganos legislativos, el poder judicial, las víctimas y sus representantes, los ofensores y abogados de derechos humanos, los medios de comunicación y el público en general”.

La resolución de 2005 afirma que sus principios y directrices “se aplican a las violaciones manifiestas de las normas internacionales de Derechos Humanos y a las violaciones graves del derecho internacional humanitario³³⁸, que por su carácter muy grave constituyen una afrenta a la dignidad humana” lo que coincide plenamente con el objeto del principio de jurisdicción universal (violaciones graves) así como con su fundamento (afrenta a la dignidad humana), siendo obligación de los Estados “investigar y, si hay pruebas suficientes, enjuiciar a las personas presuntamente responsables de las violaciones y, si se las declara culpables, la obligación de castigarlas”, debiendo los Estados cooperar mutuamente y ayudar a los órganos judiciales internacionales competentes a la investigación y persecución penal de tales violaciones (principio y directriz 4).

“Con tal fin, cuando así lo disponga un tratado aplicable o lo exija otra obligación jurídica internacional, los Estados incorporarán o aplicarán de otro modo dentro de su derecho interno las disposiciones apropiadas relativas a la jurisdicción universal. Además, cuando así lo disponga un tratado aplicable o lo exija otra obligación jurídica internacional, los Estados deberán facilitar la extradición o entrega de los culpables a otros Estados y a los órganos judiciales internacionales competentes y prestar asistencia judicial y otras formas de cooperación para la

texto compuesto por un Preámbulo, 13 secciones y 27 artículos que ha tardado 15 años en ver la luz.

³³⁸ El hecho de incluir tanto las violaciones contra los DDHH como contra el DIH no gustó a todos los Estados. De hecho, algunos lo objetaron señalando que eran normas que no compartían el mismo grado de evolución y cuya naturaleza era distinta, lo que daba lugar a distintos grupos de derechos y obligaciones. De ahí que apostaran por celebrar dos instrumentos distintos, uno para las violaciones de DDHH y otro para las de DIH. Sin embargo, la opinión general señaló, por un lado, que “los Principios y directrices estaban orientados a las víctimas y se basaban en la solidaridad social y humana”, por tanto, no era importante tener en cuenta la diferencia jurídica entre la violación de un tipo de norma y otra y, por otro, que -si bien eran ramas del DI distintas-, éstas otorgaban una protección complementaria a las víctimas” (VAN BOVEN, Th., “Principios y directrices básicos de las Naciones Unidas sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones”, *United Nations Audiovisual Library of International Law*, United Nations, 2010, p. 2).

administración de la justicia internacional, en particular asistencia y protección a las víctimas y a los testigos, conforme a las normas jurídicas internacionales de derechos humanos y sin perjuicio de disposiciones jurídicas internacionales tales como las relativas a la prohibición de la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes” (principio y directriz 5).

Además, señala la Resolución que las víctimas³³⁹ tienen tres derechos fundamentales: derecho de acceso a la justicia igualitario y efectivo, derecho de reparación adecuada, efectiva y rápida del daño sufrido³⁴⁰ y derecho de acceso a la información pertinente sobre las violaciones y los mecanismos de reparación. En particular, el primero de ellos, el derecho de acceso a la justicia igualitario y efectivo está regulado en los principios 12, 13 y 14 que señalan:

“12. La víctima de una violación manifiesta de las normas internacionales de derechos humanos o de una violación grave del derecho internacional humanitario tendrá un acceso igual a un recurso judicial efectivo, conforme a lo previsto en el derecho internacional. Otros recursos de que dispone la víctima son el acceso a órganos administrativos y de otra índole, así como a mecanismos, modalidades y

³³⁹ El Principio y directriz 8 señala: “A los efectos del presente documento, se entenderá por víctima a toda persona que haya sufrido daños, individual o colectivamente, incluidas lesiones físicas o mentales, sufrimiento emocional, pérdidas económicas o menoscabo sustancial de sus derechos fundamentales, como consecuencia de acciones u omisiones que constituyan una violación manifiesta de las normas internacionales de derechos humanos o una violación grave del derecho internacional humanitario. Cuando corresponda, y en conformidad con el derecho interno, el término “víctima” también comprenderá a la familia inmediata o las personas a cargo de la víctima directa y a las personas que hayan sufrido daños al intervenir para prestar asistencia a víctimas en peligro o para impedir la victimización. (...) con independencia de si el autor de la violación ha sido identificado, aprehendido, juzgado o condenado y de la relación familiar que pueda existir entre el autor y la víctima”. VAN BOVEN, Th. señala: “A fin de elaborar y aplicar criterios justos e imparciales para brindar una justicia reparadora consistente en el otorgamiento de beneficios personales y materiales, se argumentó que era necesario establecer criterios objetivos para determinar la condición de víctima”, todo ello teniendo en cuenta que en una violación sistemática de DH son numerosas las personas que resultan afectadas. Ante las diversas opiniones, se decidió que el concepto de víctima sería el recogido en la Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder que fue aprobada por la AG en 1985 (Resolución 40/34, “Principios y directrices básicos de las Naciones Unidas sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones”, *United Nations Audiovisual Library of International Law*, United Nations, 2010, p. 3).

³⁴⁰ Respecto a la reparación, establece cinco formas posibles: restitución, indemnización, rehabilitación, satisfacción y garantías de no repetición (Principios y directrices 19 a 23). Sobre las mismas, VALENCIA VILLA, H., “El derecho a la justicia...”, *óp. cit.*, p. 196 y VAN BOVEN, Th., “Principios y directrices básicos de las Naciones Unidas sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones”, *United Nations Audiovisual Library of International Law*, United Nations, 2010, p. 4.

procedimientos utilizados conforme al derecho interno. Las obligaciones resultantes del derecho internacional para asegurar el derecho al acceso a la justicia y a un procedimiento justo e imparcial deberán reflejarse en el derecho interno. A tal efecto, los Estados deben:

- a) Dar a conocer, por conducto de mecanismos públicos y privados, información sobre todos los recursos disponibles contra las violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y las violaciones graves del derecho internacional humanitario;
- b) Adoptar medidas para minimizar los inconvenientes a las víctimas y sus representantes, proteger su intimidad contra injerencias ilegítimas, según proceda, y protegerlas de actos de intimidación y represalia, así como a sus familiares y testigos, antes, durante y después del procedimiento judicial, administrativo o de otro tipo que afecte a los intereses de las víctimas;
- c) Facilitar asistencia apropiada a las víctimas que tratan de acceder a la justicia;
- d) Utilizar todos los medios jurídicos, diplomáticos y consulares apropiados para que las víctimas puedan ejercer su derecho a interponer recursos por violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos o por violaciones graves del derecho internacional humanitario.

13. Además del acceso individual a la justicia, los Estados han de procurar establecer procedimientos para que grupos de víctimas puedan presentar demandas de reparación y obtener reparación, según proceda.

14. Los recursos adecuados, efectivos y rápidos contra las violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos o las violaciones graves del derecho internacional humanitario han de comprender todos los procedimientos internacionales disponibles y apropiados a los que tenga derecho una persona y no deberían redundar en detrimento de ningún otro recurso interno”.

Ahora bien, estos Principios y directrices, tal y como se señala en su Preámbulo, no suponen obligaciones de nuevo cuño para los Estados, sino que son mecanismos o procedimientos que permiten cumplir con obligaciones jurídicas internacionales *ya* existentes en materia de DDHH y de DIH. Entre ellas, de acuerdo con el principio y directriz 3, se incluyen las siguientes:

- a) “Adoptar disposiciones legislativas y administrativas y otras medidas apropiadas para impedir las violaciones;
- b) Investigar las violaciones de forma eficaz, rápida, completa e imparcial y, en su caso, adoptar medidas contra los presuntos responsables de conformidad con el derecho interno e internacional;

- c) Dar a quienes afirman ser víctimas de una violación de sus derechos humanos o del derecho humanitario un acceso equitativo y efectivo a la justicia (...) con independencia de quién resulte ser en definitiva el responsable³⁴¹ de la violación; y
- d) Proporcionar a las víctimas recursos eficaces, incluso reparación (...).

Estos principios y directrices recuerdan que el Estado tiene tres obligaciones fundamentales: garantizar el acceso a la justicia, reparar el daño³⁴² y permitir el acceso a la información.

Los últimos Principios y directrices de la Resolución 2005/35, en concreto el 25, 26 y 27, establecen de forma clara, en primer lugar, que la interpretación del texto debe hacerse de acuerdo a la normativa internacional e internacional humanitaria, sin discriminación alguna; en segundo lugar, que ninguno de los principios y directrices “se aplicará de forma que restrinja o suspenda la validez de cualquiera de los derechos u obligaciones que emanen del Derecho interno o internacional”³⁴³ y pueda perjudicar el derecho de las víctimas; y, en tercer lugar, que tampoco podrán perjudicar los derechos nacionales o internacionales de terceras personas, en particular de los acusados respecto de las garantías procesales que le asisten.

La influencia que han tenido los *Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a*

³⁴¹ Theo VAN BOVEN nos cuenta como durante los debates se planteó, no sólo la responsabilidad del Estado, sino también la de los agentes no estatales, sobre todo con “los movimientos o grupos que ejercen un control efectivo sobre ciertos territorios y la población de esos territorios y la de las empresas. Finalmente se aceptó el hecho de la responsabilidad estatal pero también de los agentes no estatales en cuanto a “sus políticas y sus prácticas”, de ahí el contenido pro víctima del Principio 15: “Cuando se determine que una persona física o jurídica u otra entidad está obligada a dar reparación a una víctima, la parte responsable deberá conceder reparación a la víctima o indemnizar al Estado si éste hubiera ya dado reparación a la víctima” (“Principios y directrices básicos de las Naciones Unidas sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones”, *United Nations Audiovisual Library of International Law*, United Nations, 2010, pp. 3-4).

³⁴² Baste decir que cinco son los tipos de reparación que se señalan: la restitución, la indemnización, la rehabilitación, la satisfacción y las garantías de no repetición.

³⁴³ Aunque los Principios y directrices llevan en su título los adjetivos “manifiestas” y “graves”, lo cierto es que se reconoce de forma general que todas las violaciones de DDHH y de DIH tendrán sus consecuencias, insertándose así en el Principio directriz 26 para evitar males futuros, (VAN BOVEN, Th., “Principios y directrices básicos de las Naciones Unidas sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones”, *United Nations Audiovisual Library of International Law*, United Nations, 2010, p. 3).

interponer recursos y obtener reparaciones en diversas fuentes del DI ha sido palpable. Se puede apreciar, en el ámbito normativo, en el artículo 75 del ECPI (sobre reparación de víctimas) y en el artículo 24 de la *Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas*³⁴⁴. En el ámbito jurisprudencial, ha influenciado algunas sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, CIDH) en relación a la reparación colectiva e individual (por ejemplo, en el asunto *masacres de El Mozote y lugares aledaños v. El Salvador*³⁴⁵) o de la CPI (por ejemplo, en el asunto *The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*³⁴⁶, donde la Sala de Primera Instancia hizo uso del concepto de daño contemplado en el Principio y directriz 8 considerándolo una “orientación adecuada”).

También merece una mención especial el *Conjunto de principios para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad de las Naciones Unidas* de 2005, también conocidos como *Principios de Joinet y Orentliche*³⁴⁷. En su Preámbulo señalan “la necesidad de adoptar a tal fin medidas nacionales e internacionales, para que, en interés de las víctimas de violaciones de los derechos humanos, se asegure conjuntamente el respeto efectivo del derecho a saber que entraña el derecho a la verdad, el derecho a la justicia y el derecho a obtener reparación, sin los cuales no puede haber recurso eficaz contra las consecuencias nefastas de la impunidad”. Los principios comienzan con un apartado dedicado a ciertas definiciones que ayudan a entender el espíritu del texto, para pasar a continuación a revisar los treinta y ocho principios que incluye.

³⁴⁴ *Convención internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas* de 20 de diciembre de 2006, BOE núm. 42, de 28 de febrero de 2011, artículo 9.3.

³⁴⁵ “En coincidencia con la comunidad internacional, este Tribunal reafirma que la obligación de garantía para los Estados de proteger los derechos de las personas desplazadas conlleva no sólo el deber de adoptar medidas de prevención sino también proveer las condiciones necesarias para un retorno digno y seguro a su lugar de residencia habitual o su reasentamiento voluntario en otra parte del país. Para ello, se debe garantizar su participación plena en la planificación y gestión de su regreso o reintegración”, asunto *masacres de El Mozote y lugares aledaños v. El Salvador*, Sentencia de 25 de octubre de 2012, Serie C, núm. 252, párr. 188.

³⁴⁶ CPI, Sala de Primera Instancia, Decisión de 18 de enero de 2008 sobre la participación de las víctimas en el asunto *The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*, ICC-01/04-01/06.

³⁴⁷ Adoptados el 8 de febrero de 2005, E/CN.4/2005/102/Add.1. Basados en el informe presentado por el francés Louis JOINET (doc. E/CN.4/Sub.2/1997/20/Rev.1) y en el *Informe de Diane Orentlicher, Experta independiente encargada de actualizar el conjunto de principios para la lucha contra la impunidad* (doc. E/CN.4/2005/102), disponible en <http://www.derechoshumanos.net/normativa/normas/onu/lesahumanidad/2005-Principios-actualizados-lucha-contra-impunidad.pdf>.

Así, el principio 1, relativo a las “obligaciones generales de los Estados de adoptar medidas eficaces para luchar contra la impunidad”, señala:

“La impunidad constituye una infracción de las obligaciones que tienen los Estados de investigar las violaciones, adoptar medidas apropiadas respecto de sus autores, especialmente en la esfera de la justicia, para que las personas sospechosas de responsabilidad penal sean procesadas, juzgadas y condenadas a penas apropiadas, de garantizar a las víctimas recursos eficaces y la reparación de los perjuicios sufridos de garantizar el derecho inalienable a conocer la verdad y de tomar todas las medidas necesarias para evitar la repetición de dichas violaciones”.

Por su parte, el principio 21 señala las “medidas para reforzar la eficacia de los principios jurídicos internacionales relativos a la competencia universal e internacional” estableciendo que:

“Los Estados deberán emprender medidas eficaces, incluida la aprobación o la enmienda de la legislación internacional, que sean necesarias para permitir que los tribunales ejerzan la competencia con los principios aplicables del derecho consuetudinario y del derecho de los tratados.

Los Estados deberán garantizar que cumplen plenamente todas las obligaciones jurídicas que han asumido para iniciar procesos penales contra las personas respecto de las cuales hay pruebas fidedignas de responsabilidad individual por delitos graves con arreglo al derecho internacional si no extraditan a los sospechosos o los transfieren para ser juzgados ante un tribunal internacional o internacionalizado”³⁴⁸.

³⁴⁸ “La idea central del texto revisado es que los Estados deberían tomar las medidas necesarias para que sus tribunales puedan ejercer la jurisdicción universal en la medida en que lo permite el derecho internacional así como para permitirles cumplir con las obligaciones que le imponen las fuentes de derecho aplicable -como por ejemplo los Convenios de Ginebra de 1949, el Protocolo Adicional nº 1 de 1977 y la Convención contra la Tortura- de someter a juicio en su territorio a las personas sospechosas de haber cometido delitos especificados a menos que esas personas sean puestas a disposición de otro tribunal competente para su procesamiento”; y reconoce, párrafo 44, “que los Estados pueden cumplir su obligación de garantizar el procesamiento de determinados delitos no sólo iniciando procesos si no extraditan a los sospechosos a otro Estado, sino también transfiriéndolos para ser juzgados ante un tribunal internacional o internacionalizado. De hecho, con arreglo a las fuentes de obligaciones jurídicas pertinentes, en particular las resoluciones del Consejo de Seguridad, Estatuto de Roma y los estatutos de los tribunales internacionalizados, en algunas circunstancias la obligación de los Estados será de buscar y detener a los sospechosos acusados y ponerlos a disposición de algunos de esos tribunales”, *Informe de Diane Orentlicher, Experta independiente encargada de actualizar el conjunto de principios par la lucha contrala impunidad*, de 18 de febrero de 2005, E/CN.4/2005/102, pp. 19-20, párrs. 43-44, disponible en

Existen también instrumentos a nivel regional como, en el marco del Consejo de Europa y a título de ejemplo, la *Recomendación del Consejo de Europa sobre la posición de las víctimas en el marco del derecho penal y del proceso penal* de 1985³⁴⁹, que ha servido de base a otras recomendaciones en la materia; y en el marco de la Unión Europea, la *Decisión Marco del Consejo de la Unión Europea relativa al estatuto de la víctima en el proceso penal* de 2001³⁵⁰.

Junto al reconocimiento del derecho a la justicia de las víctimas y la implementación de este derecho en los tratados internacionales y regionales, en tercer lugar, a las víctimas se les ha reconocido un limitado, por no decir casi nulo, acceso a los tribunales internacionales a través de un sistema de demandas o quejas³⁵¹. Así, en el plano internacional, se pueden presentar ante los Comités³⁵²

<http://www.derechoshumanos.net/normativa/normas/onu/lesahumanidad/2005-Principios-actualizados-lucha-contra-impunidad.pdf>.

³⁴⁹ *La recomendación del Consejo de Europa sobre la posición de las víctimas en el marco del derecho penal y del proceso penal*, R(85)11 del Consejo de Ministros. Está dirigida a que los Estados garanticen los derechos de las víctimas en sus procesos penales internos: “La recomendación requiere que se mantenga a las víctimas informadas en todas las fases de los procedimientos, que tengan derecho a impugnar la decisión sobre el no ejercicio de la acción penal, o el derecho a iniciar procedimientos; y a que puedan obtener compensación dentro del marco de los procedimientos de justicia penal”, *Los derechos de las víctimas ante la Corte Penal Internacional...*, óp. cit., 2007, p. 7.

³⁵⁰ *Decisión Marco del Consejo de la Unión Europea relativa al estatuto de la víctima en el proceso penal*, de 15 de marzo de 2001, *Diario Oficial* L 82, de 22 de marzo de 2001. En ella se solicita a los Estados parte que otorguen a las víctimas el rol “real y apropiado” en el entramado del sistema judicial penal, protegiendo sus derechos y sus intereses.

³⁵¹ Los requisitos que deben darse para que se puedan presentar las mencionadas quejas o demandas son que no hayan pasado más de 6 meses, que no se haya interpuesto la misma ante otra instancia supranacional y aún esté pendiente la causa y el haber agotado todos los recursos internos; sin embargo, esta última “se ha aplicado con cierta flexibilidad. Por ejemplo, en situaciones de conflicto armado interno o internacional, o en situaciones donde la legislación nacional del Estado en cuestión no brinde las garantías de un debido proceso legal para la protección del derecho o de los derechos que han sido presuntamente violados. (...) También se ha entendido que estos recursos deben ser accesibles para las víctimas, no estar sólo disponibles en teoría, y los cuales deben ofrecer una oportunidad razonable de éxito. Asimismo, se entiende que los recursos no están disponibles cuando las víctimas carecen de los medios necesarios para asumir el costo de la representación legal y no cuentan con asesoría legal o cuando existe un “miedo generalizado” que les prohíbe ejercer sus derechos”, *Los derechos de las víctimas ante la Corte Penal Internacional...*, óp. cit., p. 16.

³⁵² Así ocurre en el caso del Comité de Derechos Humanos con el *Pacto Internacional de Derecho Civiles y Políticos* o del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales con el *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*; el Comité sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial respecto de la *Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial*; el Comité contra la Tortura, que tutela la *Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanas o Degradantes*; el Comité sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer con la *Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer*; el Comité sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migrantes y de sus familiares con respecto al *Convenio Internacional sobre la protección de todos los derechos de todos los trabajadores migrantes y sus*

que se encargan de proteger a los diversos Convenciones quejas de los individuos contra los Estados³⁵³. Y a nivel regional, también los particulares pueden presentar demandas contra los Estados³⁵⁴. Incluso si retrocedemos en el tiempo, tampoco los tribunales de Núremberg o Tokio habían previsto el acceso de las víctimas a los mismos; no existía ninguna definición de víctima, pues eran consideradas meros

familiares; el Comité sobre los Derechos de las personas con discapacidad que tutela la *Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad* y el Comité contra las Desapariciones Forzadas que hará lo propio con la *Convención internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas*.

³⁵³ Sin embargo, las mencionadas quejas, que serán escritas, solamente podrán ser interpuestas por un individuo o grupo de individuos contra un Estado si éste ha ratificado el protocolo adicional a la convención que prevé el mecanismo de la presentación de quejas o ha presentado una declaración aceptando tal competencia. Tras la recepción de la queja y su admisión, el Estado puede presentar las alegaciones u observaciones que considere necesarias, finalizando el proceso con una Opinión final del Comité, que en ningún caso es vinculante y que puede incluir recomendaciones, de ahí que se les considere órganos cuasi-judiciales. Véase, en este sentido, GUTIÉRREZ ESPADA, C., “Reflexiones sobre la ejecución en España de los dictámenes de los comités de control creados por los tratados sobre derechos humanos”, *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, 2018, pp. 1-22 (ejemplar cedido por el autor, pendiente de publicación).

³⁵⁴ A nivel regional, tres son las posibles vías. La primera, la presentación de una demanda ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante, TEDH), bien por un Estado parte en el *Convenio Europeo de Derechos Humanos y Libertades Fundamentales* contra otro Estado parte, bien por un particular nacional o grupos de particulares de un Estado parte en el citado convenio (este último caso, de acuerdo al Protocolo 11). Además, se permite que los particulares puedan presentar las pruebas que consideren pertinentes, así como tener acceso a la documentación. Las sentencias emitidas por el TEDH son vinculantes y de su cumplimiento por el Estado al que van dirigidas se encarga el Consejo de Ministros del Consejo de Europa. La segunda vía, las denuncias o quejas que recibe la Comisión Interamericana de Derechos Humanos tanto de Estados contra otros Estados, como de individuos, grupos u organizaciones contra Estados y respecto del incumplimiento, tanto de la *Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre* de 1948, como de la *Convención Americana sobre Derechos Humanos* de 1969, cuando sean Estados parte en las mismas. Puede recibir quejas también de los Estados parte en la Organización de Estados Americanos (en adelante, OEA) de acuerdo con la *Carta de la OEA*. Sin embargo, sólo aquellas quejas recibidas de acuerdo a la *Convención Americana sobre Derechos Humanos* podrán ser trasladadas por la CIDH, de forma que la Corte sólo puede recibir denuncias, bien porque así han sido remitidas por la Comisión, bien porque han sido presentadas por los Estados parte, nunca por particulares, grupos u organizaciones. Sin embargo, ha sido la jurisprudencia de la Corte la que ha permitido una modificación de las Reglas de su Reglamento que ha permitido a las víctimas, a sus familiares o sus representantes acreditados presentar solicitudes, argumentos y pruebas durante todo el proceso (Regla 23.1 del Reglamento). Señalar, por último, que mientras que las resoluciones que adopta la Comisión no son vinculantes, sí lo son aquellas adoptadas por la Corte, siendo ésta la responsable de supervisar el cumplimiento de sus propias sentencias. La tercera vía es la posibilidad que tienen los Estados parte de la *Carta Africana de los Derechos del Hombre y de los Pueblos* de la UA de presentar casos respecto de las violaciones de aquel texto frente a la Comisión Africana y, si bien no existe un artículo que permita el acceso a los individuos, la Comisión ha venido prestando especial atención a las comunicaciones presentadas diferentes a aquellas de los Estados parte para darle voz a los particulares. La Comisión adopta recomendaciones que, en ningún caso, serán vinculantes, y posteriormente deben ser aprobadas por la Asamblea de Jefes de Estado de la UA. Más tarde, la Comisión Africana, los Estados parte, los particulares y las ONG (estos dos últimos siempre que el Estado acusado declare aceptar la jurisdicción de la Corte) podrán presentar sus quejas ante la Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, cuyas sentencias serán vinculantes. Ver GUTIÉRREZ ESPADA, C. y CERVELL HORTAL, M. J., *El Derecho Internacional en la encrucijada...*, óp. cit., pp. 406-409.

testigos³⁵⁵, y en ningún caso se previó reparación alguna. Un pequeño paso se dio con el TPIY y TPIR, en los que si bien no se hace referencia alguna a los derechos de las víctimas de acceso a la justicia o de reparación, que sólo se mencionan en su Preámbulo, las Reglas de Procedimiento de ambos tribunales incluyeron una definición restrictiva de víctima, teniendo sólo en cuenta a las víctimas directas: “Aquella persona en contra de quien se comete un crimen sobre el cual el tribunal tiene jurisdicción”. Se habían basado en el sistema anglosajón.

El Estatuto de la CPI, así como sus Reglas de Procedimiento y Prueba, y a diferencia de los tribunales *ad hoc*, se basó en un sistema híbrido de los sistemas jurídicos nacionales, esto es, un sistema que combinaba el derecho anglosajón y el derecho civil³⁵⁶ y otorgaron a las víctimas la condición de parte en el proceso, abandonando aquellos roles de víctimas³⁵⁷. Así lo señaló el entonces SG de la ONU, Kofi Annan, en una Carta que dirigió al Presidente de la Conferencia Diplomática de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas sobre el establecimiento de una corte penal internacional en la que entendía que era necesario primar a las víctimas para que la CPI fuera “un instrumento de justicia y no una instancia meramente formal”³⁵⁸. En el Estatuto de la CPI no se alcanzó ninguna definición de víctima, debido a las dificultades que se encontraron en las negociaciones³⁵⁹. Sin embargo,

³⁵⁵ “En el Tribunal de Núremberg la “meticulosa documentación” del régimen Nazi significó que muchos de los elementos de los cargos pudiesen ser probados mediante pruebas documentales”. De ahí que la fiscalía evitara citar a los testigos basándose, por un lado, en la información de los archivos militares alemanes y, por otro, en los informes de las comisiones nacionales que habían recogido la información de 55.000 testigos, *Los derechos de las víctimas ante la Corte Penal Internacional...*, *óp. cit.*, p. 26.

³⁵⁶ “Mientras se elaboraba el Estatuto era fácil acordar, en principio, que una corte universal no podía ser percibida como favorable a un sistema legal sobre otro, y que por ello resultaba esencial encontrar un equilibrio aceptable entre los principales sistemas jurídicos. Esto resultó ser extremadamente difícil en la práctica, a pesar de que eventualmente se logró un equilibrio para reconciliar las tradiciones jurídicas y se alcanzaron compromisos creativos que no pertenecen estrictamente sólo a un sistema en particular” (FERNÁNDEZ GURMENDI, S. A., “Elaboration of the Rules of Procedure and Evidence”, LEE, R. (Ed.), *The International Criminal Court: The elements of Crimes and Rules of Procedure and Evidence*, Cambridge University Press, Cambridge, 2001, p. 251).

³⁵⁷ “Dicha regulación responde a la necesidad no sólo de garantizar, sino sobre todo de hacer efectivo el derecho a la tutela judicial efectiva y a un proceso debido con todas las garantías, respetuoso con los derechos de las partes en posición de igualdad” (GARRIDO CARRILLO, F. J. y FAGGIANI, V., *óp. cit.*, p. 152).

³⁵⁸ *Diplomatic Conference of Plenipotentiaries on the Establishment of an International Criminal Court*, Rome, 15 June-17 July 1998, vol. II, DOC.A/CONF.183/INF/8, p. 99.

³⁵⁹ “Tanto durante la Conferencia de Roma como durante la Comisión Preparatoria, las delegaciones participantes se encontraron con la dificultad de elaborar principios generales, que legitimasen la intervención de las víctimas en el proceso sin perjudicar los postulados básicos del derecho procesal, y establecer mecanismos procesales que le dieran efectividad y que realizaran un equilibrio entre los contrapuestos intereses en juego. Por un lado, entre los derechos y los intereses

con el apoyo de numerosas delegaciones estatales, así como de organizaciones no gubernamentales (en adelante, ONG), finalmente en la Regla 85 de las Reglas de Procedimiento y Prueba se estableció la definición de víctima adoptada en la *Declaración de Naciones Unidas sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder* de 1985:

“Para los fines del Estatuto y de las Reglas de Procedimiento y Pruebas:

- a. Por “víctimas” se entenderán las personas naturales que hayan sufrido un daño como consecuencia de la comisión de algún crimen de la competencia de la Corte;
- b. Por víctimas se podrá entender también las organizaciones o instituciones que hayan sufrido daños directos a alguno de sus bienes que esté dedicado a la religión, la instrucción, las artes, las ciencias o la beneficencia y a sus monumentos históricos, hospitales y otros lugares y objetos que tengan fines humanitarios”.

Se trata de un concepto amplio de víctima que incluye, como dijimos, no sólo a las víctimas en sentido estricto, sino también a aquellas víctimas indirectas del crimen, incluyendo también a las personas jurídicas. Además, basándose en el artículo 8.2.iv del ECPI, “dirigir intencionalmente ataques contra edificios dedicados a la religión, educación, las artes, las ciencias o la beneficencia, los monumentos históricos, los hospitales y otros lugares en los que se agrupan a enfermos y heridos, a condición de que no sean objetivos militares”, se llegó a la conclusión de que “también las personas jurídicas podían ser consideradas como víctimas, no tanto en razón de la categoría misma a la que pudiera pertenecer, persona jurídica pública o privada, según los casos, sino de la naturaleza de los bienes afectados”³⁶⁰.

Más adelante, los *tribunales híbridos o de tercera generación* no ofrecieron mejores resultados. Así, el TESL no contaba con ninguna regulación sobre el

de las víctimas y el derecho del acusado a defenderse; por otro lado, entre la necesidad de asegurar apoyo y protección a las víctimas sin agravar el procedimiento ante la Corte, o en perjuicio de su eficiencia, eficacia, economía, provocando dilaciones indebidas”. La oposición de la delegación española, muy criticada por las ONG, apostaba por no incluir una concepción amplia de las víctimas que pudiera entorpecer la tramitación del procesamiento y que resultara realmente costosa (GARRIDO CARRILLO, F. J. y FAGGIANI, V., *óp. cit.*, p. 153).

³⁶⁰ La decisión de otorgar *status* de víctima a las personas jurídicas suscitó un gran debate. Entre sus opositores se encontraba Reino Unido “argumentando que con su inclusión se arriesgaba a convertir a la Corte en un instrumento en las manos de las grandes corporaciones comerciales, provocando desventajas a las víctimas individuales”. En la postura opuesta, Francia y la Santa Sede (GARRIDO CARRILLO, F. J. y FAGGIANI, V., *óp. cit.*, pp. 157-158).

derecho de acceso a la justicia o reparación de las víctimas, de forma que se les vuelve a tener en cuenta su papel de testigos más que de víctimas. Las CETC, de acuerdo con el artículo 12.1 del ya visto Acuerdo de la Cámaras Extraordinarias en el que se establece que el “el procedimiento será acorde con el derecho camboyano”, las víctimas tendrán entonces los derechos reconocidos en el Derecho interno, siendo que: “Todas las fuentes del derecho procesal penal de Camboya brindan a la víctimas una gama de derechos permitiéndoles participar en los procesos penales como testigos, querellantes o partes civil”³⁶¹. Respecto a los Paneles Especiales para Crímenes Graves en Timor Este, su Estatuto y sus Reglas, inspirados en el ECPI, sí contiene normas relativas a la participación en los procesos de las víctimas. “Sin embargo, en la práctica, muchas de estas medidas no son adecuadamente implementadas”³⁶². Por último, respecto a los Paneles Internacionalizados de Kosovo, el Código Procesal Penal provisional de Kosovo prevé que las víctimas tendrán derechos en todas las fases del procedimiento penal, “incluido el derecho a llamar la atención sobre hechos en particular o introducir pruebas que tengan un posible efecto sobre el establecimiento de la ofensa penal o respecto a la identificación del perpetrado de la ofensa”³⁶³.

Todavía, a pesar de la evolución del DI contemporáneo, no cuentan las víctimas con ninguna vía internacional para poder denunciar a un particular que ha llevado a cabo los crímenes más graves del DI, ni siquiera ante la *mal denominada* CPI que reserva el *ius standi* a un Estado, al Fiscal o al CS y tiene restringida no sólo su competencia temporal sino también su competencia objetiva y subjetiva. Por esa razón, el reconocimiento del principio de responsabilidad penal y los derechos de acceso a la justicia de las víctimas deberían acompañarse de instrumentos que los hagan eficaces, como es el principio de jurisdicción universal ante los tribunales nacionales, donde los particulares pueden interponer acciones contra otros particulares por la comisión de un crimen grave de DI³⁶⁴. Es

³⁶¹ *Los derechos de las víctimas ante la Corte Penal Internacional... óp. cit.*, p. 32.

³⁶² *Los derechos de las víctimas ante la Corte Penal Internacional... óp. cit.*, p. 34.

³⁶³ Artículo 80 del Código Procesal Penal provisional de Kosovo, Regla UNMIK 2003/26, de 6 de julio de 2003, *Los derechos de las víctimas ante la Corte Penal Internacional... óp. cit.*, p. 35.

³⁶⁴ Señala Devika HOVELL que la reivindicación del ejercicio de jurisdicción universal como un derecho de acceso a la justicia proviene fundamentalmente de las comunidades de víctimas (*victim community*) y las organizaciones de apoyo a las mismas, quedando los Estados al margen. Sin embargo, apunta que cuando se trata del ejercicio de la jurisdicción universal, los tribunales nacionales no ponen en la balanza a las víctimas y al acusado, sino más bien prestan atención a los

decir, el principio de justicia universal aún se hace necesario en tanto en cuanto el Estatuto de Roma no previó que las víctimas tuvieran acceso directo a la CPI, sino que únicamente pudieran “informar” al Fiscal de la Corte.

Podría, en suma, señalarse que el principio de jurisdicción universal no es sólo un título jurisdiccional de los Estados, sino que también puede instrumentar el derecho de acceso a la justicia de las víctimas. Es cierto que existen en el ámbito internacional y regional instancias que permiten ese acceso pero se limita a determinados crímenes o a determinados Estados que han ratificado el convenio que crea la institución. La ausencia de institución alguna con competencia internacional penal a la que puedan acceder las víctimas directamente es, en definitiva, un argumento más a favor del ejercicio del principio de jurisdicción universal.

derechos de los Estados y a los derechos de las víctimas, al considerar aún el ejercicio de la jurisdicción como una prerrogativa de los Estados. Ahora bien, “to construe universal jurisdiction as an aspect of sovereignty serving primarily domestic interests, or an act of inter-state comity catering predominantly to the interests of other states, or even as an act of international conscience is to misconstrue the self-evident position that universal jurisdiction is most often exercised at the behest of, and in the interests of, victims. Recognition of a normative shift from jurisdiction as a state right to recognition of jurisdiction in some circumstances as an individual right would not be revolutionary. To a large extent, it merely maps onto the jurisdictional terrain the long-standing recognition that international law is no longer merely concerned exclusively with state rights, or obligations owed between states, but is also concerned with human rights, or obligations owed to individuals”. Estaríamos ante lo que se ha denominado una “jurisdicción universal moderna” (“The Authority of Universal Jurisdiction”, *EJIL*, vol. 29, núm. 2, pp. 427-456, pp. 449 y ss.).

CAPÍTULO II. *El ejercicio del principio de jurisdicción universal*

“Para poder pasar página, hay que haberla leído antes (...).

La lucha contra la impunidad no es únicamente una cuestión jurídica y política.

¿No se olvida con demasiada frecuencia su aspecto ético?”

Louis Joinet, 1997

I. CRÍMENES CONTRA EL DERECHO INTERNACIONAL OBJETO DEL PRINCIPIO DE JURISDICCIÓN UNIVERSAL

Al utilizar los términos *crímenes contra el Derecho internacional* o *crímenes de Derecho internacional*³⁶⁵ estamos haciendo referencia a hechos que pueden ser cometidos únicamente por individuos al transgredir una norma de DI y contraer, por tanto, responsabilidad penal individual³⁶⁶.

Son cuatro las reflexiones que se pueden hacer respecto de los crímenes internacionales. En primer lugar y de acuerdo con el *Proyecto de artículos sobre la*

³⁶⁵ Si bien las terminologías apuntadas por la doctrina han sido múltiples (criminalidad individual, crímenes de trascendencia internacional, delito de DI, crímenes internacionales, crímenes de Derecho internacional, crímenes contra el DI, entre otras), nos decantaremos por el uso indistinto de crímenes contra el DI o crímenes de DI para evitar así reminiscencias del concepto de crímenes internacionales.

³⁶⁶ La responsabilidad penal internacional tiene su origen en el consenso de los Estados recogido en un norma de DI. Surge en situaciones *excepcionales* en los que unas normas internacionales determinadas han previsto la trascendencia internacional de la conducta de un sujeto a la que se exige un *comportamiento culpable*. De ahí que los Estados deban adoptar las medidas internas necesarias para enjuiciar y condenar a los presuntos responsables penales de aquellas acciones contrarias a las normas internacionales, pues de no hacerlo podría conllevar también responsabilidad estatal. Y es que no olvidemos que los individuos, aunque gocen de ciertos derechos y obligaciones en el ámbito internacional, no son sujetos de la disciplina *iusinternacionalista*, de ahí que sean los Estados o las Organizaciones internacionales (en adelante, OI) los responsables del cumplimiento de las normas internacionales, mientras que del incumplimiento de las mismas habrá que estar atentos a las acciones de los Estados, de las OI o de los individuos (CHICHÓN ÁLVAREZ, J., “Responsabilidad internacional del individuo y responsabilidad internacional del Estado: encuentros y desencuentros en torno a la figura de los “crímenes de Derecho Internacional”, GONZÁLEZ IBÁÑEZ J. (Dir.), *Protección internacional de Derechos Humanos y Estado de Derecho. Studia in Honorem Nelson Mandela*, Grupo Editorial Ibáñez, Bogotá, 2009, pp. 551-582, p. 555).

*responsabilidad de los Estados*³⁶⁷, estos crímenes de DI se distinguen de los *hechos internacionales ilícitos* que pueden cometer los Estados ante el incumplimiento de una obligación internacional común u ordinaria (art. 2) y de las “violaciones graves de obligaciones emanadas de normas imperativas del Derecho internacional general” (art. 40)³⁶⁸. A pesar de que estamos ante dos tipos de

³⁶⁷ *Responsabilidad del Estado por hechos internacionales ilícitos* de 2001, A/56/83, de 28 de enero de 2002, disponible en <http://old.dipublico.org/doc/A-RES-56-83.pdf>. Sobre la responsabilidad del Estado en DI puede consultarse: GUTIÉRREZ ESPADA, C., *La responsabilidad internacional de Estados y Organizaciones (Balance provisional de coincidencias y matices)*, Diego Marín, Murcia, 2010 y, del mismo autor, *El hecho ilícito internacional*, Dykinson, Madrid, 2005; y “El punto final (¿?) de un largo debate: Los ‘crímenes internacionales’”, *REDI*, vol. LIII, núms. 1 y 2, 2001, pp. 11-48; PÉREZ-PRAT DURBÁN, L. “La responsabilidad internacional, ¿crímenes de Estados y/o de individuos?”, *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 4, 2000, pp. 205-247; BESNÉ MAÑERO, R., *El crimen internacional. Nuevos aspectos de la responsabilidad internacional de los Estados*, Universidad de Deusto, Bilbao, 1999; CEBADA ROMERO, A., “Los conceptos de obligación *erga omnes*, *ius cogens* y violación grave a la luz del nuevo proyecto de la CDI sobre responsabilidad de los Estados por hechos ilícitos”, *REEL*, núm. 4, 2002; FERRER LLORET, J., *Las consecuencias del hecho ilícito internacional*, Universidad de Alicante, Alicante, 1998; *Responsabilidad internacional del Estado y derechos humanos*, Tecnos, Madrid, 1998; RUEDA FERNÁNDEZ, C. “La sustitución del concepto de crimen internacional en el proyecto de artículos: ¿Sólo una cuestión terminológica?”, VARGAS GÓMEZ-URRUTIA, M. y SALINAS DE FRÍAS, A. (Coords.), *Soberanía del Estado y derecho internacional: homenaje al profesor Juan Antonio Carrillo Salcedo*, vol. 2, Universidad de Sevilla, Sevilla, 2005, pp. 1231-1250.

³⁶⁸ Es preciso aclarar la confusión terminológica que tiene su origen en el artículo 19 del *Proyecto de artículos sobre la responsabilidad de los Estados* aprobado, en primera lectura, el 16 de julio de 1996 por la CDI (A/CN.4/L.528/Add.2). Este artículo 19 establecía una diferencia entre: 1. *Hecho internacionales ilícito* (artículo 19.1), “el hecho de un Estado que constituya una violación de una obligación internacional sea cual sea el objeto de la obligación violada”. 2. *Crimen internacional* (artículo 19.2), “el hecho internacionales ilícito resultante de una violación por un Estado de una obligación internacional tan esencial para la salvaguarda de los intereses fundamentales de la comunidad internacional que su violación está reconocida como crimen por esa comunidad en su conjunto”; en concreto el artículo 19.3 señala tres situaciones de violación grave de una obligación internacional de importancia esencial para: a) el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales; b) la salvaguarda del derecho a la libre determinación de los pueblos; c) la salvaguarda del ser humano; d) la salvaguarda y protección del medio humano; todas las situaciones mencionadas afectan a la Comunidad Internacional en su conjunto; 3. *Delito internacional* (artículo 19.4), que contempla “todo hecho internacionales ilícito que no sea un crimen internacional conforme al párrafo 2 constituye un delito internacional”, esto es, cuando solo afectaba a los Estados parte. Se trata de una categoría residual. Ahora bien, históricamente ya existe cierta *vis atractiva* entre el crimen internacional y la responsabilidad internacional del Estado, pues ya en 1923, en el *Proyecto de Tratado de Asistencia Mutua*, y en 1924, en el *Protocolo para el arreglo de controversias internacionales*, se establecía una relación entre ambos (CHICHÓN ÁLVAREZ, J., “Responsabilidad internacional del individuo...”, *óp. cit.*, p. 569). Sin embargo, en el *Proyecto de artículos sobre la responsabilidad de los Estados* aprobado en segunda lectura A/CN.4/L.602/Rev.1, de 26 de julio de 2001, fue finalmente suprimido aquel artículo 19 y, con él, los conceptos de crimen internacional y delito internacional, dejando el término hecho ilícito por violaciones de obligaciones comunes (art. 40.1) y “violación grave de obligaciones que emanan de normas imperativas de Derecho internacional general” para referirse a aquellas vulneraciones de normas de *ius cogens*; terminología *inspirada* en el artículo 53 del Convenio de Viena de 1969. “Y si para hacer más agradable la píldora es menester tragarla con un poco de azúcar ¡qué mal hay en ello! Eliminemos el término de <crimen> y, (...) sustituyámoslo <por un término más neutral [que] pueda ser aceptable” (GUTIÉRREZ ESPADA, C., “El punto final (¿?) de un largo debate...”, *óp. cit.*, p. 13). Mientras que en el artículo 40.2 se hacía referencia a la *gravedad*, entendiendo por grave aquella violación que “implica el incumplimiento flagrante o sistemático de la obligación por parte del

responsabilidad internacional (la responsabilidad estatal y la responsabilidad individual), es posible que se dé (de hecho, ya se ha dado) una *complementariedad* entre las mismas, pudiendo concurrir en la comisión de un mismo ilícito internacional, tanto la responsabilidad del Estado como la responsabilidad penal del individuo³⁶⁹.

En segundo lugar, los crímenes contra el DI se diferencian también de los ilícitos penales que se encuentran tipificados en los ordenamientos jurídicos internos de los Estados, a los que comúnmente nos referimos como delitos.

Estado responsable”, no siendo necesario “que aquella se quebrante permanente y generalizadamente pudiendo bastar, parece, su incumplimiento manifiesto, imperdonable, indiscutible...”, GUTIÉRREZ ESPADA, C., *La responsabilidad internacional de Estados y Organizaciones...*, *óp. cit.*, pp. 61-62 y 70. Las razones que llevaron a ello pueden encontrarse en GUTIÉRREZ ESPADA, C., *La responsabilidad internacional (Las consecuencias del hecho ilícito)*, Diego Marín, Murcia, 2005, pp. 77-81. Y también en CEBADA ROMERO, A.: “El argumento principal que manejaba tanto la doctrina como los Estados que se oponían a la categoría de “crimen internacional” se basaba en que admitir dicha noción podría conducir a una *criminalización* de los Estados en los casos de violación del Derecho internacional, cuando las connotaciones penales debían quedar al margen del Derecho internacional sobre la responsabilidad” (“Los conceptos de obligación *erga omnes, ius cogens...*”, *óp. cit.*, p. 8).

³⁶⁹ En ocasiones, el acto cometido por un sujeto puede ser en calidad de agente del Estado o en representación *de iure* o *de facto* del Estado, lo que conllevará a la responsabilidad también del Estado por la comisión (o por la omisión o complicidad del Estado) de aquellos actos. En este último caso de omisión, contemplado en el artículo 28 del Estatuto de la CPI, y conocido como “principio de responsabilidad de mando”, “responsabilidad funcional” o “responsabilidad del superior”, estaríamos ante la responsabilidad conjunta o complementaria: de los subordinados por cometer el acto y del superior por omitir una reacción ante aquel (CHICHÓN ÁLVAREZ, J., “Responsabilidad internacional del individuo...”, *óp. cit.*, pp. 565 y 574). Así ocurrió en el asunto relativo a la aplicación de la Convención para la represión y sanción del delito de genocidio (*Bosnia-Herzegovina contra Serbia y Montenegro*), en el que se declaró la responsabilidad internacional de Serbia por no haber cumplido con su obligación de prevenir el genocidio y la responsabilidad internacional penal de Ratko Mladic, responsable de la matanza de Srebrenica (Sentencia de 26 de febrero de 2007, *ICJ Reports 2007*, p. 43, párrs. 425-450). En el mismo sentido y en relación a una norma de *ius cogens* que prohíbe el genocidio: GUTIÉRREZ ESPADA, C. (Dir.) y CERVELL HORTAL M^a. J. (Coord.), *Darfur, el conflicto inacabable*, Aranzadi, Navarra, 2012, pp. 323-414. De hecho, la CDI barajó en 1976 la posibilidad de que cuando se trataba de una violación grave por el Estado, esto es, de una norma de *ius cogens*, se estableciera también, entre otras consecuencias, la responsabilidad individual del agente del Estado. Sin embargo, finalmente no se hizo distinción alguna entre las consecuencias en caso de vulneraciones comunes o graves. Para el profesor Cesáreo GUTIÉRREZ ESPADA, una *remisión expresa* a las normas sobre responsabilidad penal individual en el caso de las violaciones graves podría haberse considerado un *guiño* “en pro de la idea de que la responsabilidad del Estado por violación grave de normas imperativas puede en ciertos casos ser una “fuente” de responsabilidad internacional penal individual. (...) ¿qué mal hay en multiplicar las “fuentes” que permitan al individuo-órgano de un Estado pagar la responsabilidad por sus crímenes?; ¿a quién se perjudica (...)?”. Pues, en la actualidad, la posibilidad de que se den ambas responsabilidades no es nueva y ya se ha contemplado en la jurisprudencia de la CIJ, como hemos citado en unas líneas anteriores. De ahí que el Relator Especial James CRAWFORD expresara la idea con las siguientes líneas: “el Proyecto de artículos que anunció a bombo y platillo el concepto de crímenes de Estado en el art. 19, cuando se repara en las consecuencias de los crímenes de la Parte II [se comprueba] que la montaña se abrió (...) para parir un ratón” (GUTIÉRREZ ESPADA, C., *La responsabilidad internacional...*, *óp. cit.*, pp. 120-125).

En la actualidad, puede decirse casi con total certeza que los crímenes contra el DI, cuyo origen lo encontramos en los crímenes de guerra³⁷⁰, son tipos que no se discuten en la actualidad, sobre todo porque han sido amplia y consensuadamente codificados a partir de la Segunda Guerra Mundial³⁷¹. Sin embargo, resulta *llamativo* que aún no exista en DI un texto escrito único que establezca cuándo se han cometido infracciones sobre sus normas y las consecuencias que se derivan por ese incumplimiento para el autor, para las víctimas e, incluso, para la Comunidad Internacional³⁷². Nos encontramos, por tanto, ante una categoría heterogénea y discutida, resultando difícil establecer un criterio que divida o clasifique a estos crímenes de DI en general³⁷³. Quizá la clasificación más aceptada es la que realiza el Estatuto de la CPI en dos grandes grupos: *crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto*³⁷⁴ y *otros crímenes de trascendencia internacional*. Tampoco la doctrina ni la jurisprudencia parecen estar de acuerdo en qué crímenes conforman una categoría u otra. Así, por ejemplo, OLLÉ SESÉ, basándose en los *Principios para la protección y promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad* de la CDI³⁷⁵, distingue

³⁷⁰ Los crímenes contra el DI se fundamentaron originariamente en el DI consuetudinario de los conflictos armados, en concreto, en las Conferencias de la Paz de La Haya de 1899 y 1907 y más tarde en los Convenios de Ginebra de 1949, que establecían responsabilidad penal no sólo para los Estados sino también para las personas responsables de los mismos (VIVES CHILLIDA, J., “La evolución jurídica internacional de los crímenes...”, *óp. cit.*, p. 340).

³⁷¹ Así, hemos visto (*vid. supra* Capítulo I, apdo. III, 2, 2.1) cómo, durante el siglo XIX, comenzaron a aparecer los primeros tratados internacionales reguladores de los crímenes contra el DI, actividad codificadora que se incrementó tras la Segunda Guerra Mundial como respuesta de la Comunidad Internacional a las *graves violaciones* de los DDHH y del DIH.

³⁷² GUTIÉRREZ ESPADA, C. y CERVELL HORTAL, M^a. J., *El Derecho Internacional en la encrucijada...*, *óp. cit.*, p. 449.

³⁷³ Si bien, para algunos autores, dicha clasificación no es necesaria a los efectos de qué crímenes podrían ser objeto del principio de jurisdicción universal, en el sentido de que englobaría tanto a los crímenes en sentido estricto (los propiamente internacionales) como a los crímenes en sentido amplio (aquellos que los Estados deciden cooperar en su persecución), esto es, a los delitos internacionales, siendo necesario que “vengan predeterminados en acuerdos internacionales” para que puedan ser objeto del principio de jurisdicción universal (GARCÍA SÁNCHEZ, B., “El principio de justicia universal en el ordenamiento interno e internacional”, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2^a Época, núm. extraordinario 2, 2004, pp. 243-277, pp. 247-248).

³⁷⁴ Artículo 5.1 del *Estatuto de la Corte Penal Internacional* de 17 de julio de 1998, BOE núm. 126, de 27 de mayo de 2002.

³⁷⁵ De acuerdo al DI, son delitos graves “las graves violaciones de los Convenios de Ginebra, de 12 de agosto de 1949, y de su Protocolo Adicional I de 1977 y otras violaciones del derecho internacional: el genocidio, los crímenes de lesa humanidad y otras violaciones de los derechos humanos internacionalmente protegidos, que son delitos conforme al derecho internacional, y/o respecto de los cuales el derecho internacional exige a los Estados que impongan penas por delitos tales como la tortura, las desapariciones forzadas, la ejecución extrajudicial y la esclavitud”, *Principios para la protección y promoción de los Derechos humanos mediante la lucha contra la*

entre crímenes de DI de primer grado y crímenes de DI de segundo grado³⁷⁶. Otras clasificaciones las encontramos en QUINTANO RIPOLLÉS o en TRIFFTERER³⁷⁷ o las realizadas por las profesoras Alicia GIL y Elena MACULAN al señalar que existen *crímenes internacionales y delitos transnacionales* y que veremos a continuación en los epígrafes siguientes³⁷⁸.

Centrándonos en el objeto de investigación de esta Tesis Doctoral, y una vez establecido qué se entiende por crímenes contra el DI y sus diversas categorías, surge la duda acerca de cuáles de estos crímenes pueden ser objeto del principio de jurisdicción universal. La respuesta no es pacífica y acaso baste como botón de muestra el hecho de que la jurisdicción universal, que encuentra su origen en el crimen de piratería, un crimen transnacional (recordemos que en su origen la jurisdicción universal se aplicaba a aquellos crímenes cometidos en *tierra de nadie*), comienza a ejercerse *a posteriori* también frente a crímenes internacionales en un sentido estricto, debido a su especial gravedad. Por otro lado, tampoco la doctrina ha ayudado a dar una respuesta. Antonio CASSESE afirma que los crímenes internacionales deben contar con los siguientes elementos:

impunidad, 61º periodo de sesiones, E/CN.4/2005/102/ADD.1, de 8 de febrero de 2005, definición B.

³⁷⁶ Fundamenta los primeros en el DI convencional y el DI consuetudinario, estableciendo la paz, la seguridad y el bienestar de la humanidad como el bien jurídico protegido, dando lugar a la responsabilidad penal individual internacional directa, señalando el elemento estatal como parte en la autoría y conllevando una lesión grave a los DDHH; se corresponden con las normas de *ius cogens*, obligatorias para todos los Estados y sin que puedan éstas ser modificadas. Al contrario, los crímenes de segundo grado los fundamenta en el derecho interno de los Estados o en el DI lesionando bienes comunes que tienen carácter transnacional y que dan lugar a la responsabilidad individual internacional indirectamente, esto es, a través del Derecho interno o internacional (OLLÉ SESÉ, M., *Justicia universal para crímenes internacionales*, La Ley, Madrid, 2008, pp. 190-200).

³⁷⁷ QUINTANO RIPOLLÉS hace referencia, en primer lugar, a aquellos que están contemplados en los textos penales de cada Estado pero que afectan al DI. Son los delitos internos *internacionalizados* y, en segundo lugar, aquellos delitos que han sido recogidos en tratados o acuerdos internacionales porque afectan a los intereses de los Estados que los ratifican y que han sido recogidos, a su vez, en sus normas penales domésticas. Son los *delicti iuris gentium*. Por último, los crímenes internacionales *stricto sensu*, que dañan gravemente bienes jurídicos internacionales. Están basados en los Principios de Núremberg y en el *Proyecto de Crímenes contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad*. También TRIFFTERER cita dos categorías de crimen internacional: en sentido estricto, aquellos que lesionan valores superiores del orden internacional y exigen “una responsabilidad inmediata fundada en el DI” y, en sentido amplio, aquellos cuyos hechos “traspasan las fronteras de los Estados o pueden vincular, por sus implicaciones, a todos los Estados y que son perseguibles en el derecho interno aunque difícilmente si el Estado actúa en solitario” (ambos citados en OLLÉ SESÉ, M., *Justicia universal para...*, *óp. cit.*, pp. 186-192).

³⁷⁸ GIL GIL, A. y MACULAN, E., “Qué es el Derecho Penal Internacional”, GIL GIL, A. y MACULAN, E. (Dirs.), *Derecho penal internacional*, Dykinson, Madrid, 2016, pp. 37-49, pp. 45-46.

- En primer lugar, y sin perjuicio de que puedan vulnerar otras fuentes del DI, los crímenes internacionales constituyen una violación de normas consuetudinarias.
- En segundo lugar, las normas transgredidas suponen un ataque a los valores fundamentales de la Comunidad Internacional, de ahí que afecten a todos los Estados.
- En tercer lugar, al afectar los crímenes internacionales a todos los Estados de la Comunidad Internacional, para que cualquier Estado pudiera perseguir y juzgar al presunto responsable de un crimen internacional (bajo determinadas garantías procesales previas, *vid. infra* apdo. III, 2) no debería ser necesario nexo alguno de conexión con el crimen.
- En cuarto y último lugar, ya sean actos de hecho o de derecho, son acciones criminales ejercidas, en la mayoría de ocasiones, por personas que se encuentran desarrollando una función oficial, de ahí que el Estado al que representan no pueda apuntar hacia la inmunidad del mismo (*vid. infra* Capítulo III, apdo. I, 1, 1.2).

De acuerdo con estos cuatro criterios, para Antonio CASSESE son crímenes internacionales los crímenes de guerra, los crímenes contra la humanidad, el genocidio, la agresión, el delito de tortura (como crimen autónomo) y determinados actos graves de terrorismo financiados o asistidos por la estructura estatal. Podría, además, establecerse una suerte de cláusula residual para el resto de crímenes internacionales que no atentan contra normas consuetudinarias y, por tanto, no conllevan un ataque a los valores fundamentales de la Comunidad Internacional y tampoco se perpetran por agentes estatales en el marco de una política oficial. Estaríamos hablando, en concreto, de la piratería, el narcotráfico, el tráfico de armas o el blanqueo de capitales³⁷⁹.

Otras propuestas de crímenes contra el DI objeto del principio universal podemos encontrarlas en el Committee on International Human Rights Law and Practice de la ILA que, en el año 2000 (Londres), en su *Informe final sobre el ejercicio de la jurisdicción universal en relación con las infracciones graves de derechos humanos*, afirmaba:

³⁷⁹ CASSESE, A., *International Criminal Law...*, *óp. cit.*, pp. 23 y ss.

“2. Gross human rights offences in respect of which states are entitled under customary international law to exercise universal jurisdiction include genocide, crimes against humanity, war crimes (as defined in Articles 6-8 of the Statute of the ICC, respectively) and torture (as defined in Article 1 of the UN Convention against Torture)”³⁸⁰.

En el año 2001, el principio 2 recogido en los *Principios de Princeton sobre la Jurisdicción Universal*, referente a los Delitos graves de DI, señalaba:

“1. A los fines de los presentes Principios, los delitos graves de derecho internacional comprenderán: 1) la piratería; 2) la esclavitud; 3) los crímenes de guerra; 4) los crímenes contra la paz; 5) los crímenes de lesa humanidad; 6) el genocidio; y 7) la tortura”.

Y añade en un segundo párrafo:

“La aplicación de la jurisdicción universal a los delitos que se enumeran en el párrafo 1 se hará sin perjuicio de la aplicación de la jurisdicción universal a otros delitos de derecho internacional”³⁸¹.

³⁸⁰ Committee on International Human Rights Law and Practice, *Final Report on the Exercise of Universal Jurisdiction in Respect of Gross Human Rights Offences*, International Law Association, London Conference, 2000, p. 21.

³⁸¹ A pesar de que fue un debate largo, finalmente se incluyeron en la lista de “delitos graves” los señalados de acuerdo a la progresión histórica “más que a un intento de clasificar los delitos por su gravedad.

- La “piratería” es un delito que, de manera paradigmática, tipifican todos los Estados basándose en principios de universalidad, y es esencial a los orígenes de la jurisdicción universal, por lo que figura en primer lugar.
- La “esclavitud” se incluyó en parte porque sus vínculos históricos con la piratería se remontan a la Declaración del Congreso de Viena de 1815. No obstante, hay algunas disposiciones de convenciones que autorizan el ejercicio de la jurisdicción universal para casos de esclavitud y prácticas análogas. La Reunión de Princeton examinó la oración “esclavitud y prácticas análogas” pero la desechó por ser de carácter demasiado técnico. No obstante, se acordó que la finalidad del término “esclavitud” era la de incluir las prácticas prohibidas en la Convención suplementaria sobre la abolición de la esclavitud, la trata de esclavos y las instituciones y prácticas análogas a la esclavitud.
- Los “crímenes de guerra” se limitaron en principio a los “crímenes de guerra graves”, a saber, las “violaciones graves” de los Convenios de Ginebra de 1949 y del Protocolo I, a fin de evitar la posibilidad de que se iniciaran numerosos procedimientos por violaciones menos graves. No obstante, los participantes en la Reunión no quisieron dar la impresión de que algunos crímenes de guerra no sean graves, y por ello decidieron no incluir el término “grave”. Así pues, la Asamblea acordó que sería inadecuado invocar la jurisdicción universal para el encauzamiento por violaciones menores de los Convenios de Ginebra de 1949 y del Protocolo I.
- Los “delitos contra la paz” también se debatieron ampliamente. Mientras que, para algunos, la agresión es el delito internacional más grave, otros argumentan que la definición del delito de “agresión” es muy difícil en la práctica y da lugar a discrepancias. En última instancia, se

En 2015, los *Principios de Madrid – Buenos Aires de Jurisdicción Universal* de FIBGAR, ampliando claramente el catálogo, señalan en su principio 2:

“Crímenes de persecución universal: La Jurisdicción Universal será aplicable a los crímenes de Derecho Internacional, tales como: genocidio, crímenes de lesa humanidad, crímenes de guerra, piratería, esclavitud, desaparición forzada, tortura, tráfico de seres humanos, ejecuciones extrajudiciales y crimen de agresión. Estos crímenes pueden ser cometidos de múltiples formas, incluyendo las actividades económicas y que puedan afectar al medio ambiente”.

No es una tarea fácil establecer un criterio que identifique qué crímenes de DI pueden ser objeto del principio de jurisdicción universal, pero el objetivo de los epígrafes siguientes será intentar aclarar la cuestión en relación, en primer lugar, a los crímenes internacionales *stricto sensu*; en segundo lugar, a los *crímenes transnacionales*³⁸²; y, en tercer y último lugar, a determinadas categorías de

incluyeron los "delitos contra la paz", a pesar de que hubo cierto desacuerdo, en parte acerca de la reproducción del artículo 6 a) del Estatuto de Núremberg.

- Los "crímenes de lesa humanidad" se incluyeron sin objeción, y estos delitos se definen ahora de manera autorizada en el artículo 7 del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional. En la actualidad no hay ningún convenio o convención que prevea el ejercicio de la jurisdicción universal sobre los crímenes de lesa humanidad.
- El "genocidio" se incluyó sin objeción. El artículo VI de la Convención sobre el Genocidio establece que las personas acusadas de genocidio serán juzgadas por un tribunal competente "del Estado en cuyo territorio el acto fue cometido". No obstante, el artículo VI no excluye la aplicación del principio de jurisdicción universal por un tribunal penal internacional en el supuesto de que éste se establezca.
- La "tortura" se incluyó sin objeción, aunque algunos señalaron que existen ciertos desacuerdos respecto a lo que constituye tortura. El término "tortura" pretende abarcar los "otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes" con arreglo a la definición de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes. Además, la Convención contra la Tortura prevé, de manera implícita, el ejercicio de la jurisdicción universal sobre las conductas prohibidas”.

Además, “se planteó la inclusión de los delitos de *apartheid*, terrorismo y drogas. Debe tenerse cuidado en señalar que la lista de delitos graves es claramente ilustrativa y no exhaustiva. El párrafo 1 del Principio 2 deja abierta la posibilidad de que, en el futuro, otros delitos puedan considerarse tan atroces que sea necesario aplicarles la jurisdicción universal.” *Principios de Princeton sobre la Jurisdicción Universal. The Princeton Principles on Universal Jurisdiction...*, óp. cit., p. 30.

³⁸² Sin embargo, a pesar de que hemos optado por simplificar en dos categorías, no le falta razón a Carmen VALLEJO cuando señala que “entre medias del núcleo duro de los crímenes internacionales y el resto de crímenes internacionales en sentido amplio, aparece una “zona gris”, una suerte de limbo de conductas criminales que, dependiendo de la doctrina *iusinternacionalista* o de la *opinio iuris* de los Estados que se examine, son situados en una u otra categoría” (*El estado de la jurisdicción universal en el Derecho Internacional y en el Derecho interno español*, Tesis defendida en la Universidad de Jaén, 19 de junio de 2015, p. 195, disponible en <http://ruja.ujaen.es/handle/10953/667>).

crímenes que comienzan a ser considerados por la doctrina como crímenes contra el DI y que, quizá, también pudieran ser objeto del principio universal en el futuro.

1. LOS CRÍMENES DE DERECHO INTERNACIONAL *STRICTO SENSU*

No existe un concepto oficial de *crímenes de DI stricto sensu*, también conocidos como *crímenes más graves de trascendencia para la Comunidad Internacional en su conjunto, crímenes en sentido estricto o crímenes internacionales de primer grado*³⁸³. Con el objetivo de proteger la paz y la seguridad y aunque de origen conocido (*delicta iuris Gentium*), el hecho de que no exista un concepto oficial de crimen de DI afecta notablemente a la aplicación material del principio universal.

Atendiendo a diversos puntos de vista, varias son las propuestas realizadas por la doctrina para crear un concepto de crimen contra el DI *stricto sensu*³⁸⁴. Sin

³⁸³ “International crimes occupy a central place in international criminal law, yet there is no agreement as to what is meant by an ‘international crime’. No common understanding, let alone common definition of the concept exists” (O’KEEFE, R., *International Criminal Law...*, *óp. cit.*, p. 47).

³⁸⁴ “A crime under international law is a crime defined by international law which gives rise to the individuals criminal responsibility of the perpetrator under international law itself” (O’KEEFE, R., *International Criminal Law...*, *óp. cit.*, p. 67). Maria Chiara MARULLO, citando a Giuseppe SPERDUTTI y Natalino RONZITTI, señala: “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” (“La lucha contra la impunidad...”, *óp. cit.*, p. 16, disponible en <http://www.indret.com/pdf/1154.pdf>). Para Antonio CASSESE: “international crimes are breaches of international rules entailing the personal criminal liability of individuals concerned” (*International Criminal Law...*, *óp. cit.*, p. 23). Para José Luis COLLANTES, los crímenes de DI están regulados por el Derecho Internacional Penal y consisten en conductas que, llevadas a cabo por individuos, atacan bienes jurídicos internacionales protegidos por normas de *ius cogens*, esto es, los valores esenciales e intereses comunes a toda la Comunidad Internacional, protegidos por el DI, y que afectan a la Humanidad en su conjunto, como la paz y la seguridad internacional, requiriendo su vulneración una responsabilidad que supera el *ius puniendi* del Estado al estar fundamentados directamente en el DI (“Crímenes de Derecho Internacional y la justicia penal de los Estados”, *Juris Dictio. Revista de Derecho*, vol. 5, núm. 8, 2004, pp. 66-82, p. 67). Para Francisco BUENO ARÚS y Juan DE MIGUEL ZARAGOZA, los crímenes contra el DI consistirían en una “lesión o puesta en peligro de un bien jurídico cuya titularidad corresponde a la comunidad internacional (o, al menos, a una pluralidad de Estados que constituyen un ámbito de cultura jurídica homogénea)”. También, desde la perspectiva de la seguridad jurídica, los crímenes de DI se definen como “aquellos que aparecen tipificados y sancionados en normas jurídicas internacionales, cuya represión se postula que corresponde o bien a los Tribunales penales internacionales, o bien a los Tribunales de los Estados que son parte de aquéllas” (*Manual de Derecho Penal Internacional*, Universidad de Comillas, Madrid, 2003, pp. 39-41). Por último, Jacqueline HELLMAN señala: “Este tipo de actos delictivos no se cometen en contra

embargo, coincidimos con las profesoras Alicia GIL y Elena MACULAN³⁸⁵ que la mejor definición es aquella que une criterios formales, materiales y jurisdiccionales. Así, en primer lugar, apuntan que los crímenes internacionales son aquellos contemplados en el Derecho Penal Internacional, ya sea en tratados o en costumbres internacionales. En segundo lugar, la comisión de los mismos genera responsabilidad penal para el individuo, no para el Estado³⁸⁶. En tercer lugar, la investigación del presunto responsable se lleva a cabo, en la mayoría de las ocasiones, por tribunales penales internacionales y, en ocasiones, por tribunales domésticos. Podríamos incluso añadir que, por un lado, son crímenes que “atentan contra los bienes jurídicos más importantes del orden internacional” (lo que no significa que todos los ataques a los bienes jurídicos internacionales son considerados crímenes internacionales, sino que sólo los más graves entrarían en la categoría) y, por otro lado, que pueden ser cometidos tanto por agentes estatales como por entidades no estatales. De acuerdo con estos criterios, serían crímenes internacionales en sentido estricto el genocidio, los crímenes de guerra, los crímenes contra la humanidad y el crimen de agresión.

El artículo 6 del Estatuto del Tribunal Militar de Núremberg de 1945, como se apuntó, incluyó por primera vez un elenco de crímenes internacionales: crímenes contra la paz, los crímenes de guerra y los crímenes de lesa humanidad (art. 6); más tarde, los recogió también el Estatuto del Tribunal de Tokio; y también lo hizo el *Proyecto de Código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad* de 1996: agresión (art. 16), genocidio (art. 17), crímenes contra la humanidad (art. 18), crímenes contra el personal de las Naciones Unidas y personal asociado (art. 19) y crímenes de guerra (art. 20). Cuatro de esos cinco crímenes, excepto los crímenes contra el personal de las Naciones Unidas y personal asociado, serían más tarde incluidos en el Estatuto de la CPI (*vid. supra* Capítulo I, apdo. II, 3): el genocidio, los crímenes de lesa humanidad, los crímenes

de ningún Estado en concreto, sino que se perpetran *de facto* en contra de toda la humanidad” (*Jurisdicción universal sobre...*, *óp. cit.*, p. 56).

³⁸⁵ GIL GIL, A. y MACULAN, E., “Qué es el Derecho Penal Internacional”, GIL GIL, A. y MACULAN, E. (Dir.), *Derecho penal internacional*, Dykinson, Madrid, 2016, pp. 37-49, pp. 43-45.

³⁸⁶ En el mismo sentido, “España. Ejercer la jurisdicción universal para acabar con la impunidad”, Serie *Estrechando el Cerco*, núm. 2, Amnistía Internacional, EUR41/017/2008, Amnesty International Publications, Reino Unido, 2008, p. 17, disponible en http://iccnow.org/documents/AI_Spain.pdf.

de guerra y el crimen de agresión³⁸⁷. Por tanto, el Estatuto de Roma recoge “los crímenes más graves de trascendencia para la Comunidad Internacional en su conjunto” (párrafo 4º del Preámbulo y artículo 5 del Estatuto) y les ha dado plena efectividad³⁸⁸. No se trata de un listado cerrado sino de aquellos crímenes que los Estados, en el momento de la ratificación del Estatuto, aceptaron como los crímenes bajo competencia de la Corte:

“La codificación en el Estatuto de la CPI es incompleta porque, por un lado, no podrían descartarse que hay crímenes que podrían poner en peligro la paz y seguridad de la humanidad que no se recogen en el Estatuto o en ningún otro texto convencional, como ocurre con los daños intencionales y graves al medio ambiente (salvo que se cometan como crimen de guerra); y, por otro lado, porque no se trata de un corpus cerrado (es revisable) y porque ni el mismo define todos los crímenes de su jurisdicción como ocurre con la agresión”³⁸⁹.

³⁸⁷ El crimen de agresión no aparecía definido en la versión definitiva del Estatuto de la CPI. Al respecto, el artículo 5.2 señalaba: “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. Esa disposición será compatible con las disposiciones pertinentes de la Carta de las Naciones Unidas”. La primera conferencia dedicada a la revisión del Estatuto tuvo lugar en Kampala, Uganda, del 31 de mayo al 11 de junio de 2011. Durante la misma, se evaluó el trabajo que la Corte había realizado, se adoptó la *Declaración de Kampala* en la que los Estados reafirmaban su compromiso de lucha contra la impunidad con el apoyo al Estatuto y su paulatina implementación y, por consenso, se llevaron a cabo enmiendas al ECPI; entre las enmiendas, destaca aquella que definía el crimen de agresión y cómo ejercería su jurisdicción respecto al mismo (LIÑÁN LAFUENTE, A., “Origen y evolución del Derecho Penal...”, *óp. cit.*, p. 76). El 14 de diciembre de 2017, la Asamblea de Estados Parte de la CPI aprobó por consenso activar, a partir del 17 de julio de 2018, la jurisdicción de la CPI sobre el crimen de agresión. Algunos autores lo han considerado “un paso adelante para completar el Estatuto de Roma (...), un paso adelante para continuar el legado del Tribunal Militar Internacional en Núremberg”. Sin embargo, “fue un paso atrás en la lectura que se hizo de la jurisdicción de la CPI sobre el crimen”. Sobre el proceso de negociaciones antes y durante la Conferencia de revisión de Kampala (2010) véase TRAHAN, J., “One Step Forward for International Criminal Law; One Step Backwards for Jurisdiction”, *Opinio Juris*, de 16 de diciembre de 2017, disponible en http://opiniojuris.org/2017/12/16/one-step-forward-for-international-criminal-law-one-step-backwards-for-jurisdiction-the-perspective-of-someone-present-at-the-un-during-negotiations/?utm_source=feedburner&utm_medium=email&utm_campaign=Feed%3A+opiniojurisfeed+%28Opinio+Juris%29.

³⁸⁸ El Estatuto de la CPI es el primer texto que codifica los crímenes internacionales del DI, por medio de dos vías. Por un lado, codifica el DI de las normas consuetudinarias; por otro, cristaliza normas consuetudinarias reguladoras de crímenes internacionales, como es el caso de crímenes de lesa humanidad, e, incluso, podría dar lugar a nuevas costumbres a través de la práctica de los Estados que no fueran parte en el Estatuto. Como señala Ángel SÁNCHEZ LEGIDO: “La idea fundamental que cabe deducir de todo el proceso es que, en torno a esos cuatro crímenes, existiría un amplio consenso en la Sociedad Internacional tanto respecto de su naturaleza criminal, como de su carácter especialmente grave” (*Jurisdicción universal penal...*, *óp. cit.*, p. 121. Véase también COLLANTES, J. L., “Crímenes de Derecho Internacional...”, *óp. cit.*, p. 66).

³⁸⁹ COLLANTES, J. L., “Crímenes de Derecho Internacional...”, *óp. cit.*, p. 67.

El Estatuto prevé, además, en su artículo 9 la aprobación del documento titulado *Los Elementos de los Crímenes*³⁹⁰, que “ayudarán a la Corte a interpretar y aplicar los artículos 6, 7 y 8”, esto es, los delitos de genocidio, crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra³⁹¹.

Ahora bien, como ya hemos señalado, algunos de estos crímenes contra el DI recogidos en el Estatuto de la CPI aparecen también en convenios internacionales³⁹², universales y regionales, desde el siglo XIX, pudiendo decir, entonces, que “son las normas generales del DI (cuyas fuentes son esencialmente consuetudinarias) las que definen los crímenes internacionales” y el hecho de que se recojan en el Estatuto de la CPI es prueba de su existencia y del carácter

³⁹⁰ *Elementos de los Crímenes*, Documentos Oficiales de la Asamblea de los Estados Partes en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, primer período de sesiones, Nueva York, del 3 al 10 de septiembre de 2002 y *Elementos de los Crímenes adoptados en la Conferencia de Revisión de 2010*, Documentos Oficiales de la Conferencia de Revisión del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, Kampala, del 31 de mayo al 11 de junio de 2010, disponible en <https://www.icc-cpi.int/NR/rdonlyres/A851490E-6514-4E91-BD45-AD9A216CF47E/283786/ElementsOfCrimesSPAWeb.pdf>. Éstos “serán aprobados por una mayoría de dos tercios de los miembros de la Asamblea de los Estados Partes” (art. 9.1 ECPI), pudiendo proponer enmiendas cualquier Estado parte, los magistrados por mayoría absoluta y el Fiscal; “enmiendas que serán aprobadas por una mayoría de dos tercios de los miembros de la Asamblea de los Estados Partes” (art. 9.2 ECPI). Tanto la interpretación de los crímenes como las enmiendas “serán compatibles con lo dispuesto en el presente Estatuto” (art. 9.3 ECPI). El documento fue incluido en el último minuto en la Conferencia de Roma como concesión a los Estados Unidos, cuyo objetivo era mantener el diálogo y evitar así una confrontación contra el Estatuto de la CPI. Sus promotores señalaron que se trataba de reforzar el principio de legalidad penal. Sin embargo, “a lo que se adapta es a la legislación penal federal norteamericana que contiene definiciones extraordinariamente detalladas de los delitos”, debiendo ser cautos en su aplicación para no limitar la interpretación y aplicación judicial de los jueces (MÁRQUEZ CARRASCO, C., *El Proceso de Codificación y Desarrollo Progresivo...*, *óp. cit.*, p. 149).

³⁹¹ Finalmente fue aprobado por consenso y no por mayoría de dos tercios, tal y como señala el artículo 9.1 ECPI, durante el primer período de sesiones de la *Asamblea de los Estados Partes en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional*, celebrada en Nueva York, del 3 al 10 de septiembre de 2002, pp. 112-160, disponible en <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N02/603/38/PDF/N0260338.pdf?OpenElement>. Posteriormente, el documento fue modificado incluyendo los elementos del crimen de agresión tras la Revisión del Estatuto de la CPI celebrada en Kampala en 2010, disponible en <https://www.icc-cpi.int/NR/rdonlyres/A851490E-6514-4E91-BD45-AD9A216CF47E/283786/ElementsOfCrimesSPAWeb.pdf>.

³⁹² Es el caso, a modo de ejemplo, de la *Convención para la Prevención y la Sanción del Genocidio* de 9 de diciembre de 1948, BOE núm. 34, de 8 de febrero de 1969; los cuatro Convenios de Ginebra de 1949 (*I Convenio de Ginebra para aliviar la suerte que corren los heridos y los enfermos de las fuerzas armadas en campaña* de 12 de agosto de 1949, BOE de 23 de agosto de 1952; *II Convenio de Ginebra para aliviar la suerte que corren los heridos, los enfermos y los náufragos de las fuerzas armadas en el mar* de 12 de agosto de 1948, BOE de 26 de agosto de 1952; *III Convenio de Ginebra relativo al trato debido a los prisioneros de guerra* de 12 de agosto de 1949, BOE de 5 de septiembre de 1952; *IV Convenio de Ginebra relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra* de 12 de agosto de 1949, BOE de 2 de septiembre de 1952) y sus Protocolos de 1977; y la *Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes* de 10 de diciembre de 1984, BOE núm. 268, de 9 de noviembre de 1987 y su Protocolo Facultativo de 2002.

*declarativo o cristizador de normas generales*³⁹³ de ese instrumento. A este respecto ha sido fundamental el papel que han llevado a cabo la ONU en su evolución, lo que ha servido también para que los Estados que han ratificado el Estatuto modificaran sus legislaciones internas penales en cumplimiento de las obligaciones que aquél impone³⁹⁴.

Han sido varias las metodologías que los distintos Estados han utilizado en la tipificación de los crímenes del Estatuto de la CPI en su legislación interna. Una primera diferencia la tenemos entre aquellos Estados que simplemente han tratado de “encajarlos” en las conductas ya tipificadas en su ordenamiento (lo que supone que no exista una correspondencia entre los crímenes del Estatuto de la CPI y las penas) mientras que otros, la mayoría, han llevado a cabo la inserción a través de modificaciones legislativas. Una segunda metodología consistiría en tipificar los crímenes del Estatuto de Roma o los crímenes previstos en el DI, empleando para ello dos técnicas: utilizar para los diversos crímenes las definiciones que contienen los tratados internacionales y añadir las penas a los mismos, “lo que asimila los tipos de manera estática, a los que en 1998 quedaron incluidos en el Estatuto de Roma”; o redactar de nuevo la definición de esos tipos con el objetivo o la finalidad de que éstos se adapten mejor al sistema penal del país, “lo que permite una asimilación más abierta o dinámica y menos apegada al texto de 1998”³⁹⁵.

Pero volviendo al objeto de nuestro estudio, el principio de jurisdicción universal, y haciendo un análisis de la modificación de los ordenamientos jurídicos internos a la que ha obligado la ratificación del Estatuto de la CPI, puede comprobarse que éstos han quedado bajo el paraguas del principio de justicia universal. Sin embargo, al no ser la técnica de incorporación de los crímenes

³⁹³ REMIRO BROTONS, A., *El caso Pinochet...*, *óp. cit.*, p. 53.

³⁹⁴ “Y ello, tanto para armonizar los tipos penales nacionales y los ámbitos de jurisdicción de sus tribunales nacionales, con objeto de garantizar desde un punto de vista material y competencial la complementariedad de la CPI en relación con sus propias jurisdicciones nacionales, como para articular la cooperación penal entre las jurisdiccionales nacionales y las de la CPI” (PIGRAU SOLÉ, A., *La jurisdicción universal y su aplicación en España: la persecución del genocidio, los crímenes de guerra y los crímenes contra la humanidad por los Tribunales nacionales*, Col-lección Recerca per Drets Humans, 3, Generalitat de Catalunya, Oficina de promoción de la paz y los Derechos Humanos, Barcelona, 2009, p. 33).

³⁹⁵ PIGRAU SOLÉ, A., *La jurisdicción universal y su aplicación en España...*, *óp. cit.*, p. 34. Un análisis de la práctica estatal lo encontramos en: RIKHOF, J., “Fewer Places to Hide? The Impact of Domestic War Crimes Prosecutions on International Impunity”, *Criminal Law Forum*, núm. 20 2009, pp. 1-38, pp. 10-15, disponible en <https://www.cciij.ca/content/uploads/2015/07/Rikhof.pdf>.

uniforme en todos los Estados, al igual que tampoco es homogénea la inclusión del principio de universalidad en los diversos ordenamientos, el resultado es heterogéneo. Por un lado, hay Estados que, sin llevar a cabo ninguna reforma legislativa, se habilitan para el ejercicio de la jurisdicción universal a través de la ratificación de los diversos tratados internacionales multilaterales (*Convenios de Ginebra* de 1949, la *Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio* de 1948 o la *Convención contra la Tortura* de 1984, convenciones sobre el terrorismo y el apartheid, entre otros³⁹⁶), existiendo además otros crímenes internacionales de origen consuetudinario, como los crímenes de lesa humanidad, que no están recogidos en ningún tratado internacional y que los Estados han ido positivando en sus Códigos penales diversas conductas (asesinatos, torturas, esclavitud, desapariciones forzadas, etcétera) como crímenes de lesa humanidad. Por otro lado, algunos Estados, a través de la inclusión de nuevas leyes o de la modificación directa de su ley penal, han incluido en sus ordenamientos jurídicos los crímenes de genocidio, lesa humanidad o de guerra³⁹⁷, estableciendo para ellos el ejercicio de la jurisdicción universal.

En suma, los crímenes internacionales *stricto sensu*, establecidos por el Derecho internacional convencional o por el Derecho internacional consuetudinario, comparten un común denominador y es que suponen un grave ataque a los valores e intereses de la Comunidad Internacional en su conjunto que son, además, protegidos por normas de *ius cogens*. Y, si bien no existe un elenco oficial de normas de *ius cogens*, atendiendo a la jurisprudencia internacional³⁹⁸, las declaraciones de los Estados en las conferencias internacionales, los acuerdos gubernamentales y los tratados internacionales, se ha convenido que entre ellas se encuentra la prohibición de los crímenes contra la humanidad, la prohibición de la agresión, la prohibición de la esclavitud y la trata de esclavos, la prohibición del genocidio y la discriminación racial y el *apartheid*, la prohibición de la tortura, las

³⁹⁶ Un listado exhaustivo de convenios internacionales que prevén jurisdicción universal, y en los que España es un Estado parte, que lo podemos encontrar en ORIHUELA CALATAYUD, E., *La jurisdicción universal en España...*, *óp. cit.*, pp. 191-198.

³⁹⁷ Con excepciones como, por ejemplo, Colombia -no recoge los crímenes de lesa humanidad en su Código penal-, Estonia -cuyo Código penal hace una remisión a los tratados internacionales ratificados por el Estado- o Finlandia -cuyo Código penal no incluye todas las posibilidades de los crímenes de lesa humanidad-.

³⁹⁸ GUTIÉRREZ ESPADA, C., *La responsabilidad internacional...*, *óp. cit.*, pp. 88-89; "El punto final (¿?) de un largo debate...", *óp. cit.*, pp. 18-20.

normas básicas del Derecho humanitario internacional aplicable a los conflictos armados y el derecho de libre determinación de los pueblos coloniales a su libre determinación³⁹⁹. Ergo, si las conductas atacan los valores de la Comunidad Internacional en su conjunto y el principio de jurisdicción universal, atendiendo a su fundamento natural y a su finalidad (*vid. supra* Capítulo I, apdo. III, 1 y apdo. IV), es un mecanismo para defender esos valores, en cuanto constituyen crímenes contra el DI, entendemos que caen bajo el paraguas del principio de jurisdicción universal los crímenes contemplados en normas de *ius cogens*⁴⁰⁰; es decir, los crímenes de guerra, los crímenes contra la humanidad, el genocidio, el crimen de agresión, la piratería, la esclavitud, el apartheid, la tortura, las desapariciones forzadas y la ejecución extrajudicial⁴⁰¹.

Así lo señaló en 2005 la Comisión de Derechos Humanos en el ya analizado *Conjunto de Principios actualizado para la protección y promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad*, al señalar:

“Delitos graves conforme al derecho internacional. A los efectos de estos principios, la frase “delitos graves conforme al derecho internacional” comprende graves violaciones de los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949 y de su Protocolo Adicional I de 1977 y otras violaciones del derecho internacional humanitario que constituyen delitos conforme al derecho internacional: el genocidio, los crímenes de lesa humanidad y otras violaciones de los derechos humanos internacionalmente protegidos que son delitos conforme al derecho internacional y/o respecto de los cuales el derecho internacional exige a los Estados que impongan penas por delitos, tales como la tortura, las desapariciones forzadas, la ejecución extrajudicial y la esclavitud”⁴⁰².

³⁹⁹ No se trata de un listado exhaustivo sino que éste podrá ser ampliado con la creación de nuevas normas de *ius cogens* “a través del proceso de aceptación y reconocimiento por la comunidad internacional de Estados en su conjunto”, tal y como señala el artículo 64 de la Convención de Viena de 1969, *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*, 2001, vol. II. Segunda Parte, Informe de la Comisión a la Asamblea General sobre la labor realizada en su quincuagésimo tercer período de sesiones, pp. 91 y 120-121, disponible en http://legal.un.org/ilc/publications/yearbooks/spanish/ilc_2001_v2_p2.pdf.

⁴⁰⁰ “Debido a este estatuto jurídico [*ius cogens*], las violaciones graves a estas normas generan obligaciones y efectos *erga omnes*” (MARULLO, M^a, CH., “La lucha contra la impunidad...”, *óp. cit.*, p. 16).

⁴⁰¹ Para Mahmoud CH. BASSIOUNI son siete los crímenes de DI que entiende que se encuentran en la categoría de *ius cogens*: piratería, esclavitud, crímenes de guerra, crímenes contra la humanidad, genocidio, apartheid y tortura (“Universal jurisdiction for International crimes...”, *óp. cit.*, p. 13).

⁴⁰² *Conjunto de principios para la protección y promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad*, E/CN.4/2005/102/Add.1, 8 de febrero de 2005, p. 6, definición B. El texto, ya

Ahora bien, que sean los crímenes más graves del DI no significa que automáticamente van a ser objeto del principio de jurisdicción universal, pues dependerá en todo caso de lo que el DI convencional y general haya previsto para la investigación y enjuiciamiento de dichos crímenes⁴⁰³, así como de que estos crímenes aparezcan recogidos en las legislaciones internas estatales como objeto del principio universal.

2. LOS CRÍMENES DE DERECHO INTERNACIONAL EN SENTIDO AMPLIO

Junto a los crímenes de DI *stricto sensu*, se encuentra los crímenes de DI en sentido amplio, también conocidos como *otros crímenes de trascendencia internacional* (de acuerdo con el ECPI), *crimen transnacional* o *transfronterizo* e, incluso, *crímenes internacionales de segundo grado* (según el profesor Manuel OLLÉ)⁴⁰⁴, crímenes que no han alcanzado el “nivel de *jus cogens*”⁴⁰⁵. Fueron estos delitos de trascendencia universal los primeros delitos objeto del principio de jurisdicción universal, piénsese en la piratería (hoy en día recogida en norma de *ius cogens*)⁴⁰⁶.

A diferencia de aquéllos de primer grado, estos crímenes no vulneran los valores más elevados de la Comunidad Internacional en su conjunto, no atacan bienes jurídicos universales; no se cometen por sujetos que llevan a cabo funciones estatales y, por tanto, no se trata de crímenes perpetrados dentro de un plan estatal⁴⁰⁷. El DI tampoco impone directamente responsabilidad penal a sus

mencionado (*vid. supra* Capítulo I, IV, 3), está anexado a un estudio que, en 1991, el francés Louis JOINET (miembro de la Subcomisión de Prevención de Discriminación y Protección a las Minorías de la ONU) llevó a cabo sobre la impunidad en el caso de perpetraciones de crímenes contra los DDHH. Texto que fue revisado más tarde por Diane ORENTLICHER, disponible en <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G05/109/03/PDF/G0510903.pdf?OpenElement>.

⁴⁰³ VALLEJO PEÑA, C., *El estado de la jurisdicción universal...*, *óp. cit.*, p. 202.

⁴⁰⁴ OLLÉ SESÉ, M., *Justicia universal para...*, *óp. cit.*, pp. 184-200.

⁴⁰⁵ BASSIOUNI, M. CH., “Universal jurisdiction for International crimes...”, *óp. cit.*, p. 20.

⁴⁰⁶ OLLÉ SESÉ, M., “La aplicación del Derecho Penal Internacional por los tribunales nacionales”, GIL GIL, A. y MACULAN, E. (Dirs.), *Derecho penal internacional*, Dykinson, Madrid, 2016, pp. 129-154, p. 138.

⁴⁰⁷ Además, señala Mahmoud Ch. BASSIOUNI que “son normalmente crímenes cometidos por individuos y pequeños grupos, y no son usualmente patrocinados por el Estado. En consecuencia, es más fácil para los Estados reconocer y aplicar la teoría de la universalidad y otras formas de

autores, sino que son los propios Estados los que están obligados por el DI a imponer esa responsabilidad⁴⁰⁸. Tampoco se recogen en normas consuetudinarias, sino convencionales ratificadas por un considerable número de Estados y según las cuales, por un lado, se les obliga “a adoptar las medidas que sean necesarias para tipificar como infracción penal la conducta prohibida, así como a sancionarlos con penas adecuadas a su gravedad” y, por otro, “se establecen normas sobre jurisdicción, entre las que se encuentra la obligación de extraditar o juzgar (*aut dedere aut iudicare*) o la jurisdicción universal, propiamente dicha”⁴⁰⁹.

Como señala Ana CEPEDA, nos encontramos ante una serie de delitos que tienen en común un elemento transfronterizo, que puede ser entendido como un *elemento transnacional fenomenológico* (fenómenos que trascienden las fronteras estatales y afectan normas de diversos países o tienen un impacto de algún tipo en otro Estado) y como un *elemento transnacional normativo* (relacionado con la violación de DDHH, aunque no sea un requisito necesario)⁴¹⁰. Estamos ante “otras muchas conductas que, sin entrar directa o indirectamente en las categorías de crímenes de guerra, genocidio o crímenes contra la humanidad, son también objeto de reprobación a través de convenios o de pronunciamientos de instituciones internacionales en los cuales se reclama de los Estados la adopción de medidas encaminadas a su represión”⁴¹¹.

Estos crímenes transnacionales o de segundo grado, regulados en tratados internacionales⁴¹², se rigen por el principio del *iudex apprehensionis*; esto es, es el Estado donde se encuentra el presunto responsable el que debe investigar y enjuiciar los hechos, pues son hechos que, aunque pudiendo ser reprimidos por el

cumplimiento forzado a estos tipos de actores que hacerlo con respecto a aquellos que llevan a efecto una política estatal” (“Universal jurisdiction for International crimes...”, *óp. cit.*, p. 25).

⁴⁰⁸ “España. Ejercer la jurisdicción universal para acabar con la impunidad”, Serie *Estrechando el Cerco*, núm. 2, Amnistía Internacional, EUR41/017/2008, Amnesty International Publications, Reino Unido, 2008, p. 10, disponible en http://iccnow.org/documents/AI_Spain.pdf. Así lo señala también WERLE, G., *óp. cit.*, p. 93.

⁴⁰⁹ “España. Ejercer la jurisdicción universal para acabar..., *óp. cit.*, p. 11.

⁴¹⁰ Ana I. PÉREZ CEPEDA apunta que nos encontramos ante “un verdadero galimatías legal” (“Ley Orgánica 1/2014, de 13 de marzo: Ley de punto final del principio de justicia universal en España”, *AIDP*, vol. 3, 2015, pp. 10-40, p. 21).

⁴¹¹ SÁNCHEZ LEGIDO, A., *Jurisdicción universal penal...*, *óp. cit.*, p. 222.

⁴¹² “Son sin duda susceptibles de ser perseguidos y sancionados por las legislaciones internas, ocupándose el Derecho internacional únicamente de aunar y coordinar los esfuerzos de dichas legislaciones para conseguir una mayor efectividad de las mismas” (GIL GIL, A. y MACULAN, E., “Qué es el Derecho Penal Internacional”, *óp. cit.*, p. 46).

ius puniendi de cada uno de los Estados, resulta más sencillo hacerlo mediante acuerdos entre los Estados, en el marco de la cooperación penal internacional⁴¹³. Es decir, la protección de este tipo de delitos estaría fundamentada en una política criminal. Nos referimos, entre otros a delitos como delincuencia organizada, delitos económicos y ambientales transnacionales, así como la corrupción y blanqueo de capitales⁴¹⁴.

Es importante tener en cuenta que no todo crimen que tenga cabida en el DI podrá ser considerado un crimen de DI, sino que sólo lo será cuando afecte a la paz y seguridad internacionales⁴¹⁵. Así, a pesar de “la gravedad y relevancia internacional de estos injustos, su comisión da lugar a responsabilidad penal individual en los ordenamientos estatales pero no en la esfera internacional. Los tratados internacionales relevantes imponen a los Estados una obligación de criminalización y persecución pero no prevén que estas acciones se emprendan fuera del marco estatal”⁴¹⁶. Estamos ante lo que se ha calificado de una *responsabilidad penal individual internacional indirecta*⁴¹⁷.

Desde las primeras prácticas legislativas en materia de jurisdicción universal y hasta la actualidad, se han incluido bajo el mismo techo tanto los crímenes de primer grado como los crímenes transnacionales, de forma que se establecen los mismos requisitos para la persecución universal de unos y de otros, a pesar de la confusión que se ha podido crear en cuanto a su naturaleza y su

⁴¹³ “Nos encontramos ante un fundamento basado en la política criminal, en la medida en que se piensa que, en la era de la globalización, la cooperación internacional es necesaria para combatir el crimen, sea internacional o transnacional. Para implementar dicha política, se requiere el cierre de ciertas brechas jurisdiccionales (...) [lo cual] se podría realizar para los delitos transnacionales por medio de la jurisdicción universal limitada, bajo la fórmula *aut dedere aut iudicare*” (PÉREZ CEPEDA, A. I., “Ley Orgánica 1/2014, de 13 de marzo...”, *óp. cit.*, p. 20).

⁴¹⁴ Entre los delitos transfronterizos encontramos, entre otros, el de piratería, la falsificación de moneda, la represión de actos ilícitos de violencia cometidos a bordo de aeronave, el terrorismo, el apoderamiento ilícito de aeronaves, los delitos contra personas internacionalmente protegidas, los actos ilícitos contra la aviación civil, los actos ilícitos contra la seguridad de la navegación marítima, el tráfico ilícito de estupefacientes, la delincuencia organizada transnacional, la trata internacional de personas y el tráfico de estupefacientes. Estos delitos “provocan en la población un sentimiento de desamparo, aunque los daños inmediatos no se sientan de forma tan directa”. Además, necesitan, por un lado, ser codificados y, por otro, como acabamos de señalar, de la cooperación internacional, a pesar de que “las valoraciones socioculturales varían de unos países a otros, porque tales actos traspasan las fronteras del Estado o pueden afectar a los intereses de todos los Estados” (PÉREZ CEPEDA, A. I. “Ley Orgánica 1/2014, de 13 de marzo...”, *óp. cit.*, p. 20).

⁴¹⁵ COLLANTES, J. L., “Crímenes de Derecho Internacional...”, *óp. cit.*, p. 67.

⁴¹⁶ GIL GIL, A. y MACULAN, E., “Qué es el Derecho Penal...”, *óp. cit.*, p. 46.

⁴¹⁷ “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” (MARULLO, M^a., CH., “La lucha contra la impunidad...”, *óp. cit.*, p. 17).

contenido, así como de las obligaciones que se derivan de cada tipo de crímenes para los Estados⁴¹⁸.

3. NUEVAS PROPUESTAS DE CRÍMENES OBJETO DE LA JURISDICCIÓN UNIVERSAL

En 2015, los *Principios de Madrid – Buenos Aires de Jurisdicción Universal* de FIBGAR ampliaron el catálogo de crímenes objeto de la jurisdicción universal. Así, el principio 3 señala:

“Crímenes económicos y medioambientales de persecución universal. La Jurisdicción Universal también será aplicable a los crímenes económicos y contra el medio ambiente que por su extensión y escala afectan gravemente los derechos humanos de grupos o colectividades o supongan la destrucción irreversible de ecosistemas”⁴¹⁹.

Así, los *Principios de Madrid – Buenos Aires de Jurisdicción Universal* señalan en su Preámbulo que estos crímenes del principio 3 “son definidos y se establece su persecución como aspiración dirigida a una protección integral y supervivencia de la humanidad frente a las grandes agresiones económicas, financieras y medioambientales”. Más adelante reiteran que entre los objetivos de los mismos se encuentra el “analizar las nuevas fuentes de impunidad, como la derivada de crímenes económicos y medioambientales” y entre sus novedades, “la persecución universal de crímenes económicos y medioambientales”⁴²⁰.

⁴¹⁸ PÉREZ CEPEDA, A., “Principio de Justicia penal universal *versus...*”, *óp. cit.*, pp. 64-66.

⁴¹⁹ *Principios de Madrid – Buenos Aires de Jurisdicción Universal*, disponible en <https://principiosju.files.wordpress.com/2015/09/versic3b3n-final-ppios-ju-madrid-buenos-aires.pdf>.

⁴²⁰ *Principios de Madrid – Buenos Aires de Jurisdicción Universal*, FIBGAR, 2015. Para PIGRAU SOLÉ, A.: “Probablemente, las más llamativas ausencias en la categoría de más graves crímenes que tienen que ver con el modelo económico hegemónico que se ha convertido en un marco propicio para la violación generalizada de derechos humanos de personas y comunidades, no solamente de los derechos económicos, sociales y culturales, sino también de los derechos civiles y políticos, de manera directa, pero también indirecta, en relación con la crisis ecológica generada por dicho modelo, que se manifiesta en numerosos y graves impactos ambientales: los pasados, los presentes y los que diferirán sus efectos futuros” (“La jurisdicción universal: un instrumento imprescindible en la lucha contra la impunidad, también desde España”, *Teoría y derecho: revista de pensamiento jurídico*, núm. 21, 2017, pp. 70-98, p. 73).

El anexo a los Principios de Madrid – Buenos Aires de Jurisdicción Universal señala:

“Entre los posibles crímenes que se ajustan a la categoría introducida en el Principio 3, cabe destacar los siguientes: los fraudes alimentarios, la especulación de precios sobre productos de primera necesidad de los que dependan la supervivencia o la salud de una generalidad de personas, la explotación laboral de menores y el incumplimiento de los derechos de los trabajadores reconocidos a nivel internacional, la desviación ilícita de fondos internacionales aprobados para paliar catástrofes humanitarias, el tráfico ilícito de armas hacia lugares o zonas de conflicto o con prohibición expresa de exportación por Naciones Unidas, la fuga de corporaciones o extracción masivas de fondos que traten de eludir las responsabilidades pecuniarias derivadas de la comisión de los crímenes contenidos en estos Principios, el aprovechamiento ilícito de bienes de las víctimas de los delitos identificados en estos principios, traslados forzosos de comunidades con fines de explotar los recursos naturales de sus tierras ancestrales, obstrucción ilegal del disfrute de recursos transfronterizos como la contaminación severa de ríos internacionales, la explotación ilícita de recursos naturales que afecten gravemente a la salud, la vida o la convivencia pacífica de las personas con el entorno natural en el espacio donde se produzca la explotación o la destrucción irreversible de ecosistemas”⁴²¹.

Respecto a los crímenes económicos,

“los comportamientos relevantes deberían incluir, entre otros, las violaciones de derechos humanos causadas por las actividades económicas de las empresas derivadas intrínsecamente del objeto de su actividad económica (fabricación de instrumentos de tortura, por ejemplo) o de la ausencia deliberada o negligente de medidas dirigidas a prevenir tales efectos, potencialmente vinculado a su actividad económica (como la introducción en el mercado de productos sin respetar las normas de protección de la salud o la seguridad de los consumidores), las violaciones de derechos humanos derivadas de delitos económicos ya prohibidos por las normas nacionales y/o internacionales –como la corrupción, la evasión fiscal, el blanqueo de dinero- o de otros delitos conectados con la criminalidad

⁴²¹ *Principios de Madrid – Buenos Aires de Jurisdicción Universal*. Los 22 principios fueron consensuados por más de 40 expertos de 12 nacionalidades distintas. Disponibles en: <https://principiosju.files.wordpress.com/2015/09/versic3b3n-final-ppios-ju-madrid-buenos-aires.pdf>.

organizada –como el tráfico ilícito de drogas, el tráfico ilícito de armas o la trata de personas-”⁴²².

Por su parte, la *regionalización* experimentada por el principio de jurisdicción universal en África abarca también crímenes de naturaleza económica, social y cultural y lo han justificado de la siguiente manera: los intereses económicos que conlleva el crimen de piratería, la extensión y repercusión del crimen de apropiación de fondos públicos, el problema del saqueo o pillaje, que también encontramos en el *Estatuto de la Corte Penal Internacional*, y los componentes económicos de la esclavitud.

Por lo que respecta a los crímenes ambientales, la tendencia es establecer dos categorías claras. Por un lado, el *ecocidio*⁴²³, “el daño grave, la destrucción o la pérdida de uno o más ecosistemas en un territorio determinado, ya sea por causas humanas o por otras causas, cuyo impacto provoca que los beneficios ambientales de los que gozaban los habitantes de dicho territorio han sido o serán severamente disminuidos”; y, por otro lado, comprende “algunos comportamientos con impactos ambientales serios, ya previstos en tratados y otros instrumentos internacionales. La captura ilegal de especies de flora y fauna y el comercio ilegal de vida silvestre, el comercio ilegal de sustancias que agotan el ozono, el tráfico ilícito de residuos peligrosos, la pesca ilegal o no declarada; la tala y comercio ilegal de la madera, la extracción y el comercio ilegal de minerales en contextos de conflictos armados, el tráfico ilícito de materiales nucleares o la contaminación masiva del suelo y del subsuelo, de las aguas, o del aire mediante la emisión o el vertido deliberado o negligente de sustancias sólidas, líquidas o gaseosas aptas para producir dicha contaminación”⁴²⁴.

⁴²² PIGRAU SOLÉ, A., “La jurisdicción universal: un instrumento...”, *óp. cit.*, p. 73.

⁴²³ Sobre los orígenes del ecocidio puede consultarse: SOLER FERNÁNDEZ, R., “El ecocidio: ¿crimen internacional?”, *IEEE*, núm. 128, 2017, pp. 2-3, disponible en http://www.ieee.es/Galerias/fichero/docs_opinion/2017/DIEEE0128-2017_Ecocidio_RoselSoler.pdf.

⁴²⁴ PIGRAU SOLÉ, A., “La jurisdicción universal: un instrumento...”, *óp. cit.*, pp. 73-74. En Latinoamérica, especialmente en Ecuador, se han incluido los delitos ecológicos desde una visión indígena (HOMAZÁBAL, H., “La necesidad o prescindibilidad de la Jurisdicción Universal, como mecanismo de protección de las víctimas”, *Relatoría del I Congreso Internacional sobre la jurisdicción universal*, Madrid, 2014, p. 77, disponible en <http://www.fibgar.org/congreso-jurisdiccion-universal/relatoria.pdf>).

Incluso algún autor ha propuesto catalogar la *obsolescencia programada* como un crimen de DI y que, como tal, pudiera ser objeto de la aplicación del principio de jurisdicción universal⁴²⁵.

Nos encontramos ante incipientes propuestas de crímenes de DI ante las que debemos ser cautos y, en todo caso, deberán ser recogidas previamente en una fuente del DI para poder ser consideradas después objeto del principio de jurisdicción universal.

II. LA CONCURRENCIA DE JURISDICCIONES

La jurisdicción penal de un Estado viene regulada por los títulos jurisdiccionales contemplados en su propio ordenamiento: principio de territorialidad, principio de personalidad (activa o pasiva), principio real o de protección y principio universal (*vid. supra* Capítulo I, apdo. I, 1). Cuando se trata de aplicar la jurisdicción penal a hechos acaecidos en el propio territorio, la cuestión es aparentemente sencilla, debiendo el propio Estado ejercer el principio de territorialidad. Sin embargo, la situación se complica cuando nos encontramos ante la aplicación extraterritorial de la ley penal, de forma que la jurisdicción de un Estado puede confluir o concurrir con otras jurisdicciones internacionales (conflictos de jurisdicción vertical) e, incluso, estatales (conflictos de jurisdicción horizontal)⁴²⁶. Como consecuencia, establecer criterios que decidan a qué órgano judicial corresponde ejercer la investigación y el juzgamiento de una persona responsable de un crimen de DI no es una tarea sencilla, pudiendo encontrarnos ante un “laberinto de jurisdicciones” necesitado de “ingeniería jurisdiccional” para poder evitar “paraísos jurisdiccionales” en los que habite la impunidad penal⁴²⁷.

⁴²⁵ HELLMAN MORENO, J., “¿Cómo superar la actual e ineficiente regulación internacional en torno a la obsolescencia programada? La conveniencia de catalogar la obsolescencia programada como un crimen de Derecho Internacional”, *Diario La Ley*, núm. 8819, 8 de septiembre de 2016.

⁴²⁶ DE LA CUESTA, J. L. señala que tres son los niveles de concurrencia desde una perspectiva transnacional e internacional: a. *conurrencia horizontal (trans)nacional*, cuando la concurrencia se da entre jurisdicciones estatales; b. *conurrencia vertical*, entre jurisdicciones nacionales e internacionales; c. *conurrencia horizontal inter(supra)nacional*, entre jurisdicciones internacionales (“Competencias penales nacionales e internacionales...”, *óp. cit.*, p. 738).

⁴²⁷ ALCAIDE FERNÁNDEZ, J., “La complementariedad de la Corte Penal Internacional y de los Tribunales Nacionales: ¿Tiempos de ingeniería jurisdiccional?”, CARRILLO SALCEDO, J. A. (Ed.), *La*

De entre todos los títulos jurisdiccionales, ya se señaló que el lugar de comisión del delito ha sido el criterio tradicionalmente preferido por la doctrina al señalar que al Estado del *locus delicti commissi* le corresponde preferentemente, atendiendo a razones políticas y criminales, la investigación y el enjuiciamiento de los hechos. Así lo han señalado los *Principios de Princeton*⁴²⁸:

“Principio 8 - Resolución de conflictos entre las jurisdicciones nacionales

Cuando más de un Estado haya afirmado o pueda afirmar su jurisdicción sobre una persona y cuando el Estado que tiene a esa persona bajo su custodia no tenga otro fundamento para su jurisdicción que el principio de la universalidad, dicho Estado o sus órganos judiciales, al decidir si han de enjuiciar o extraditar, sustentarán su decisión en una composición equilibrada de los siguientes criterios:

- a) Las obligaciones dimanadas de tratados multilaterales o bilaterales;
- b) El lugar de comisión del delito;
- c) El nexo de nacionalidad del presunto perpetrador con el Estado requirente;
- d) El nexo de nacionalidad de la víctima con el Estado requirente;
- e) Todo otro nexo entre el Estado requirente y el presunto perpetrador, el delito o la víctima;
- f) La probabilidad, buena fe y eficacia del enjuiciamiento en el Estado requirente;
- g) La equidad e imparcialidad de las actuaciones en el Estado requirente;
- h) La conveniencia de las partes y de los testigos, así como la disponibilidad de pruebas en el Estado requirente;
- i) Los intereses de la justicia”.

criminalización de la barbarie. La Corte Penal Internacional, CGPJ, Madrid, 2000, pp. 383-434, p. 431. Se trata de establecer criterios que puedan solucionar conflictos de jurisdicción entre los tribunales nacionales y los tribunales internacionales desechando así “aquellos criterios que, en un intento de corregir las disfunciones reales que el principio [de jurisdicción universal] puede llegar a producir en su rodaje en la práctica jurisprudencial, pueden dejar en cambio vacío de contenido el principio creando ya no sólo lagunas de impunidad para los crímenes más graves, sino nidos de refugio para sus culpables” (RODRÍGUEZ YAGÜE, C., “La justicia universal y el principio de *ne bis in idem*”, ARROLLO ZAPATERO, L. y NIETO MARTÍN, A. (Coords.), *El principio de ne bis in idem en el Derecho penal europeo e internacional*, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, 2007, p. 2, disponible en <http://www.cienciaspenales.net/files/2016/10/10justicia-universal-y-principio-ne-bis-in-idem.pdf>).

⁴²⁸ *Principios de Princeton sobre la Jurisdicción Universal. The Princeton Principles on...*, *óp. cit.*, p. 28. En el mismo sentido, Committee on International Human Rights Law and Practice, *Final Report on the Exercise of Universal Jurisdiction in Respect of Gross Human Rights Offences*, International Law Association, London Conference, 2000.

En los comentarios a los Principios se pone de manifiesto que no pretende ser una lista exhaustiva y, de las diferentes opciones que se plantearon, la opinión generalizada era que debía prevalecer la jurisdicción del lugar donde se había cometido el hecho, atendiendo al criterio de la “jurisdicción natural” pues “debe darse a las sociedades que han sido víctimas de delitos políticos la oportunidad de llevar a sus autores ante la justicia, siempre que el poder judicial de esos países pueda y quiera hacerlo”. Incluso la aplicación del principio de territorialidad vendría amparada por la propia finalidad del principio universal (*vid. infra* apdo. IV) pues, si se trata de luchar contra las lagunas que permiten la impunidad y el Estado territorial persigue de forma efectiva los crímenes, no sería necesario acudir a la jurisdicción universal⁴²⁹.

En todo caso, el hecho de que exista esa preferencia por la jurisdicción territorial no impide que pueda aplicarse el principio de jurisdicción universal y que concurra con el resto de principios jurisdiccionales, lo que nos lleva a deducir que:

“Sobre esta base, los conflictos negativos de jurisdicción no deberían existir, pues ningún Estado con jurisdicción debería poder declinar su facultad-deber de perseguir los hechos, si no es en presencia de la reclamación de otro Estado que también pretenda ejercer (litispendencia) o haya ejercido (cosa juzgada) su propia jurisdicción territorial, o no sobre los mismos hechos”⁴³⁰.

Ahora bien, aun cuando no existe ninguna norma internacional que establezca cómo resolver la confluencia de jurisdicciones penales extraterritoriales⁴³¹, en la resolución de conflictos verticales puede aplicarse el principio de primacía y el principio de complementariedad, también conocido como principio de subsidiariedad⁴³². En lo que respecta a la resolución de

⁴²⁹ VALLEJO PEÑA, C., *El estado de la jurisdicción universal...*, *óp. cit.*, p. 167.

⁴³⁰ OLLÉ SESÉ, M., *Justicia universal para...*, *óp. cit.*, p. 412.

⁴³¹ No existe en el ámbito del DI ninguna norma, convencional ni consuetudinaria que regule la jerarquía en la confluencia de jurisdicciones y así fue reconocido en *The AU-EU Expert Report on the Principle of Universal Jurisdiction*, de 16 de abril de 2009, disponible en <http://register.consilium.europa.eu/doc/srv?l=EN&f=ST%208672%202009%20REV%201>.

⁴³² La regulación de las jurisdicciones internacionales y estatales por el principio de complementariedad surge por la *imposibilidad e innecesaridad* de la elaboración de un tribunal penal internacional *completo y superpuesto* a los Estados, por un lado; por otro está relacionado con

conflictos horizontales, más difíciles de concebir, se suelen aportar razones procesales o políticas.

1. PRINCIPIO DE PRIMACÍA Y PRINCIPIO DE COMPLEMENTARIEDAD

De todos los tribunales penales que han visto la luz hasta nuestros días, ninguno ha sido creado para poder funcionar de forma autónoma en la lucha contra los crímenes de DI más graves contra la humanidad, de forma que no han podido sustituir completamente a los tribunales nacionales. El profesor Ángel SÁNCHEZ LEGIDO apunta una serie de factores que podrían explicar el porqué⁴³³:

“De una parte, sería hoy por hoy inimaginable que los Estados estuvieran dispuestos a aceptar todas las consecuencias que comportaría la creación de un poder judicial mundial vertebrado exclusivamente en torno a instituciones penales supranacionales, tanto por razones políticas, pues difícilmente estarían dispuestos a desprenderse de su *ius puniendi*, (...) como por razones presupuestarias y prácticas, (...). Pero, de otra, es dudoso que tal solución sea incluso deseable, toda vez que asegurar que las jurisdicciones nacionales puedan y deban involucrarse decididamente en la represión de los crímenes de Derecho internacional conlleva ventajas indudables, generando por ejemplo un sentimiento mayor de proximidad en el desempeño de la labor de impartir justicia, lo que podría redundar en reforzar la misión preventiva del Derecho penal internacional”.

El principio de primacía otorga jurisdicción tanto a los tribunales estatales como a los tribunales internacionales en igualdad de términos. Sin embargo, en el supuesto de concurrencia de jurisdicciones primará la jurisdicción internacional. Este principio de primacía de jurisdicción, como veremos, aparece recogido en los Estatutos de los tribunales *ad hoc*. La complementariedad, por su parte, encuentra su origen en una reformulación del citado principio de primacía y ha sido definida, desde un punto de vista funcional, como aquel principio “destinado a otorgar jurisdicción a un órgano subsidiario cuando el órgano principal no puede ejercer

el hecho de que el Derecho Internacional Penal solamente se encargue de los crímenes más graves (PIGRAU SOLÉ, A., “Elementos de Derecho Internacional...”, *óp. cit.*, p. 164).

⁴³³ SÁNCHEZ LEGIDO, A., *Jurisdicción universal penal...*, *óp. cit.*, p. 305.

su primacía de jurisdicción”, bien porque no quiera, bien porque no pueda; de ahí que la complementariedad sea un *medio útil* para que la jurisdicción universal pueda lograr su objetivo⁴³⁴. De hecho, para que podamos hablar de una justicia *eficaz*, los tribunales internos deberán encontrarse en un óptimo funcionamiento, pues así el número de casos que llegarían a los tribunales internacionales sería mínimo. Una firme implementación del principio de complementariedad sería, pues, conveniente y necesaria para esa justicia eficaz⁴³⁵.

1.1 La jurisdicción de la CPI y de los Estados (parte o no) en el Estatuto

Durante las discusiones del Comité Preparatorio para la redacción del Estatuto de la CPI se apostó por el principio de primacía de jurisdicción en el mismo sentido que estaba contemplado en los tribunales *ad hoc* (*vid. infra* 1, 1.3). Sin embargo, pronto fue descartado⁴³⁶ siendo finalmente el principio de complementariedad (también llamado principio de subsidiariedad), el tipificado en el artículo 1 del Estatuto de Roma en los siguientes términos:

“La Corte será una institución permanente, estará facultada para ejercer su jurisdicción sobre personas respecto de los crímenes más graves de trascendencia internacional de conformidad con el presente Estatuto y tendrá carácter

⁴³⁴ PHILIPPE, X., “Los principios de jurisdicción...”, *óp. cit.*, p. 7.

⁴³⁵ Al hablar de firme implementación estamos haciendo referencia, en primer lugar, a un nuevo diseño de las jurisdicciones nacionales que se encuentren por debajo de los niveles internacionalmente aceptados; en segundo lugar, entre los tribunales nacionales en proceso y los internacionales debe darse una profunda colaboración; y, por último, una implementación de todas las normas internacionales relativas a la jurisdicción universal. Y todo ello sin olvidar que “estos tres esfuerzos tienen que llevarse a cabo basándose en dos principios esenciales: la independencia judicial en todos los ámbitos jurisdiccionales y una participación activa de las víctimas en los procesos de ajuste de cuentas” (MARTÍN, V., *óp. cit.*, p. 18).

⁴³⁶ Señala Alejandro RODRÍGUEZ CARRIÓN que el principio de complementariedad ya había sido incluido en el Proyecto de Estatuto creado por la CDI en 1994 (sexto párrafo preambular y artículo 35). Si bien, la redacción final fue el resultado de duras negociaciones, tanto en el Comité *ad hoc* como en el Comité Preparatorio, que dieron lugar a un refuerzo del principio de complementariedad; esto es, se inclinó la balanza hacia la soberanía estatal (“Una evaluación no necesariamente crítica del Estatuto...”, *óp. cit.*, p. 391). “Es más, se tuvo cierto cuidado en dejar claro que las prerrogativas jurisdiccionales eran de los Estados y que la CPI sólo debía actuar excepcionalmente” (CARNEVALI RODRÍGUEZ, R., “Los principios de primacía y complementariedad. Una necesaria conciliación entre las competencias de los órganos penales nacionales y los internacionales”, *Revista de Derecho*, vol. XXIII, núm. 1, julio 2010, pp. 181-200, p. 195).

complementario de las jurisdicciones penales nacionales. La competencia y el funcionamiento de la Corte se regirán por las disposiciones del presente Estatuto”.

En este mismo sentido, el párrafo décimo del Preámbulo señala:

“(...) la Corte Penal Internacional establecida en virtud del presente Estatuto será complementaria de las jurisdicciones penales nacionales”⁴³⁷.

El principio de complementariedad tiene como función la de establecer un equilibrio entre, de un lado, los Estados que, preocupados por el principio de soberanía, quieren “mantener el control de la situación y actuar como protagonistas, no como espectadores”; y, de otro, los Estados “promotores de la justicia internacional [que] consideraron el principio de complementariedad como un medio de dar la última palabra a la Corte Penal Internacional, cuando el Estado no cumple sus obligaciones de buena fe”⁴³⁸, de forma que la CPI mantiene su

⁴³⁷ “El preámbulo del Estatuto de la Corte Penal Internacional consecuentemente subraya que la investigación y el enjuiciamiento de los crímenes internacionales es responsabilidad primaria de los Estados. El preámbulo recuerda que “es deber de todo Estado ejercer su jurisdicción penal contra los responsables de crímenes internacionales” y dispone que “la Corte Penal Internacional establecida en virtud del presente Estatuto será complementaria de las jurisdicciones penales nacionales” (*Los derechos de las víctimas ante la Corte Penal Internacional...*, *óp. cit.*, p. 13). En este sentido, “la Corte Penal Internacional es un órgano judicial permanente, supranacional, con personalidad de derecho público internacional, independiente y autónomo aunque relacionada con el sistema de Naciones Unidas y complementaria a los Estados Miembros, cuya función es juzgar los crímenes más graves de trascendencia para la Comunidad Internacional en su conjunto” (GARRIDO CARRILLO, F. J. y FAGGIANI, V., *óp. cit.*, p. 118).

⁴³⁸ PHILIPPE, X., “Los principios de jurisdicción universal...”, *óp. cit.*, p. 8. “Respecto de los mecanismos de cooperación judicial y desde un punto de vista metodológico y estructural, el debate se desarrolló en torno a dos tendencias opuestas: el modelo de cooperación horizontal y el modelo de cooperación vertical. El primero supone una relación entre los Estados, o sea en ausencia de un tratado no existe una obligación jurídicamente vinculante de cooperar, sino que se acude al principio de reciprocidad; el segundo, en cambio, se deduce de la experiencia de los Tribunales *ad hoc*. Según dicho sistema, el órgano judicial tiene el poder de adoptar actos vinculantes dirigidos a los Estados en materia de cooperación. Apoyaban el primer modelo Estados Unidos, Japón, China, Israel, México y la mayor parte de los Estados Árabes, preocupados por preservar el principio de soberanía estatal en la materia; de ahí, la opción por una solución que se pudiera reconducir al modelo de la extradición y de la asistencia judicial mutua. En cambio, respaldaban el segundo modelo los países integrantes del Grupo de los Estados Afines, convencidos de que era posible dar vida a un sistema de cooperación eficaz sólo si se construía una relación específica y estrecha entre la Corte y los Estados Partes. Al final y por la necesidad de llegar a un acuerdo general al término de la Conferencia de Roma se elaboró un sistema de cooperación “mixta”, que representaba la síntesis entre la soberanía nacional y la soberanía internacional aunque con un cierto predominio hacia la verticalidad” (GARRIDO CARRILLO, F. J. y FAGGIANI, V., *óp. cit.*, p. 118). “Existe cierto consenso en que no parece pertinente clasificar las relaciones de cooperación entre la Corte Penal Internacional y los Estados en las categorías de cooperación horizontal (la que se da entre Estados) o cooperación vertical (la que existe entre los Estados y los Tribunales Penales Internacionales *ad hoc*). Conforme al principio de complementariedad, el sistema de cooperación de los Estados con la Corte Penal

subsidiariedad y se convierte en un *órgano de vigilancia* de la actividad judicial nacional⁴³⁹.

Puede así concluirse que el principio de complementariedad ejerce una doble función: no sólo es, como veremos, un criterio de admisibilidad de asuntos ante la CPI, sino también un mecanismo de vigilancia de la actividad jurisdiccional estatal ⁴⁴⁰, siendo razones prácticas y políticas las que llevaron a su establecimiento⁴⁴¹. De esta manera, cuando los Estados no ejercen su jurisdicción frente a la comisión de un crimen de DI, se activa la jurisdicción complementaria

Internacional tiene elementos de ambos modelos, pues si bien la Corte Penal Internacional es un tribunal internacional, y los Estados Partes del tratado que la establece están obligados a cooperar con ella en la investigación y enjuiciamiento de las situaciones y casos de que conozca, ella no tiene órganos que velen por el imperio de sus decisiones con facultades coercitivas para los Estados”, (CÁRDENAS ARAVENA, C., “La cooperación de los Estados con la Corte Penal Internacional a la luz del principio de complementariedad”, *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, núm. XXXIV, 2010, pp. 281-304, p. 283).

⁴³⁹ GÓMEZ-BENÍTEZ, J. M., “Complementariedad de la Corte Penal Internacional y jurisdicción universal de los tribunales nacionales”, *Derecho Penal y Criminología*, vol. 27, núm. 82, 2006, pp. 37-62, p. 38. En este sentido, Ángel SÁNCHEZ LEGIDO se refiere a un *régimen de subsidiariedad de carácter tutelado* pues, aunque “la jurisdicción nacional es prioritaria, no cabe afirmar sin embargo que la misma goza de primacía” (*Jurisdicción universal...*, *óp. cit.*, p. 310). Así, Mohamed M. EL ZEIDY señala: “The complementary principle is intended to preserve the ICC’s power over irresponsible States that refuse to prosecute those who commit heinous international crimes. It balances that supranational power against the sovereign right of States to prosecute their own nationals without external interference” (*The Principle of Complementary in International Criminal Law. Origin, Development and Practice*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden – Boston, 2008, p. 158). En el mismo sentido, SOLERA, O., “Complementary Jurisdiction and International Criminal Justice”, *International Review of the Red Cross*, vol. 84, núm. 845, marzo 2002, pp. 145-171, p. 145-147, disponible en <https://www.icrc.org/eng/assets/files/other/145-172-solera.pdf>.

⁴⁴⁰ “Complementarity is a matter of admissibility in the Rome Statute, but also a guiding principle of the ICC’s relationship to the national jurisdictions”, KRINGS, B. L., “The Principles of ‘Complementarity’ and Universal Jurisdiction in International Criminal Law: Antagonists or Perfect Match?”, *Goettingen Journal of International Law*, vol. 4, núm. 3, 2012, pp. 737-763, p. 740.

⁴⁴¹ Respecto de las primeras, las razones prácticas, nos encontramos ante la incapacidad de la CPI de hacerse cargo de todos los asuntos que le pudieran plantear. Ello, unido al hecho de que las investigaciones en el terreno donde han sucedido los hechos facilitarían la labor jurisdiccional, llevó al establecimiento del principio de territorialidad. No olvidemos que el enjuiciamiento doméstico conllevaría una función preventiva general en el Estado de comisión del crimen y, además, la investigación y enjuiciamiento puede llevarse de forma más diligente. Ahora bien, la crítica que se le puede hacer a este principio de territorialidad, que ya fue acusada en los tribunales *ad hoc*, es el hecho de que sean los propios tribunales nacionales los que se encarguen de juzgar hechos acaecidos en su propio Estado, pudiendo encontrarnos con intereses subjetivos de diversa índole que puedan dar lugar a la perpetuidad de la impunidad. En este orden de cosas, entendemos que el ejercicio de la jurisdicción universal por tribunales de otros Estados puede ayudar a solventar la crítica y, al mismo tiempo, descargar de trabajo a la CPI. En cuanto a las segundas, las razones políticas, debemos tener en cuenta que el *ius puniendi* de un Estado va unido indisolublemente a su soberanía, soberanía que los Estados recelan de forma continua. No obstante, “es preciso resaltar que las competencias de los Estados no se ven en absoluto cuestionadas, por el contrario, se complementan con las de la CPI -no se produce una cesión de competencias-. En caso de actuación de la CPI cuenta a su vez con la cooperación de los Estados, conforme se deduce de las obligaciones contraídas al haber ratificado el Estatuto de Roma” (CARNEVALI RODRÍGUEZ, R., *óp. cit.*, p. 196). Es por ello que el establecimiento del principio de complementariedad fue la solución intermedia ante el establecimiento de una jurisdicción internacional de carácter permanente.

de la CPI. Sin embargo, no contempla el Estatuto de Roma ningún precepto que haga referencia a la naturaleza de la actuación estatal, limitándose el párrafo 6º de su Preámbulo a señalar:

“Es deber de todo Estado ejercer su jurisdicción penal contra los responsables de crímenes internacionales”.

Partiendo de la idea de que el Preámbulo no tiene valor vinculante no queda claro, por tanto, si estamos ante una obligación para todos los Estados parte en el Estatuto o de todos los Estados, parte o no, de ejercer su jurisdicción; ni tampoco si dicha obligación es respecto de todos los crímenes de DI o sólo se refiere a los crímenes contemplados en el propio Estatuto. La opinión mayoritaria señala que, sólo los Estados parte tendrían primacía frente a la jurisdicción de la CPI y que a ellos correspondería la lucha contra la impunidad en primer lugar, debido a sus compromisos, no sólo internos sino también internacionales contemplados en los diversos convenios de los que sean parte⁴⁴². Además, los Estados deberían adaptar su ordenamiento interno a la letra del Estatuto de la CPI⁴⁴³, tal y como lo señaló la

⁴⁴² Sobre la obligación de los Estados parte en el Estatuto de Roma de ejercer su jurisdicción puede consultarse: STRAPATSAS, N., “Universal Jurisdiction and the International Criminal Court”, *The Manitoba Law Journal*, vol. 29, núm. 1, 2002, pp. 1-31; TRIFFTERER, O., “Domésticos de ratificación e implementación”, AMBOS, K. (Coord.), *La nueva justicia penal supranacional. Desarrollos post-Roma*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, pp. 24-36; REMIRO BROTONS, A., “La responsabilidad penal individual por...”, *óp. cit.*, pp. 193-236; y SÁNCHEZ LEGIDO, A., *Jurisdicción universal penal...*, *óp. cit.*, pp. 303-319.

⁴⁴³ “In order for national authorities to invoke their primacy entitlement it is imperative that they adopt legislation that transposes all the offenses in the ICC Statute –although they are not under an obligation to do so– otherwise their courts will not be able to assert jurisdiction over the relevant offences” (BANTEKAS, I., *International Criminal Law*, Hart, 4ª ed., Oxford 2010, p. 429). La implementación del Estatuto de Roma en los ordenamientos internos conlleva, por un lado, la adecuación del Derecho penal interno, sustantivo y procesal, a los estándares internacionales con los que se ha comprometido el Estado y, por otro lado, la posibilidad que se ofrece al Estado de ejercer el principio de jurisdicción universal respecto a esos crímenes (QUESADA ALCALÁ, C., *La Corte Penal Internacional y la soberanía estatal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, pp. 358-363). En el ámbito europeo, “con el objetivo de hacer frente a estas disparidades legales y llenar los vacíos en la legislación, se han llevado a cabo esfuerzos para mantener un enfoque consistente del uso de la jurisdicción universal en Europa a través de la aproximación de la legislación y la armonización de los estándares europeos respecto al ejercicio de la jurisdicción extraterritorial. Un enfoque común a la aplicación de la jurisdicción universal dentro de la Unión Europea estaría acorde con el fuerte compromiso de la UE a favor de la Corte Penal Internacional y ayudaría a la cooperación judicial estatal. Es por ello que se ha planteado una propuesta para adoptar una decisión marco de la UE sobre crímenes internacionales incluyendo definiciones de los crímenes bajo el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional y la Convención Contra la Tortura. Esto podría ayudar a aproximar los marcos normativos existentes y también quizás el nivel de las penas”, *Los derechos de las víctimas ante la Corte Penal Internacional...*, *óp. cit.*, p. 14.

Asamblea de Estados parte en 2003⁴⁴⁴. Y todo ello porque el Estatuto no incorpora un precepto que contemple la obligación de los Estados parte de investigar y enjuiciar; pues lo que recoge el Estatuto de Roma en su artículo 1 es el *compromiso* de los Estados parte de ejercer su jurisdicción ante los crímenes más graves contra el DI⁴⁴⁵. Incluso, como señala el profesor Juan Jorge PIERNAS LÓPEZ, el hecho de que la CPI no se creara por una resolución del CS (como los tribunales *ad hoc*), sino a través de un tratado internacional, da muestras de la *mayor sensibilidad* que tiene la CPI con las jurisdicciones estatales. El principio de complementariedad es, en suma, imperfecto, porque no existe en el Estatuto de la CPI⁴⁴⁶. De ahí la proposición que hicieran los propios Estados parte en el Estatuto de establecer en un Protocolo Facultativo o Adicional al mismo la obligación de forma expresa del ejercicio de su jurisdicción respecto a aquellos crímenes⁴⁴⁷, pero que finalmente no vio la luz.

Partiendo de esta premisa, nos encontramos con autores que defienden la *primacía última* de la Corte, no de los Estados, en el caso de la investigación y

⁴⁴⁴ “Recuerda que la ratificación del Estatuto de Roma se debe complementar con la ejecución en el plano nacional de las obligaciones dimanadas de ese instrumento especialmente mediante leyes de ejecución, en particular en las esferas del derecho penal y la cooperación judicial con la Corte y, a ese respecto, alienta a los Estados Partes en el Estatuto de Roma que todavía no lo hayan hecho a que promulguen con carácter prioritario dichas leyes de ejecución”, Resolución ICC-ASP/2/Res./, aprobada en la quinta sesión plenaria celebrada el 12 de septiembre de 2003, disponible en https://asp.icc-cpi.int/iccdocs/asp_docs/Resolutions/ICC-ASP-ASP2-Res-07-SPA.pdf.

⁴⁴⁵ “Si en *Núremberg* la palabra clave es “autonomía” por la necesidad de desvincular los crímenes contra la humanidad de los derechos internos, en *Roma* la idea-fuerza es “complementariedad” al apostarse implícitamente por la construcción también mediante los ordenamientos jurídicos internos y los tribunales internos” (VIVES CHILLIDA, J., “La evolución jurídica internacional de los crímenes...”, *óp. cit.*, pp. 329-383, 375).

⁴⁴⁶ PIERNAS LÓPEZ, J. J., “La Corte Penal Internacional y las jurisdicciones nacionales a la luz del principio de complementariedad”, *AEDI*, vol. 31, 2015, pp. 115-154, p. 118. Y esta ha sido, precisamente, una de las seis razones por las que Antonio CASSESE ha apoyado la creación de una Corte Penal Internacional, debido sobre todo a la “debilidad de la represión interna”. Veámoslas: La primera de ellas es el poco uso que los Estados han hecho del DIH, no demandando a otros Estados ante la CIJ aún siendo responsables de crímenes de genocidio. La segunda, los crímenes internacionales suponen una violación del DI, por lo tanto son los jueces internacionales los que deben conocer de los mismos. Tercera, los tribunales de los Estados pueden verse más limitados por el poder político del propio Estado de lo que se puede ver un tribunal internacional. Cuarta razón: respecto a las penas, existe menos oposición a castigar un crimen cuando la pena es impuesta por un tribunal internacional que por un tribunal nacional. Quinta, cuando se trata de crímenes que afectan a varios Estados, la investigación de los mismos es más fácil desde la instancia internacional. Sexta y última, la utilización de la justicia internacional en la persecución de los crímenes internacionales, especialmente respecto de los criminales de guerra, permitiría una homogeneización de las penas (“Reflections on International Criminal Justice”, *The Modern Law Review*, vol. 61, núm. 1, January, 1998, pp. 1-10, pp. 6-8).

⁴⁴⁷ AKHAVAN, P., “Winter National Courts? The Rome Statute’s Missing Half. Towards an Express and Enforceable Obligation for the National Repression of International Crimes”, *JICJ*, vol. 8, núm. 5, 2010, pp. 1245-1266.

enjuiciamiento de los crímenes que se recogen en el Estatuto. En este sentido, el profesor Manuel OLLÉ señala que así se deduce del articulado del Estatuto de Roma:

“La competencia de la Corte es supletoria –o complementaria- respecto de la de los tribunales nacionales; pero el principio de complementariedad de la CPI, según el art. 17 ECPI, no puede ser interpretado si no es en concordancia con el *principio de supremacía* de la propia CPI sobre los tribunales nacionales”.

Y basa su afirmación en dos aspectos: en primer lugar señala que es la CPI, incluso de oficio, la que decide si interviene o no cuando los tribunales nacionales no tienen capacidad o voluntad de actuar (art. 19). Es más, si los tribunales estatales hubieran juzgado el crimen pero la CPI entiende que la investigación y el proceso fueron en *fraude de ley*, podrá actuar (art. 20.3); en segundo lugar, la supremacía de la CPI se manifiesta también cuando el CS envía al Fiscal “una situación” (art. 13.b), ya que siempre podrá la Corte actuar con independencia de dónde se cometiera el crimen, de la nacionalidad del autor o de las víctimas, ya sean Estados parte del Estatuto o no⁴⁴⁸. Ahora bien, como señala el profesor

⁴⁴⁸ “Este sistema de primacía-complementariedad es inoperante entre tribunales nacionales porque ninguno de éstos tiene preeminencia sobre los demás. Las relaciones entre tribunales nacionales son relaciones entre iguales y no pueden ser reguladas por las previsiones establecidas para una relación jerárquica, como es la que existe entre la CPI y los tribunales nacionales” (OLLÉ SESÉ, M., *Justicia universal para...*, *óp. cit.*, pp. 413-415). En este sentido, Héctor OLÁSULO señala que los Estados cedieron a la CPI la *primacía material*, esto es, la facultad de decidir si interviene o no ante la comisión de un crimen de DI de los recogidos en el Estatuto, siendo ésta, seguramente, una de las cesiones de soberanía más importantes llevadas a cabo por los propios Estados (*Ensayos de derecho penal y procesal internacional*, Tirant lo Blanch, Valencia 2011, pp. 61-62). “Se define así un modelo de relación entre jurisdicciones estatales, si bien en última instancia esta relación se traduce en una primacía de la jurisdicción internacional como consecuencia del ejercicio de la “competencia de la competencia” que el propio Estatuto atribuye a la Corte” (JIMÉNEZ GARCÍA, F. y GARCÍA SÁNCHEZ, B., “Propuesta de Convención universal sobre el principio de justicia universal”, PÉREZ CEPEDA, A. (Dir.), *El principio de Justicia Universal: Fundamentos y límites*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, pp. 179-232, pp. 204-205). En el mismo sentido: HENZEN, M., *Le principe de l’universalité en droit pénal international*, Helbing & Lichtenhahn, Bruylant, 2000, p. 392. “Competencia de la competencia” que ya fue señalada como una característica de los tribunales internacionales en el asunto *Nottebohm*, excepciones preliminares, Sentencia de 18 de noviembre de 1953, CIJ *Recueil* 1953, pp. 119-120. También RODRÍGUEZ YAGÜE, C., al apuntar que “ese carácter de preferencia de las jurisdicciones nacionales no debe ser confundido con un carácter de primacía de éstas últimas. Y ello porque están sometidas al control de la propia CPI que, como se acaba de ver, conserva la facultad de comprobar que la persecución de un crimen internacional por una jurisdicción nacional se realice con el único fin legítimo de constatar la responsabilidad de un sujeto y no para, eludiendo el enjuiciamiento de la Corte, garantizar su impunidad” (“La justicia universal y el principio de...”, *óp. cit.*, p. 10, disponible en <http://www.cienciaspenales.net/files/2016/10/10justicia-universal-y-principio-ne-bis-in-idem.pdf>). En el mismo sentido, Joaquín ALCAIDE FERNÁNDEZ señala que la CPI tiene *competencia*

Georges ABI-SAAB, la cuestión que se nos plantearía es si la CPI tiene capacidad real o voluntad de ejercer su jurisdicción en todos los casos⁴⁴⁹. Pero ese es un aspecto que excede del objeto de esta Tesis.

Junto a la mencionada opinión mayoritaria, otros autores afirman que lo señalado en el Preámbulo, junto a la entrada en vigor del Estatuto, constituye la cristalización de una norma consuetudinaria consistente en la *obligación*, no *derecho*, de “todo Estado” de luchar contra la impunidad ejerciendo su *ius puniendi* frente a los crímenes de DI y no sólo frente a los contemplados en el Estatuto⁴⁵⁰.

Por último, otra postura es la mantenida por quienes señalan que el Estatuto contiene obligaciones sólo para aquellos Estados parte en cuyo territorio han ocurrido los crímenes, ya que él no puede ser un título para obligar a ejercer su jurisdicción penal sobre hechos ocurridos en otros Estados no parte y más teniendo en cuenta que la propia CPI no posee jurisdicción universal sino que esta queda limitada temporal, objetiva y territorialmente⁴⁵¹.

En todo caso, lo que sí parece estar claro es que los Estados aplicarán su *ius puniendi* en su territorio como manifestación de su soberanía a través del principio de territorialidad y no por lo establecido en el Estatuto que, como hemos señalado, no incluye ningún precepto que lo indique. Son, por tanto, los Estados (todos) los que deben investigar y enjuiciar a los presuntos responsables de todos los crímenes de DI y no sólo de los crímenes recogidos en el Estatuto de la CPI⁴⁵², de acuerdo con su propio ordenamiento y con las normas internacionales a las que se hayan vinculado, pues no hay en el Estatuto de la CPI un precepto que establezca tal obligación de investigar y enjuiciar sólo para los Estados parte⁴⁵³.

sobre su competencia, de forma que “las jurisdicciones penales nacionales tienen una preferencia tutelada y la CPI puede deshacer la presunción a favor de esas jurisdicciones penales nacionales, al punto de que algún autor ha escrito sobre la “conurrencia preferente de la CPI” (“La complementariedad de la Corte Penal...”, *óp. cit.*, p. 431.

⁴⁴⁹ ABI-SAAB, G., “The proper Role of Universal Jurisdiction”, *JICJ*, núm. 1, 2003, pp. 596-602.

⁴⁵⁰ WOUTERS, J. “The Obligation to Prosecute International Law Crimes”, *The Need for Justice and Requirements for Peace and Security, Proceedings of the Bruges Colloquium*, 9-10 September 2004, pp. 17-32, p. 21.

⁴⁵¹ TOMUSCHAT, CH., “The duty to prosecute international crimes committed by individuals”, CREMER, H-J., GIEGERICH, Th., RICHTER, D. and ZIMMERMANN, A. (Eds.), *Tradition und Weltoffenheit des Rechts: Festschrift für Helmut Steinberger*, vol. 1, Springer, Berlín, 2002, pp. 315-349.

⁴⁵² CRYER, R., *Prosecuting international Crimes, Selectivity and the International Criminal Law Regime*, Cambridge University Press, Cambridge, 2005, p. 144.

⁴⁵³ NOUWEN, S. M. H., *Complementarity in the line of fire. The Catalysing Effect of the International Criminal Court in Uganda and Sudan*, Cambridge University Press, Cambridge 2013, pp. 36-37;

El siguiente paso, entonces, es saber cuándo la CPI debe actuar ante la inactividad de un Estado parte. Para ello, en el Estatuto se establecen las condiciones de ejercicio necesarias para la operatividad del principio de complementariedad; esto es, se establecen una serie de requisitos que nos permiten medir si las jurisdicciones nacionales de los Estados miembros están o no actuando adecuadamente y, solamente en el caso de que no fuere así, puede la CPI ejercer su jurisdicción que complementarí­a aquella inactividad o actividad inadecuada de las jurisdicciones estatales.

La primera de esas condiciones se refiere a la competencia objetiva, esto es, que el crimen objeto de jurisdicción sea uno de los que el Estatuto recoge en sus artículos 5 a 8, elenco cerrado que comprende el crimen de genocidio, los crímenes de lesa humanidad, los crímenes de guerra y el crimen de agresión. La segunda condición es de carácter temporal, pues el artículo 11.1 del Estatuto señala que: “La Corte tendrá competencia únicamente respecto de crímenes cometidos después de la entrada en vigor del presente Estatuto” (que tuvo lugar el 1 de julio de 2002). La tercera condición viene recogida en cuatro apartados en el artículo 17 que señalan que, junto al *non bis in idem* (apartado c) y falta de gravedad del crimen (apartado d)⁴⁵⁴, la Corte inadmitirá el asunto cuando:

- a. El asunto sea objeto de una investigación o enjuiciamiento por un Estado que tenga jurisdicción sobre él salvo que éste no esté dispuesto a llevar a cabo la investigación o el enjuiciamiento o no pueda realmente hacerlo;
- b. El asunto haya sido objeto de investigación por un Estado que tenga jurisdicción sobre él y éste haya decidido no incoar acción penal contra la persona de que se trate, salvo que la decisión haya obedecido a que no esté dispuesto a llevar a cabo el enjuiciamiento o no pueda realmente hacerlo”.

STAHN, C., “One step forward, two steps back?: Second thoughts on a “Sentence-based” Theory of Complementarity”, *Harvard International Law Journal*, vol. 53, April 2012, pp. 183-196, p. 184, disponible en http://www.harvardilj.org/wp-content/uploads/2012/04/HILJ-Online_53_Stahn.pdf.

⁴⁵⁴ Respecto al apartado c) del artículo 17 se recoge el ya conocido principio de *non bis in idem* o, lo que es lo mismo, la imposibilidad de juzgar a una persona dos veces por un mismo acto (*vid. infra* apdo. III, 2, 2.2). Respecto a la gravedad del delito contemplada en el apartado d), sólo los delitos más graves pueden ser competencia de la Corte. Sin embargo, las dos condiciones señaladas, como bien apunta PHILIPPE, X.: “ofrecen otra fuente de poder discrecional para aplicar el principio de complementariedad y definir la estrategia penal de la CPI”, pues dicho poder se encuentra repartido entre la Fiscalía, la Sala de Cuestiones Preliminares y el CS de las Naciones Unidas, de forma que “el poder de los Estados miembros en este debate probablemente se limite a los casos de desacuerdo” (“Los principios de jurisdicción universal y complementariedad: su interconexión”, *International Review of the Red Cross*, núm. 862, junio 2006, p. 11).

Tras una lectura del artículo 17 del Estatuto, podemos afirmar que la CPI no intervendrá si un asunto es, ha sido o está siendo investigado o enjuiciado por un Estado con jurisdicción sobre el mismo excepto que el Estado no quiera, o no tenga, capacidad real de investigación o enjuiciamiento⁴⁵⁵. Por tanto, las preguntas clave son ahora tres:

a) ¿Qué es una investigación o un enjuiciamiento real? La idea de los promotores del principio de complementariedad fue, en realidad, asegurarse de que los crímenes de DI serían en verdad investigados y sancionados por los Estados, pero el empleo de la palabra “realmente” aportaba más objetividad al análisis que debía hacer la CPI⁴⁵⁶; esto es, el término pareció más neutral que “efectivamente” o “debidamente”, de forma que es el propio Estado el responsable de demostrar la falta de una investigación y de un enjuiciamiento real⁴⁵⁷. Así, por ejemplo, en el caso de que la CPI dicte una orden de detención, será el Estado que quiera acreditar su actividad el que deberá probarla para cumplir con los requisitos establecidos en el artículo 17 del Estatuto⁴⁵⁸.

b) La segunda pregunta a la que debemos encontrar respuesta es la de cómo saber si “hay o no disposición a actuar en un asunto determinado” por parte del Estado que tiene jurisdicción. Para averiguarlo, la Corte examinará de acuerdo con el artículo 17, párrafo 2, los siguientes extremos:

⁴⁵⁵ El artículo 17 del Estatuto de la CPI y su complejidad ha sido denunciado por la doctrina señalando que “se evidencia la inconveniencia de la jurisdicción complementaria que, bien al contrario, entra en una competencia absurda con los órganos nacionales, debiendo decidirse en cada caso concreto si los Estados están en condiciones de juzgar un determinado asunto” (NIEVA-FENOLL, J., “El principio de justicia universal, Una solución deficiente para la evitación de hechos repugnantes”, *REDI*, vol. LXV, 2013, pp. 131-149, p. 144). En el mismo sentido, RODRÍGUEZ YAGÜE, C., “El principio de justicia universal y los conflictos positivos de concurrencia de jurisdicciones nacionales y supranacionales”, GARCÍA RIVAS, N., *El Derecho Penal frente a la inseguridad global*, Bomarzo, Madrid, 2007, pp. 27-83.

⁴⁵⁶ Para EL ZEIDY, M. M., “(...) the main idea behind the entire system of complementarity is to ensure the States carry out their duties of investigation, prosecution and trial in a manner that achieves the goals behind the Rome Statute”. Y añade que, aunque ni el Estatuto ni las Reglas de la CPI, definen el término “realmente”, “it has been argued that the most “resemblance to genuineness is perhaps the concept of good faith”, *óp. cit.*, p. 164.

⁴⁵⁷ PHILIPPE, X., “Los principios de jurisdicción universal...”, *óp. cit.*, pp. 9-10, citando a HOLMES, J. T., “Complementary: National courts versus the ICC”, CASSESE, A., GAETA, P., JONES, J. R. W. R. (Eds.), *The Rome Statute of the International Criminal Court: A commentary*, Oxford University Press, Oxford, 2002, p. 672.

⁴⁵⁸ PIERNAS LÓPEZ, J. J., “La Corte Penal Internacional y...”, *óp. cit.*, p. 119.

- a) Que el juicio ya haya estado o esté en marcha o que la decisión nacional haya sido adoptada con el propósito de sustraer a la persona de que se trate de su responsabilidad penal por crímenes de la competencia de la Corte (...);
- 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”.

Como ha señalado la Fiscalía de la Corte⁴⁵⁹, determinar si hay falta de disposición o no, es una cuestión empírica, de forma que debemos preguntarnos si existen o no investigaciones o enjuiciamientos por parte del Estado que nos lleven a hablar de actividad jurisdiccional, de ahí que será el criterio de inactividad (no mencionado en el artículo 17 del ECPI, pero si incorporado por la práctica de la Fiscalía) el que podrá responder a la pregunta. En este sentido, podemos afirmar que la “falta de disposición” implica la ausencia de una actitud positiva por parte del Estado al investigar y enjuiciar a los perpetradores de crímenes internacionales⁴⁶⁰. En algunos casos, no cabrá duda, pues hay Estados que ni

⁴⁵⁹ El *Documento de política general sobre exámenes preliminares*, publicado por la Fiscalía de la CPI en noviembre de 2013, apartado 47, p. 13, en relación con la Complementariedad de Justicia, señala: “Como lo ha confirmado la Sala de Apelaciones, la primera cuestión en la evaluación de la complementariedad es una cuestión empírica: si existen o han existido investigaciones o enjuiciamientos nacionales pertinentes. (...) La ausencia de procedimientos nacionales, es decir, la inactividad interna, es suficiente para que el caso sea admisible. La cuestión de falta de voluntad o de capacidad no se plantea y la Fiscalía no necesita considerar los demás factores estipulados en el artículo 17. Las Salas de la Corte han dicho, además, que esta evaluación no puede realizarse sobre la base de procedimientos nacionales hipotéticos que puedan tener lugar en el futuro o no: debe hacerse sobre la base de los hechos concretos tales como existen en el momento. La determinación (...) se hace caso a caso (...)” (disponible en <https://www.icc-cpi.int/iccdocs/otp/OTP-Policy-Paper-on-Preliminary-Examinations--November2013-SPA.pdf>).

⁴⁶⁰ La Fiscalía, en el *Documento de política general sobre exámenes preliminares*, publicado en noviembre de 2013, señala diversos indicadores que nos pueden dar una idea de qué entendemos por el “propósito de sustraer a una persona” en su apartado 51, p. 14 (“medidas manifiestamente insuficientes durante la investigación o el enjuiciamiento; (...) pasar por alto pruebas o asignarles un peso insuficiente; intimidación de víctimas, de testigos o de personal judicial; incongruencia entre decisiones frente a la prueba presentada; insuficiencias manifiestas en la formulación de cargos y los modos de responsabilidad en relación con la gravedad de la conducta alegada y el rol atribuido al acusado; conclusiones judiciales equivocadas a causa de una identificación errónea, un examen forense defectuoso, fallas en la divulgación, pruebas fabricadas, declaraciones manipuladas o extraídas mediante coacción, o decisiones indebidas de admisión o no admisión de pruebas; falta de asignación de recursos al procedimiento de que se trata en comparación con la capacidad global, y negativa a dar información a la CPI o a cooperar con ella); o una idea acerca de que se considera “una demora injustificada” en su apartado 52, p. 15 (“La demora injustificada en el procedimiento

siquiera quieren ocultar su falta de intención de hacer comparecer a los criminales ante la justicia⁴⁶¹, derivando su jurisdicción a la CPI. Sin embargo, en otros será inevitable establecer un umbral. La responsabilidad de la Corte será, por tanto, debatir todos los elementos a fin de determinar si existe falta de disposición o no, debiendo de estar a la aplicación práctica de aquellos elementos al caso concreto y teniendo en cuenta la apreciación subjetiva de estos. En todo caso, debe prestarse atención en estos casos, además, a determinadas instituciones que puedan existir en el Estado y su aplicación, como son las leyes de punto final, las inmunidades, los indultos o las amnistías, pues pueden constituir obstáculos al ejercicio de la justicia universal (*vid. infra* Capítulo III, apdo. I, 1)⁴⁶².

de que se trata puede evaluarse a la luz de indicadores tales como los siguientes: el ritmo de las medidas y procedimientos de investigación; si la demora en el procedimiento puede justificarse objetivamente a la luz de las circunstancias, y si hay pruebas de falta de intención de hacer comparecer a la persona de que se trate ante la justicia"); o, por último, que podríamos entender por falta de independencia ("La independencia en el procedimiento de que se trata puede evaluarse a la luz de indicadores tales como, entre otros, los siguientes: el supuesto involucramiento del aparato del Estado, incluyendo a personal del departamento encargado del orden público, en la comisión de los crímenes alegados; el papel y los poderes constitucionales de que están investidas las distintas instituciones del sistema de justicia penal; el grado de incidencia en el nombramiento y destitución de investigadores, fiscales y jueces sobre la regularidad del proceso en cuestión; el hecho de que presuntos autores pertenecientes a instituciones gubernamentales se beneficien de un régimen de inmunidad y privilegios jurisdiccionales; injerencia política en la investigación, la acusación o el juicio; recurso a instancias extrajudiciales, y corrupción de investigadores, fiscales y jueces") o imparcialidad del proceso ("La imparcialidad en el procedimiento de que se trata puede evaluarse a la luz de indicadores tales como, entre otros, los siguientes: conexiones entre los sospechosos y las autoridades competentes a cargo de la investigación, el enjuiciamiento o la sentencia respecto de los crímenes, así como declaraciones públicas, premios, sanciones, promociones o descensos de categoría, asignación de destinos, destituciones o represalias en relación con el personal encargado de la investigación, personal de la fiscalía o personal judicial"), apartados 53 y 54 respectivamente, p. 15. Ver también EL ZEIDY, M. M., *óp. cit.*, pp. 168 y ss.

⁴⁶¹ Son los conocidos como *self-referrals* o criterio de la admisibilidad indiscutible (*uncontested admissibility*) y son la práctica totalidad de los casos llevados ante la Corte. "A este respecto, (...) en los casos de *self-referrals* la ausencia de procedimientos puede provenir, no tanto de la incapacidad del sistema nacional para juzgar los crímenes en cuestión, sino simplemente de que no lo ha hecho y, lo que es más, que prefiere no hacerlo remitiendo el caso a la Corte Penal Internacional" (PIERNAS LÓPEZ, J. J., "La Corte Penal Internacional y...", *óp. cit.*, pp. 120-121).

⁴⁶² En este sentido, la Sentencia de la Sala Segunda del TC, núm. 237/2005, de 26 de septiembre, Fundamento de Derecho 4^º, asunto *Guatemala*, señala: "el Tribunal Constitucional español recuerda que el artículo 23.4 LOPJ reconoce el principio de jurisdicción universal y que el principio de concurrencia de jurisdicciones es inmanente al mismo. La subsidiariedad se comporta de forma complementaria –no opuesta– a la concurrencia de jurisdicciones. En consecuencia, la prioridad del lugar de comisión (territorialidad) solo sirve para evitar duplicidad de procesos y *bis in idem*. Al respecto, solo es necesario acreditar que no están siendo enjuiciados los crímenes en el lugar de su comisión, o bien que es previsible la no efectiva persecución en plazo próximo. No es necesario acreditar el rechazo previo de la denuncia o querrela". De ahí que la profesora Teresa VICENTE GIMÉNEZ se refiera a ello como una *subsidiariedad crítica*, "pues la Corte puede asumir un asunto si considera que no hay disposición o capacidad para actuar a nivel estatal, o que el juicio realizado ha obedecido al propósito de sustraer al acusado de su responsabilidad penal, no ha sido instruido de forma independiente o imparcial o lo ha sido de manera incompatible con la intención de someter a la persona a la acción de la justicia (art. 20.3)" ("La justicia universal como justicia reparatoria...", *óp.*

c) La tercera pregunta que debemos plantearnos es si el Estado tiene o no capacidad suficiente para investigar o enjuiciar. Para ello el apartado 3 del artículo 17 del Estatuto señala:

“3. A fin de determinar la incapacidad para investigar o enjuiciar en un asunto determinado, la Corte examinará si el Estado, debido al colapso total o sustancial de su administración nacional de justicia o al hecho de que carece de ella, no puede hacer comparecer al acusado, no dispone de las pruebas y los testimonios necesarios o no está por otras razones en condiciones de llevar a cabo el juicio”.

Una vez formuladas estas preguntas, debemos analizar el funcionamiento de los principios de primacía y complementariedad como criterios resolutivos de los conflictos que puedan surgir ante las “jurisdicciones concurrentes” (“*concurrent jurisdictions*”), más concretamente entre una jurisdicción estatal y una internacional, cuando interactúen los diferentes títulos jurisdiccionales (principio de territorialidad, principio de personalidad, principio real o de protección y principio de jurisdicción universal) ante la investigación y el enjuiciamiento de la comisión de un crimen de DI⁴⁶³. Ahora bien, dicha concurrencia sólo puede darse entre los llamados crímenes de DI en sentido estricto (*vid. supra* apdo. I, 1), pues en los crímenes de DI en sentido amplio o crímenes transnacionales se establece, como hemos visto (*vid. supra* apdo. I, 2), la obligación de los Estados en los tratados internacionales que los regulan de

cit., p. 178). “La situación de inactividad, que se configura así como condición necesaria del ejercicio de la jurisdicción universal en la mayoría de casos, resulta evidente, como ha puesto de manifiesto el Pleno de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, cuando los órganos judiciales se encuentran sometidos a presiones por los poderes gubernamentales o fácticos y existe un clima de acoso o temor que impide el desempeño de las funciones judiciales en la serenidad e imparcialidad que son necesarias para juzgar, o cuando se dicta una legislación que constituye un blindaje para los imputados” (ORIHUELA CALATAYUD, E., “Justicia universal y...”, *óp. cit.*, p. 145). Con los requisitos del artículo 17 se trata, entre otros, de evitar los *procesos maquillaje*, “de comprobar si se ha realizado con la intención de sustraer a los presuntos implicados de la responsabilidad penal, porque se tardan años en citar a un testigo, porque el juez se ha tenido que exiliar debido a amenazas, o porque hay dilaciones injustificadas, falta de independencia o de imparcialidad por parte de los jueces, por ejemplo” (OLLÉ SESÉ, M., “La reforma actual de...”, *óp. cit.*, pp. 18-23).

⁴⁶³ Cuando se comete un crimen contra el DI, no sólo la jurisdicción del Estado donde se ha perpetrado el hecho ilícito tiene jurisdicción (principio de territorialidad) sino que, en ocasiones, puede resultar que también tiene jurisdicción un tribunal internacional sobre esos mismos hechos, bien porque el Estado del lugar de comisión sea un Estado parte en el Estatuto de la CPI, bien porque el Estado de la nacionalidad del autor sea un Estado miembro, bien porque, las menos veces, se trate de un Estado de la nacionalidad de la víctima o, incluso, de un Estado que no tenga relación alguna con el crimen pero, a través del ejercicio del principio universal, esté habilitado para ejercer su jurisdicción.

implementarlos en sus legislaciones domésticas, de forma que son los propios Estados los que deben resolver el conflicto de acuerdo con las normas establecidas en el propio tratado⁴⁶⁴.

Así, aunque la CPI no ha sido creada para generar conflictos⁴⁶⁵, lo cierto es que su aparición dio lugar a nuevos escenarios en la escena internacional que, de acuerdo a lo previsto en su Estatuto, deben solucionarse con el *mapa de la complementariedad*⁴⁶⁶. Sin embargo, cuando el principio de complementariedad no se implementa adecuadamente en las legislaciones internas de los Estados miembros del Estatuto puede llegar a ser un obstáculo para el ejercicio del principio de jurisdicción universal, pues algunos Estados han llegado a señalar en sus legislaciones internas la preferencia de la CPI frente a sus jurisdicciones cuando se trata de crímenes sobre los que ésta tiene preferencia. Éste ha sido, concretamente, el caso del Estado español que analizaremos más adelante (*vid. infra* Capítulo IV, apdo. II, 2)⁴⁶⁷.

Una vez analizado el principio de complementariedad en el Estatuto, son tres las situaciones que podríamos identificar. La primera de ellas consistiría en una mala implementación del principio de complementariedad cuando un Estado parte en el Estatuto no tenga entre sus normas penales internas todos los crímenes que son competencia de la Corte o no atribuya jurisdicción a sus tribunales sobre los mismos cuando sean cometidos por sus nacionales en el extranjero. En este caso, sólo la CPI tendría competencia para conocer de esos hechos.

⁴⁶⁴ “Podría decirse que era el panorama que también se presentaba respecto de los crímenes de derecho internacional hasta los años noventa del pasado siglo” en el que, a partir del Tribunal de Núremberg, comenzaron a existir las jurisdicciones internacionales” (CARNEVALI RODRÍGUEZ, R., *óp. cit.*, p. 183).

⁴⁶⁵ GARCÍA ARÁN, M., “Complementariedad recíproca y justicia global: España, Guatemala y la Corte Penal Internacional”, *Persona y Derecho*, vol. 51, 2004, pp. 255-281, p. 272, disponible en <http://dadun.unav.edu/handle/10171/14489>.

⁴⁶⁶ “El mapa de la complementariedad nos indica, por tanto, las posibles discordancias entre las diversas jurisdicciones, discordancias que son preocupantes sobre todo si se acepta que cualquier Estado puede ejercer su jurisdicción sobre la base del principio de universalidad” (ALCAIDE FERNÁNDEZ, J., *óp. cit.*, pp. 393-394).

⁴⁶⁷ “No obstante, sería errado, sin duda, considerar el principio de complementariedad como una solución definitiva a las inadecuaciones de la jurisdicción universal. En cambio, debería verse como una etapa intermedia en el camino hacia mejorar la situación, y no como un logro total. ¡Es un medio, no un fin! Como cualquier otro medio, necesita de la voluntad política para ser efectivo y eficaz. Además, el principio mismo tiene algunos puntos débiles” (GÓMEZ-BENÍTEZ, J. M., “Complementariedad de la Corte Penal Internacional...”, *óp. cit.*, p. 17).

La segunda de las situaciones estaría conformada por aquellos casos en los que los Estados han contemplado en sus normas penales que sus tribunales son competentes para enjuiciar los mismos delitos que la CPI cuando los hayan cometido sus nacionales o en su territorio. Si estos Estados no actúan, a través del principio de complementariedad, la CPI podría actuar. Podrían también actuar el resto de Estados parte en el Estatuto cuando hayan contemplado esos mismos delitos en su ordenamiento interno y tengan recogido a su vez el principio universal⁴⁶⁸, ya que el Estatuto no hace referencia al Estado del lugar de comisión del crimen cuando habla de tribunales nacionales sino que se refiere, como señala Manuel OLLÉ, a los tribunales “del Estado que tenga jurisdicción” o a “otro tribunal” [arts. 17.1, a); 17.1, b); 19.2, b); 20.3 etc.], pero sin establecer distinciones sobre los criterios de atribución de esa jurisdicción y, menos aún, prioridades o preferencias entre ellos”, evitando así establecer desavenencias ni diferencias entre los tribunales que puedan resultar en preferencias no deseables, teniendo en cuenta la naturaleza de los crímenes⁴⁶⁹. En este caso, en el que cualquier Estado pueda ejercer su jurisdicción de acuerdo con el principio universal, “la jurisdicción de la CPI concurrirá (potencialmente) con la de todos y cada uno de los Estados. Esa concurrencia universal puede complicar el funcionamiento del principio de complementariedad, aumentando geométricamente los problemas en presencia”. En concreto, los riesgos a los que puede dar lugar la concurrencia de jurisdicciones son varios: que la CPI se convierta en una supervisora del funcionamiento de los tribunales nacionales o de sus intenciones, que acudir ante la CPI fuera la última instancia; y el *forum shopping* (*vid. infra* Capítulo III, II, 3)⁴⁷⁰.

Por último, también nos podemos encontrar con situaciones en las que un Estado no parte en el Estatuto de Roma prevé en sus normas internas el principio

⁴⁶⁸ “Si bien el Estatuto de la CPI no obliga a los Estados a ejercer la jurisdicción extraterritorial, en particular la universal, sobre los crímenes internacionales en cuestión, el sistema de justicia internacional previsto por el Estatuto de la CPI sólo funcionará si los Estados amplían su jurisdicción a los crímenes cometidos extraterritorialmente” (KRINGS, B. L., “The Principles of ‘Complementarity’ and Universal...”, *óp. cit.*, pp. 760-761).

⁴⁶⁹ OLLÉ SESÉ, M., *Justicia universal para...*, *óp. cit.*, p. 415. En el mismo sentido, Antoni PIGRAU SOLÉ señala: “Como regla general, el Estatuto resuelve la concurrencia de jurisdicciones de acuerdo con este criterio de preferencia de las jurisdicciones nacionales. En la medida en que el Estatuto no regula la cuestión de cuáles sean las jurisdicciones nacionales competentes, parece dar cabida a cualquier legitimación de la competencia, ya proceda de normas internacionales o nacionales” (*La jurisdicción universal y su...*, *óp. cit.*, pp. 16-17).

⁴⁷⁰ RODRÍGUEZ CARRIÓN, A., citado por ALCAIDE FERNÁNDEZ, J., *óp. cit.*, pp. 420 y ss.

de justicia universal en su forma pura para, entre otros, los crímenes contemplados en el Estatuto de la Corte, de forma que pueda surgir un conflicto jurisdiccional entre la CPI y un Estado no parte frente a crímenes cometidos en el territorio de un Estado parte en el Estatuto o por nacionales de un Estado parte y que, por tanto, también son competencia de la Corte. De esta manera, el Estado no parte puede investigar y juzgar a través del principio de justicia universal si así lo recoge su ordenamiento interno. Ante esta situación, ¿debe la CPI conocer del crimen o abstenerse frente al título universal de un tercer Estado? Lo primero que debemos de tener en cuenta es que el principio de complementariedad sólo vincula a aquéllos Estados que han ratificado el Estatuto de Roma y sólo a ellos vincula también el artículo 17, por lo que llevar a cabo una prueba de admisibilidad sobre Estados no parte para determinar su posible falta de capacidad o voluntad, podría llegar a constituir una violación de su soberanía e, indirectamente, del principio *par in parem non habet jurisdictionem*. De forma que, bajo un principio de favor o de complacencia, el Estado no miembro de la CPI que ejerce el principio de jurisdicción universal previsto en su ordenamiento jurídico interno para investigar y juzgar un crimen de los contemplados en el Estatuto y cometido en un Estado parte de la CPI y de la que ésta es competente, sería suficiente para declarar la inadmisibilidad ante la CPI. Existen, además, consideraciones prácticas que darían lugar a su admisión, como la lucha contra la impunidad, teniendo en cuenta que aún quedan muchos casos por juzgar a la CPI⁴⁷¹. Es lo que el profesor Manuel OLLÉ denomina la *conurrencia relativa*, pues a su entender, cuando el Preámbulo del Estatuto señala que “es deber de todo Estado” en ningún caso se apostilla que sean los que han ratificado el Estatuto, por lo que hemos de entender un deber de absolutamente *todos* los Estados que hayan incluido entre su legislación interna el oportuno principio universal⁴⁷², desarrollando en esta situación el principio de complementariedad una triple función: “es un criterio de atribución de jurisdicción, un expediente para el fortalecimiento de los objetivos de la JU y una

⁴⁷¹ KRINGS, B. L., “The Principles of ‘Complementarity’ and Universal...”, *óp. cit.*, pp. 759-760.

⁴⁷² OLLÉ SESÉ, M., “La reforma actual de la Justicia Universal”, *La justicia universal en el Derecho internacional: Mesa redonda de expertos*, Asociación Pro Derechos Humanos de España, 2011, pp. 18-23, p. 21. En este mismo sentido, Mercedes GARCÍA ARÁN al señalar: “obsérvese que la complementariedad se establece respecto de los Estados que tengan jurisdicción (por cualquier causa), y no sólo respecto de la jurisdicción territorial” (“Complementariedad recíproca y justicia global: España...”, *óp. cit.*, p. 273).

característica definitoria del papel desarrollado por los Estados en el ejercicio de esa jurisdicción”⁴⁷³.

Sin embargo, nos podemos encontrar con otro problema respecto de aquellos Estados que no son parte en el Estatuto y que afecta a las llamadas “decisiones preliminares relativas a la admisibilidad”, que obligan al Fiscal, ante su voluntad de iniciar una investigación, a comunicárselo a todos los Estados, no sólo a los Estados parte en el Estatuto sino también a aquellos que “ejercerían normalmente la jurisdicción” (los que tengan previsto en su ordenamiento un título jurisprudencial válido, como el principio universal), para que tanto unos como otros puedan solicitar que la Corte se abstenga en el caso de que los Estados, partes o no, estuvieran llevando a cabo una investigación de los hechos sucedidos, de acuerdo con el artículo 18 del Estatuto⁴⁷⁴.

“Por lo tanto, es necesario el principio de justicia universal para que los Estados *que normalmente ejerzan su jurisdicción*, puedan hacerlo y llevar a cabo la persecución de tales crímenes por los Estados parte en el Estatuto, debido a que la

⁴⁷³ Y ello porque “la universalización y regionalización de la JU se producen efectivamente en un contexto interactivo y plural, por el juego combinado de tribunales internos, internacionalizados e internacionales” (ROBLES CARRILLO, M., *óp. cit.*, p. 101).

⁴⁷⁴ Aunque matizada, la introducción de dicha cláusula se debió a una propuesta norteamericana y conlleva el riesgo de que “un Estado deseoso de obstruir la actuación de la Corte” pueda dificultar la investigación de la CPI, alargando el proceso. De ahí que parte de la doctrina haya señalado el hecho de que aceptar un concepto de jurisdicción universal amplio conllevaría un *riesgo* para el desarrollo de la labor de la Corte, sobre todo en el caso del ejercicio del principio de jurisdicción universal *in absentia*, pues podemos encontrarnos con Estados que “contrarios a un concreto enjuiciamiento - por ejemplo, de un dirigente o ex dirigente afín- multiplicara las solicitudes de inhibición al Fiscal y/o las demandas de inadmisibilidad ante la Corte, de forma que, invocando la existencia de investigaciones en curso y activando repetidas veces un procedimiento ya de por sí notablemente complejo, impidiera de facto la actuación de la Corte”. Esta utilización del principio universal podría considerarse *contra natura* “incompatible con su objeto y fin y, por ello, como un uso no razonable y abusivo”, de ahí que parte de la doctrina vea una solución en la limitación del ejercicio de la jurisdicción al Estado del *locus delicti commissi*, al de nacionalidad del sujeto activo o de detención del presunto responsable (SÁNCHEZ LEGIDO, A., *Jurisdicción universal penal...*, *óp. cit.*, pp. 311 y 315). Solución que no compartimos pues pasa por confundir el principio de jurisdicción universal con los principios de territorialidad y personalidad activa o con exigencias procesales como la presencia del presunto responsable en el Estado que la ejerza (jurisdicción universal territorial). Una interpretación diferente de esta cláusula nos la presenta Manuel OLLÉ al señalar que: “cuando en el art. 18 ECPI se establecen los trámites previos a la declaración de la competencia de la propia CPI para encargarse de un asunto denunciado ante ella y considerado fundamentado por el Fiscal, se contempla que éste, buscando voluntarios para enjuiciarlo y evitar con ello que lo tenga que asumir la Corte se dirigirá a todos los Estados-Parte ‘y a aquellos Estados que, teniendo en cuenta la información disponible, ejercerían normalmente la jurisdicción sobre los crímenes de que se trate” (*Justicia universal para...*, *óp. cit.*, p. 415).

jurisdicción de la Corte Penal, con carácter general, no tiene carácter universal ni prioritario”⁴⁷⁵.

Así, nada impide que un Estado pueda tener prioridad de acuerdo con el principio de jurisdicción universal e, igual que la CPI complementa a las jurisdicciones nacionales, también se puede afirmar que los Estados que ejercen el principio universal complementan la jurisdicción de la CPI cuando ésta no pueda o no quiera actuar. Estaríamos ante el llamado *principio de complementariedad recíproca* entre la CPI y aquellos Estados que ejerzan el principio de justicia universal⁴⁷⁶.

1.2 La jurisdicción de los tribunales internacionales *ad hoc* y de los Estados

Las normas que establecen los criterios de jurisdicción de los tribunales internacionales suelen estar contenidas en sus propios Estatutos. Así ocurrió en el caso del Estatuto de Londres de 8 de agosto de 1945⁴⁷⁷, en el que se estableció un

⁴⁷⁵ “No podrá, en casos en que las reglas de competencia del Estatuto se lo impidan, por ejemplo, si no es competente por razón del territorio ni por razón del autor, como ocurre con los crímenes de guerra supuestamente cometidos durante la guerra de Irak. No querrá, por ejemplo, en aquellos casos en que, con posible competencia material, el Fiscal de la CPI no estime oportuna la denuncia” (JIMÉNEZ GARCÍA, F. y GARCÍA SÁNCHEZ, B, “Propuesta de Convención universal...”, *óp. cit.*, p. 206).

⁴⁷⁶ GARCÍA ARÁN, M., “Complementariedad recíproca y justicia global: España...”, *óp. cit.*, p. 273-274. En el mismo sentido, Cristina RODRÍGUEZ YAGÜE al señalar que, debido a las diversas limitaciones que limitan la jurisdicción de la CPI, tanto de naturaleza política, como de naturaleza jurídica (competencia temporal, material, personal y de lugar y también al principio de oportunidad), el reforzamiento de la vigencia del principio de jurisdicción universal se hace más necesario aún si cabe en cinco situaciones: a. Crímenes cometidos en el territorio o por nacionales de Estados no parte en el Estatuto de Roma (fuera del territorio de un Estado parte); b. Crímenes cometidos en el territorio o por nacionales de Estados parte acontecidos antes de la entrada en vigor del Estatuto; c. Crímenes cometidos en el territorio o por nacionales de Estados parte que no serán perseguidos en función de motivaciones políticas o en virtud del principio de oportunidad; d. Crímenes cometidos en el territorio o por nacionales de Estados parte que no se adecuan a los requisitos de “masa” o “pluralidad de víctimas”; e. Crímenes cometidos en el territorio o por nacionales de Estados parte no recogidos en el Estatuto de la CPI. De forma que la creación de la Corte Penal Internacional “no puede cuestionar en modo alguno la vigencia del principio de justicia universal” ni “ser el sustitutivo de la intervención de las relaciones jurisdiccionales en aplicación del principio de justicia universal” (“La justicia universal y el principio...”, *óp. cit.*, pp. 3-8).

⁴⁷⁷ El Preámbulo señalaba: “ (...) se hace constar que aquellos funcionarios alemanes y los hombres o miembros del partido Nazi que hayan sido responsables de crímenes y atrocidades o hayan participado en los mismos con su consentimiento serán devueltos a los países en los que cometieron sus abominables actos para que puedan ser juzgados y condenados con arreglo a las leyes de esos países liberados y de los gobiernos libres que se crearán en dichos países; y considerando que se hizo constar que la citada declaración se hacía sin perjuicio de que pudiera haber casos de destacados criminales cuyos delitos no tengan una ubicación geográfica

principio de primacía a favor del Tribunal de Núremberg (*vid. supra* Capítulo I, apdo. II, 2).

En los casos del TPIY⁴⁷⁸ y el TPIR⁴⁷⁹ (*vid. supra* Capítulo I, apdo. II, 3), si bien se estableció originariamente la competencia concurrente de los tribunales *ad hoc*, de las jurisdicciones nacionales, las del lugar de comisión de los hechos, la del *iudex apprehensionis* o la de cualquier Estado que quiera ejercer el principio de jurisdicción universal⁴⁸⁰, se estableció una *cláusula de salvaguarda*⁴⁸¹ en la que se señala que la jurisdicción del tribunal internacional primaría sobre las jurisdicciones estatales ante determinados crímenes que no debían ser juzgados por los tribunales nacionales⁴⁸² (jurisdicción concurrente preferencial), pues en aquel momento existían en la antigua Yugoslavia y en Ruanda *intereses humanitarios* que hacían necesaria una jurisdicción internacional⁴⁸³.

Ahora bien, la abstención de los tribunales nacionales ante el ejercicio de la jurisdicción internacional no es arbitraria, debiendo darse una serie de

determinada y que sean castigados por decisión conjunta de los gobiernos aliados” (disponible en http://www.cruzroja.es/principal/documents/1750782/1852538/estatuto_del_tribunal_de_nuremberg.pdf/20090fa2-e5bf-447a-aa96-612403df2a66).

⁴⁷⁸ Artículo 9.1: “El Tribunal Internacional y las jurisdicciones nacionales son simultáneamente competentes para juzgar a los presuntos responsables de violaciones graves del derecho internacional humanitario cometidas en el territorio de la ex – Yugoslavia a partir del 1º de enero de 1991”.

⁴⁷⁹ Artículo 8.1: “El Tribunal Internacional para Ruanda y los Tribunales nacionales tendrán jurisdicción concurrente para enjuiciar a las personas que hayan cometido violaciones graves del derecho internacional humanitario en el territorio de Ruanda y a ciudadanos de Ruanda por violaciones de esa naturaleza cometidas en el territorio de Estados vecinos entre el 1º de enero de 1994 y el 31 de diciembre de 1994”.

⁴⁸⁰ También conocida como *primacía concurrente* o *conurrencia preferencial*, esto es, tendrán competencia tanto el tribunal nacional como el tribunal *ad hoc* pero teniendo estos últimos preferencia respecto de las competencias nacionales (RODRÍGUEZ YAGÜE, C., “La justicia universal y el principio...”, *óp. cit.*, p. 22).

⁴⁸¹ MARTÍNEZ ALCAÑIZ, A., *óp. cit.*, p. 75.

⁴⁸² LORD PHILLIMORE entendía que dentro de los crímenes contra el Derecho de Gentes internacional podían distinguirse tres categorías: crímenes cometidos durante un tiempo de paz, crímenes de guerra y el actualmente conocido crimen de agresión. Señalando que para los crímenes perpetrados durante la guerra por un Estado enemigo contra un Estado deberían ser resueltos por un tribunal internacional para asegurarse así la imparcialidad del tribunal (LORD PHILLIMORE, “An International Criminal Court and The Resolutions of the Jurist”, *British Yearbook of International Law*, vol. 79, núm. 82, 1922-1923, citado por EL ZEIDY, M. M., *óp. cit.*, p. 29).

⁴⁸³ Dos fueron las razones que se argumentaron para el establecimiento de la jurisdicción internacional. Por un lado, dada la situación en la que se encontraban los tribunales nacionales y los problemas para comenzar su actividad, podía dar lugar al favorecimiento de la impunidad; por otro, con el establecimiento de una jurisdicción internacional se evitaba así la multiplicidad de tribunales (CARNEVALI RODRÍGUEZ, R., *óp. cit.*, pp. 188-189). En el mismo sentido, Antonio CASSESE añade que, en el caso de Ruanda, también había que tener en cuenta la falta de medios de los tribunales ruandeses para hacer frente a la multitud de asuntos (*International Criminal...*, *óp. cit.*, p. 339).

circunstancias para la remisión del asunto al tribunal internacional⁴⁸⁴. Sin embargo, en su evolución práctica, las jurisdicciones internacionales no han podido hacer frente a la multitud de asuntos que les llegan, de ahí que sea muy difícil prescindir de la actividad que llevan a cabo los tribunales nacionales, por muchos recelos que pudieran existir respecto de éstos⁴⁸⁵, sobre todo cuando se trata de los tribunales del *locus delicti*.

Aunque el principio de primacía es el que está codificado expresamente en los estatutos de cada uno de estos tribunales internacionales, se establecieron reglas que incluyeron la actividad de los tribunales nacionales. Ello supuso, de acuerdo con la Resolución 1534(2004) del CS de Naciones Unidas⁴⁸⁶ (que señalaba que los tribunales *ad hoc* se encargarán de investigar y procesar los más altos cargos responsables de los crímenes mientras que corresponderán a las jurisdicciones nacionales el enjuiciamiento de aquellos responsables que no alcanzaran tal rango), la modificación de la Regla 11 bis⁴⁸⁷ de los Estatutos del

⁴⁸⁴ Así, en el caso del TPIY, las Reglas de Procedimiento y Prueba señalan: “Rule 9 Prosecutor’s Request for Deferral: Where it appears to the Prosecutor that in any such investigations or criminal proceedings instituted in the courts of any State: (i) the act being investigated or which is the subject of those proceedings is characterized as an ordinary crime; (ii) there is a lack of impartiality or independence, or the investigations or proceedings are designed to shield the accused from international criminal responsibility, or the case is not diligently prosecuted; or (iii) what is in issue is closely related to, or otherwise involves, significant factual or legal questions which may have implications for investigations or prosecutions before the Tribunal, the Prosecutor may propose to the Trial Chamber designated by the President that a formal request be made that such court defer to the competence of the Tribunal” (disponible en http://www.icty.org/x/file/Legal%20Library/Rules_procedure_evidence/IT032Rev50_en.pdf).

⁴⁸⁵ Ley Orgánica 15/1994, de 1 de junio, para la cooperación con el Tribunal Internacional para el enjuiciamiento de los presuntos responsables de violaciones graves del derecho internacional humanitario cometidas en el territorio de la antigua Yugoslavia (BOE núm. 131, de 2 de junio de 1994) y la Ley Orgánica 4/1998, de 1 de julio, para la Cooperación con el Tribunal internacional para Ruanda (BOE núm. 157, de 2 de julio de 1998) han regulado en España las relaciones de cooperación con los tribunales *ad hoc* (artículo 4) en atención a la *concurrentia preferencial*. Si bien no se ha llevado ningún caso que sea competencia del TPIY o del TPIR ante los tribunales españoles, no ha sido así en otros Estados (Francia, Dinamarca, Alemania...). Un estudio sobre estos casos lo encontramos en BLANCO CORDERO, I., “Crisis del principio de jurisdicción universal en el Derecho penal internacional contemporáneo”, *La Ley*, núms. 5980 y 5981, de 22 y 23 de marzo de 2004.

⁴⁸⁶ Tribunal Internacional para la ex Yugoslavia y Tribunal Internacional para Ruanda, Resolución 1534(I) del CS de las Naciones Unidas, de 26 de marzo de 2004.

⁴⁸⁷ “Rule 11 bis Referral of the Indictment to Another Court: (A) After an indictment has been confirmed and prior to the commencement of trial, irrespective of whether or not the accused is in the custody of the Tribunal, the President may appoint a bench of three Permanent Judges selected from the Trial Chambers (hereinafter referred to as the “Referral Bench”), which solely and exclusively shall determine whether the case should be referred to the authorities of a State: (i) in whose territory the crime was committed; or (ii) in which the accused was arrested; or (iii) having jurisdiction and being willing and adequately prepared to accept such a case, so that those authorities should forthwith refer the case to the appropriate court for trial within that State.

TPIY y del TPIR en el año 2002 en la que se estableció el principio de complementariedad al señalar que si la actividad de los tribunales nacionales respecto de aquellos mandos intermedios o inferiores no era la adecuada o prudente podrán los tribunales *ad hoc* recuperar el enjuiciamiento del asunto⁴⁸⁸.

Hay quien señala que con la inclusión de la regla 11bis, los tribunales *ad hoc* pasaron al modelo de complementariedad, no en el sentido en el que se recoge en el Estatuto de la CPI y tampoco de forma exclusiva, pues primacía y complementariedad van de la mano, sin que puedan ser exclusivas o excluyentes⁴⁸⁹. Sin embargo, entendemos que el principio de primacía opera respecto a la jurisdicción internacional de los más altos cargos, mientras que la complementariedad solamente está prevista para el caso de que los tribunales nacionales no lleven a cabo un enjuiciamiento adecuado y diligente en el caso de

(B) The Referral Bench may order such referral proprio motu or at the request of the Prosecutor, after having given to the Prosecutor and, where applicable, the accused, the opportunity to be heard and after being satisfied that the accused will receive a fair trial and that the death penalty will not be imposed or carried out.

(C) In determining whether to refer the case in accordance with paragraph A, the Referral Bench shall, in accordance with Security Council resolution 1534(2004), consider the gravity of the crimes charged and the level of responsibility of the accused.

(D) Where an order is issued pursuant to this Rule: (i) the accused, if in the custody of the Tribunal, shall be handed over to the authorities of the State concerned; (ii) the Referral Bench may order that protective measures for certain witnesses or victims remain in force; (iii) the Prosecutor shall provide to the authorities of the State concerned all of the information relating to the case which the Prosecutor considers appropriate and, in particular, the material supporting the indictment; (iv) the Prosecutor may send observers to monitor the proceedings in the national courts on her behalf.

(E) The Referral Bench may issue a warrant for the arrest of the accused, which shall specify the State to which he is to be transferred to trial.

(F) At any time after an order has been issued pursuant to this Rule and before the accused is found guilty or acquitted by a national court, the Referral Bench may, at the request of the Prosecutor and upon having given to the State authorities concerned the opportunity to be heard, revoke the order and make a formal request for deferral within the terms of Rule 10.

(G) Where an order issued pursuant to this Rule is revoked by the Referral Bench, it may make a formal request to the State concerned to transfer the accused to the seat of the Tribunal and the State shall accede to such a request without delay in keeping with Article 29 of the Statute. The Referral Bench or a Judge may also issue a warrant for the arrest of the accused.

(H) A Referral Bench shall have the powers of, and insofar as applicable shall follow the procedures laid down for, a Trial Chamber under the Rules.

(I) An appeal by the accused or the Prosecutor shall lie as of right from a decision of the Referral Bench whether or not to refer a case. Notice of appeal shall be filed within fifteen days of the decision unless the accused was not present or represented when the decision was pronounced, in which case the time-limit shall run from the date on which the accused is notified of the decision”

(disponible en http://www.icty.org/x/file/Legal%20Library/Rules_procedure_evidence/IT032Rev50_en.pdf).

⁴⁸⁸ Sobre la regla 11 bis y el TPIY puede consultarse: SOMERS, S., “Rule 11 bis of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia: Referral of indictments to national courts”, *Boston College International and Comparative Law Review*, vol. 30, 2007, pp. 175-183.

⁴⁸⁹ CARNEVALI RODRÍGUEZ, R., *óp. cit.*, pp. 192-194.

los mandos intermedios o inferiores. Por el contrario, la jurisdicción que otorga el Estatuto a la Corte Penal señala que primarán las jurisdicciones estatales y sólo cuando el Estado no tenga capacidad o no quiera investigar o enjuiciar un crimen lo hará la Corte.

Podemos concluir, por tanto, que habrá que estar a las reglas establecidas en los estatutos de los diversos tribunales para resolver los posibles conflictos jurisdiccionales que puedan surgir. Debe, además, tenerse en cuenta que las soluciones a las diversas situaciones se encontrarán, bien en el principio de primacía del DI sobre el derecho doméstico, bien en el principio de complementariedad que establece la primacía del derecho estatal y, sólo en el caso de que el Estado no pueda o no quiera investigar o enjuiciar el asunto, lo haría la jurisdicción internacional a través del principio de complementariedad ya estudiado (*vid. supra* apdo. II, 1, 1.1).

1.3 La jurisdicción de los tribunales internacionales *ad hoc* y de la CPI

¿Pueden las jurisdicciones de los tribunales *ad hoc* concurrir, además de con la jurisdicción de un tribunal nacional, con la jurisdicción de la CPI tras su puesta en marcha? Existe la posibilidad de que así sea ante la comisión de un crimen de DI (conurrencia horizontal internacional), pero lo cierto es que resulta remota. Así, aunque la competencia objetiva, territorial y temporal del TPIR es limitada⁴⁹⁰ (*vid. supra* Capítulo I, apdo. II, 3), su artículo 5 establece, solo en relación a una concurrencia con una jurisdicción estatal (no internacional), la primacía del TPIR. Es decir, sólo atendiendo al principio de complementariedad del Estatuto de Roma, en un asunto iniciado en un Estado y en el caso de que no quiera o no pueda ejercer su jurisdicción y decida hacerlo la CPI podría tener ésta cierta actuación pero, en este caso, la prioridad la seguiría teniendo el TPIR. Igual ocurriría con el TPIY, el TESL, el TEL y las Cámaras para Timor Leste. En este caso, la primacía de

⁴⁹⁰ Estatuto del TPIR: “Artículo 1. Competencia del Tribunal Internacional para Ruanda. El Tribunal Internacional para Ruanda tendrá competencia para enjuiciar a los presuntos responsables de violaciones graves del derecho internacional humanitario cometidas en el territorio de Ruanda y a ciudadanos de Ruanda responsables de violaciones de esa naturaleza cometidas en el territorio de Estados vecinos entre el 1 de enero de 1994 y el 31 diciembre de 1994, de conformidad con lo dispuesto en el presente Estatuto”.

los tribunales *ad hoc* afectaría también a la CPI, a pesar de que el Estatuto de Roma no regula dicha relación, obligándola a remitir el caso al tribunal *ad hoc*⁴⁹¹.

2. CONCURRENCIA DE JURISDICCIONES ESTATALES

La concurrencia de diversas jurisdicciones penales sobre un crimen de DI también puede darse sólo entre Estados y conlleva un peligro de *persecución múltiple* que podría perjudicar los derechos fundamentales de los propios afectados e, incluso, originar consecuencias negativas para los diversos Estados afectados. Por eso es necesario articular criterios que resuelvan esos conflictos y eviten prácticas como las que podemos encontrar en el ámbito civil, denominadas *forum shopping*, que conllevan la elección de la jurisdicción más favorable o conveniente para las partes, ya sean víctimas o autores de los crímenes⁴⁹², así como los elementos objetivos de los crímenes, la pena y el proceso (*vid. supra* Capítulo III, apdo. II, 2)⁴⁹³.

Para evitar estas prácticas, se deben establecer los criterios que determinen qué jurisdicción primará ante la concurrencia de varias jurisdicciones estatales. Al igual que ya ocurriera en el caso de la concurrencia vertical, son varias las posturas que podemos encontrar. Para un sector minoritario de la doctrina, el ejercicio de la jurisdicción universal es *relativamente concurrente* con el resto de jurisdicciones basadas en el ejercicio de otros principios y, señalan sus partidarios, el hecho de que sea complementaria podría llevar a supuestos en los que los Estados, en aplicación del principio de territorialidad, llevarán a cabo procesos sin

⁴⁹¹ De ahí que algún Estado (Eslovenia) haya solicitado que el CS de las Naciones Unidas ponga fin a la competencia del TPIY una vez que la CPI está funcionando (DE LA CUESTA, J. L., *óp. cit.*, p. 767).

⁴⁹² VALLEJO PEÑA, C., *El estado de la jurisdicción universal en el Derecho Internacional...*, *óp. cit.*, p. 178.

⁴⁹³ “Tratándose de beneficiar con ello de las asimetrías de los sistemas jurídico-penales y de los diferentes niveles de colaboración y coordinación de las autoridades policiales, fiscales y judiciales nacionales” (RODRÍGUEZ GARCÍA, N., “De la extensión y límites de la jurisdicción a la prevención y resolución de conflictos de jurisdicciones penales”, PÉREZ CEPEDA, A. (Dir.), *El principio de Justicia Universal: Fundamentos y límites*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, pp. 139-177, pp. 162), todo ello porque no todos los Estados contemplan la misma ley penal procesal y sustantiva (*vid. infra* Capítulo III, apdo. II, 2), pues “el DI no puede permitir la utilización de la justicia doméstica para sustraer a un individuo de su responsabilidad internacional” (COLLANTES, J. L., *óp. cit.*, p. 70). Incluso, en ocasiones, quizá no nos encontremos siquiera ante el mismo delito en los ordenamientos jurídicos de los diversos Estados.

eficacia, fraudulentos, con el objetivo de evitar un proceso efectivo a través del principio universal que pueda luchar contra la impunidad al dar lugar al *ne bis in idem* (vid. *infra* apdo. III, 2, 2.2)⁴⁹⁴. Sin embargo, la posición mayoritaria en la doctrina defiende el ejercicio de la jurisdicción universal como *complementaria* o *coadyuvante* del principio de territorialidad y de personalidad activa (en raras ocasiones, también respecto de la personalidad pasiva), bien porque así ha sido establecido en las legislaciones domésticas, bien porque el *sentido común* y diversas cuestiones procesales, como hemos visto, nos llevan a la conclusión de que el lugar donde ha tenido lugar el crimen es el más propicio para su enjuiciamiento, y que el juez del lugar del crimen es el *juez natural*⁴⁹⁵. En este caso, señala REMIRO BROTONS, existe una similitud entre la concurrencia de jurisdicciones con la CPI ya vista, de forma que el artículo 17 del Estatuto (recordemos, aquel que determina la posible falta de capacidad o voluntad de los Estados) también podría servir como marco teórico para regular las relaciones entre el principio de jurisdicción territorial y los diversos títulos jurisdiccionales a la hora de establecer la falta de capacidad o voluntad del Estado donde se han cometido los hechos⁴⁹⁶. Para Mercedes ARÁN, por el contrario, nos encontramos ante un *grado mínimo de subsidiariedad* y se basa para ello en el asunto *Guatemala* ante la jurisdicción española. En realidad, cuando se señaló en el voto particular de la Sentencia del TS 327/2003⁴⁹⁷ que la jurisdicción española era concurrente con

⁴⁹⁴ OLLÉ SESÉ, *Justicia universal para...*, *óp. cit.*, p. 410.

⁴⁹⁵ “En consecuencia, en la medida en que el ejercicio de la jurisdicción universal desplaza el derecho del acusado a ser procesado por el “juez natural”, un sello distintivo del ejercicio tradicional de la jurisdicción territorial, el ejercicio de dicha jurisdicción debe ser posible cuando ningún otro Estado puede ejercer jurisdicción sobre la base de las doctrinas tradicionales, o bien cuando ningún otro Estado tiene un interés directo y existe un interés de la comunidad internacional de que las normas se hagan cumplir. Precisamente por ello debe entenderse que se trata de una excepción al principio de territorialidad que, como las otras dos (personalidad activa y protección), se introduce para completarlo, compensar sus limitaciones y facilitar la persecución penal de determinados hechos delictivos que escapan a su alcance” (PÉREZ CEPEDA, A., “Principio de Justicia penal universal *versus...*”, *óp. cit.*, p. 67).

⁴⁹⁶ REMIRO BROTONS, A., “Malos tiempos para...”, *óp. cit.*, pp. 391-410 (versión cedida por el autor, pp. 1-21, p. 5). Y así ha sido recogido por el artículo 23.5 de la LOPJ, tras su modificación por el apartado uno del artículo único de la *LO 1/2014, de 13 de marzo, de modificación de la L.O. 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, relativa a la justicia universal*, BOE núm. 63, de 14 marzo de 2014 (vid. *infra* Capítulo IV, apdo. II, 2); y así se señaló en la sentencia de 19 de abril de 2005 de la AN, asunto *Scilingo*.

⁴⁹⁷ Sentencia de la Sala de lo Penal del TS, núm. 327/2003, de 15 de julio, Fundamento de Derecho 4º: “La aplicación de este principio [el de territorialidad] determina la prioridad competencial de la jurisdicción territorial, cuando existe concurrencia entre ésta y la que se ejercita sobre la base del principio de Justicia Universal”.

la guatemalteca y que dicha concurrencia debía resolverse dando prioridad a los tribunales de Guatemala cuando ejerzan la jurisdicción, no debería hablarse de concurrencia, pues lo que se hizo fue más bien aceptar que la jurisdicción española no actuaría si la jurisdicción de Guatemala está ejerciendo su jurisdicción, por lo que estamos más bien ante una jurisdicción complementaria o coadyuvante al principio territorial que no quiere o no puede actuar⁴⁹⁸.

Como ya hemos señalado, no existe en DI ninguna norma que establezca una prelación entre los diversos títulos jurisdiccionales que poseen los Estados en aplicación de su ley penal de forma extraterritorial⁴⁹⁹, con lo que, en nuestra opinión, todos los títulos operan al mismo nivel, pues todos parten de su posibilidad de aplicación al hecho concreto de acuerdo con su propio fundamento: el principio de territorialidad será aplicable cuando los hechos se hayan cometido en el territorio de ese Estado; el de personalidad, activa o pasiva, cuando hayan sido cometidos contra una persona de la nacionalidad del sujeto activo o pasivo; el de protección real será aplicable por un Estado cuando los crímenes cometidos le afecten directamente a sus intereses principales y el principio de personalidad cuando estemos ante los crímenes más graves del DI que supongan un ataque a los intereses de la Comunidad Internacional en su conjunto.

Si se da el caso de que un determinado crimen grave de DI se produce en el Estado A, las jurisdicciones concurrentes serán la del territorio donde se ha producido el crimen, la del Estado de donde es nacional el autor del mismo, o la del Estado de donde es nacional la víctima, la jurisdicción del Estado que ha visto atacado sus intereses fundamentales, y cualquier Estado que haya previsto el principio de jurisdicción universal en su ordenamiento interno frente a la comisión

⁴⁹⁸ GARCÍA ARÁN, M., "Complementariedad recíproca y justicia global: España...", *óp. cit.*, pp. 264-265.

⁴⁹⁹ En este sentido: JESSBERGER, F. y KALECK, W., "Concurrencia de Jurisdicciones en Derecho Internacional", *European Centre for Constitutional and Human Rights*, Berlín, diciembre de 2009, p. 3, disponible https://www.ecchr.eu/es/nuestro-trabajo/justicia-universal/gaza.html?file=tl_files/Dokumente/Universelle%20Justiz/Expert%20Opinion%20Concurrent%20Jurisdictions_es.pdf. "1.3 No mandatory hierarchy of internationally permissible jurisdictions: Positive international law recognises no hierarchy among the various bases of jurisdiction that it permits. In other words, a state which enjoys universal jurisdiction over, for example, crimes against humanity is under no positive legal obligation to accord priority in respect of prosecution to the state within the territory of which the criminal acts occurred or to the state of nationality of the offender or victims", *The AU-EU Expert Report on the Principle of Universal Jurisdiction*, de 16 de abril de 2009, p. 11, párr. 14, disponible en <http://register.consilium.europa.eu/doc/srv?l=EN&f=ST%208672%202009%20REV%201>.

de aquel crimen grave. Pero ejercer los principios de atribución de jurisdicción para limitar el de jurisdicción universal, como viene ocurriendo en la práctica legislativa de diversos Estados en los últimos años, es confundir y ignorar el fundamento del principio de jurisdicción universal⁵⁰⁰.

Además, es necesario resaltar que el ejercicio de la jurisdicción universal en ningún caso supone un ataque a la soberanía de otro Estado ni una injerencia en sus asuntos internos⁵⁰¹, pues no existe ni exclusividad ni subsidiariedad cuando se trata de crímenes de DI *stricto sensu*, sino concurrencia y universalidad, de forma que el Estado que ejerce la jurisdicción universal ejerce una suerte de *actio popularis* en representación de toda la Comunidad Internacional, aceptado implícitamente por el resto de Estados representados, pues recordemos que la lucha contra la perpetración de los crímenes más graves es una obligación de todos los Estados, de acuerdo con el Estatuto de la CPI⁵⁰².

Compartimos la opinión mayoritaria de la doctrina que defiende que, desde un punto de vista práctico, es preferible el ejercicio del principio de territorialidad siempre y cuando esté basado en razones prácticas y políticas⁵⁰³ en lo relativo a la

⁵⁰⁰ Así ha ocurrido en España con el TS al otorgar prioridad, que no preferencia por practicidad, a la jurisdicción territorial: “Resulta indudable que existen razones de peso, tanto procesales como político-criminales, que vienen a avalar la prioridad del *locus delicti*, y que ello forma parte del acervo clásico del Derecho internacional penal. (...) resulta imprescindible la introducción de alguna regla de prioridad, siendo compromiso común (al menos en el plano de los principios) de todos los Estados la persecución de tan atroces crímenes por afectar a la comunidad internacional, una elemental razonabilidad procesal y político-criminal ha de otorgar prioridad a la jurisdicción del Estado donde el delito fue cometido”, Sentencia de la Sala Segunda del TC, núm. 237/2005, de 26 de septiembre, Fundamento de Derecho 4º. También la Sentencia de la Sala de Lo Penal de la AN, núm. 16/2005, de 19 de abril, Fundamento de Derecho 1º, 6.1: “Sin embargo, pierde justificación la actuación jurisdiccional internacional cuando actúan eficazmente los tribunales del territorio en el ejercicio de su jurisdicción y se satisfacen de forma adecuada las necesidades de justicia. En ese caso estimamos no será posible o al menos no resulta adecuada la actuación de la jurisdicción internacional, salvo en el caso de que ésta esté expresamente reservada para los Tribunales internacionales”.

⁵⁰¹ “Sin embargo, los responsables de las más graves violaciones de derechos humanos no pueden encontrar amparo en viejos argumentos relacionados con la soberanía y la no intervención en los asuntos internos de los Estados. Esto en absoluto significa que aquel Estado que reconoce en su Ordenamiento jurídico el principio de justicia universal, y lo aplica, hace uso de una potestad totalmente legítima que hunde sus raíces en el Derecho internacional” (PÉREZ CEPEDA, A. y BENITO SÁNCHEZ, D., “El principio de justicia...”, *óp. cit.*, p. 9).

⁵⁰² Párrafo 6º del Preámbulo del Estatuto de la CPI: “(...) es deber de todo Estado ejercer su jurisdicción penal contra los responsables de crímenes internacionales”.

⁵⁰³ “In prosecuting serious crimes of international concern, states should, as a matter of policy, accord priority to territoriality as a basis of jurisdiction, since such crimes, while offending against the international community as a whole by infringing universal values, primarily injure the community where they have been perpetrated and violate not only the rights of the victims but also the general demand for order and security in that community. In addition, it is within the territory

lucha contra la impunidad pero, en todo caso, debe recordarse que no existe norma alguna al respecto, sino que estamos sólo ante una preferencia práctica que en ningún caso excluye la universalidad de la jurisdicción ante la comisión de los crímenes más graves del DI. De forma que si el Estado del territorio decide ejercer su jurisdicción, en aras a evitar el *ne bis in idem*, el resto de Estados deberán excluirse, a menos que se trate de un proceso fraudulento; ahora bien, si el Estado del lugar de comisión no inicia ningún tipo de actividad, el principio de jurisdicción universal será tan aplicable como los demás. Esto es, se trata de formas de actuar que facilitan el ejercicio de la jurisdicción, pero en ningún caso normas obligatorias prioritarias. Y lo entendemos así porque es un criterio que, en primer lugar, apareció para cubrir aquellos espacios en los que los Estados no tenían jurisdicción, pues de haberla tenido, se habría aplicado primero el criterio territorial; y, en segundo lugar, evolucionó como un instrumento de lucha hacia aquellos crímenes que afectaban a los valores de toda la humanidad, de modo que si el Estado donde había tenido lugar el crimen no ejercía su jurisdicción o la ejercía en fraude de ley, el resto de Estados podía ejercer la jurisdicción universal. Entendemos, por tanto, que el principio universal es un principio concurrente respecto de la territorialidad y el resto de principios jurisdiccionales penales de aplicación extraterritorial de la ley penal⁵⁰⁴.

2.1 Del Estado del *locus delicti commissi* y terceros Estados

Así las cosas, no cabe duda alguna de que *a priori* la jurisdicción del *iudex loci delicti commissi* es, desde un punto de vista práctico, la opción preferida en la

of the state of alleged commission that the bulk of the evidence will usually be found”, *The AU-EU Expert Report on the Principle of Universal Jurisdiction*, de 16 de abril de 2009, p. 42, R9, disponible en <http://register.consilium.europa.eu/doc/srv?!=EN&f=ST%208672%202009%20REV%201>.

⁵⁰⁴ “El derecho internacional faculta a los Estados a invocar el principio de jurisdicción universal, sin restricciones basadas en el territorio, la nacionalidad o los intereses nacionales. Por tanto, ningún Estado tiene jurisdicción preferente, y todos los Estados están llamados a actuar de forma concurrente contra la impunidad” (“El tiempo pasa, la impunidad permanece. La jurisdicción universal, una herramienta contra la impunidad para las víctimas de la Guerra Civil y el franquismo en España”, *Amnistía Internacional*, Resumen ejecutivo, 2013, p. 9, disponible en https://www.es.amnesty.org/uploads/media/AI-El_tiempo_pasa_la_impunidad_permanece_Resumen_ejecutivo.pdf).

atribución de jurisdicción⁵⁰⁵. Sin embargo, no todo ejercicio de esa jurisdicción es válida pues, como señalábamos, se puede correr el riesgo de que los tribunales del lugar de comisión del crimen no ejerzan una jurisdicción efectiva⁵⁰⁶. Por lo tanto, sólo en el caso de que el juez esté “efectivamente ocupándose de un caso se impone la abstención de cualquier otro”⁵⁰⁷. La justicia territorial sólo debe ser prioritaria frente a la jurisdicción universal “cuando se estén ejerciendo actos jurisdiccionales en el territorio (de indagación, procesamiento, etc.), dirigidos directamente a una sentencia que, obviamente, puede terminar siendo absolutoria o condenatoria”⁵⁰⁸.

⁵⁰⁵ En este sentido Manuel OLLÉ SESÉ: “Todas las argumentaciones, en definitiva, giran en torno a la mejor condición para el enjuiciamiento de los tribunales del lugar de comisión. El principio de inmediación, la conveniencia de proceder a su enjuiciamiento en el lugar donde se encuentren todos los elementos probatorios, tanto materiales como personales, y el acceso a la tutela judicial por parte de las víctimas, es lo que otorga prioridad al *locus delicti*” (*Justicia universal para...*, *óp. cit.*, p. 394). Sobre la preferencia de la jurisdicción territorial en la práctica internacional y en la doctrina véase: SÁNCHEZ LEGIDO, A., *Jurisdicción universal penal...*, *óp. cit.*, pp. 320-331.

⁵⁰⁶ “Where those national criminal justice authorities considering exercising universal jurisdiction believe that the territorial state or the suspect’s or victims’ national state is willing and able to bring him or her to trial in accordance with international human rights standards, they should confidentially disclose the indictment (or any other instrument containing the charges), along with all the evidentiary material collected, to the criminal justice authorities of the relevant state, together with a request that these authorities investigate the alleged crimes and, where the evidence calls for this, prosecute the suspect. Where, however, those national criminal justice authorities considering exercising universal jurisdiction have serious reasons to believe that the territorial state and the suspect and victims’ national states are manifestly unwilling or unable to prosecute the suspect, and the suspect is a foreign state official exercising a representative function on behalf of his or her state, they should seek and issue a summons to appear or equivalent measure, rather than an arrest warrant, to enable the suspect to appear before the court and to produce, with the assistance of counsel, any exculpatory evidence in his or her possession”, *The AU-EU Expert Report on the Principle of Universal Jurisdiction*, de 16 de abril de 2009, p. 43, R10, disponible en <http://register.consilium.europa.eu/doc/srv?l=EN&f=ST%208672%202009%20REV%201>.

Así lo pone de manifiesto el procesalista José Luis NIEVA-FENOLL al señalar que: “El órgano jurisdiccional competente debería ser el del lugar de la detención a fin de eliminar discusiones basadas en simple nacionalismo jurisdiccional. (...). La observancia de los derechos humanos y las garantías procesales (...) no habría de plantear problema en ese estado de confianza mutua suficiente entre tribunales. Y en estas condiciones de cooperación judicial total, la preeminencia como fuero del *locus delicti commissi* parece perder el sentido. Es más, incluso a los efectos de preservar la independencia y la imparcialidad judicial, lo mejor sería alejar al reo de los jueces del lugar en que acaecieron los hechos”. Sin embargo, señala, la confianza mutua no existe, siendo la falta de confianza hacia el respeto de las garantías procesales por los órganos judiciales extranjeros la razón de lo lento que se avanza en la jurisdicción universal (*óp. cit.*, p. 136).

⁵⁰⁷ En este sentido, el TEDH, asunto *Finucane v. Reino Unido*, de 1 de julio de 2003, pp. 68 y ss., señala: “para que una investigación sea considerada efectiva, es necesario que las personas responsables de llevarla a cabo sean independientes de aquellas implicadas en los hechos. Esto no sólo significa una ausencia de jerarquía o conexión institucional sino también una independencia en la práctica”. Así las notas de efectividad, independencia e imparcialidad deben ser las protagonistas en las actuaciones judiciales estatales.

⁵⁰⁸ GARCÍA ARÁN, M., “Complementariedad recíproca y justicia global: España...”, *óp. cit.*, p. 267. En el mismo sentido, Francisco JIMÉNEZ GARCÍA y Beatriz GARCÍA SÁNCHEZ: “lo que se debe procurar es evitar abusos, evitar que la justicia universal, como señalan expresamente los Principios de Princeton, pueda “servir nuevamente para hostigar a opositores políticos o para fines ajenos a la

Este sería el criterio de “la jurisdicción efectiva” de la que antes hablábamos⁵⁰⁹. En este sentido, la Sentencia de la Sala de lo Penal de la AN en el asunto *Guatemala* indicó:

“La inactividad de los órganos judiciales del Estado en cuyo territorio se ha cometido el presunto delito de genocidio puede obedecer bien a que se dicte una legislación que constituye un blindaje para los imputados, de modo que los órganos judiciales territoriales estén impedidos por su propia legislación para iniciar persecución, como serían las leyes de amnistía o de olvido, bien porque existiendo la posibilidad de perseguir los órganos judiciales territoriales estén sometidos a presiones por poderes gubernamentales o fácticos, que racionalmente pueda concluirse que en ese clima de acoso gubernamental o de temor no es factible el desempeño de las funciones judiciales en la serenidad e imparcialidad que son necesarios para juzgar”⁵¹⁰.

La preferencia por el ejercicio de la jurisdicción del lugar donde se han cometido los hechos puede ceder cuando otros Estados, sin ningún vínculo de conexión con el crimen, ejerzan su jurisdicción. Y es que, como señala el profesor Manuel OLLÉ, el *locus delicti commissi* no puede entenderse en términos absolutos.

justicia penal” o incluso, como se ha demostrado en algunos casos, en el de Guatemala por ejemplo, para sustraer a un sujeto a la justicia o a una condena por parte de algún Estado interesado en ello. De ahí, que se deba proceder con la máxima cautela a la hora de decidir el Estado más adecuado para el enjuiciamiento y para ejercer el principio de justicia universal” (“Propuesta de Convención universal sobre el principio...”, *óp. cit.*, p. 210).

⁵⁰⁹ Para reconocer esa jurisdicción efectiva, también se ha utilizado el término *buena fe*. Así, lo podemos leer en el Voto Particular, de la CIJ, de los Jueces Higgins, Kooijmans y Buergethal en el asunto *de la orden de detención de 11 de abril de 2000* (República Democrática del Congo v. Bélgica), Opinión Disidente, 14 de febrero de 2002, pp. 64-91.

⁵¹⁰ Auto del Pleno de la Sala de lo penal de la AN, de 13 de diciembre de 2000. En el asunto *Guatemala*, la AN entendió que la actuación de los jueces comenzó al finalizar su actividad la Comisión para el Esclarecimiento Histórico el 2 de febrero de 1999, habiéndose presentado la denuncia en España el 2 de diciembre del mismo año. Sin embargo, la misma AN que entendió que sí había estado presente la jurisdicción efectiva en el asunto *Guatemala*, no lo apreció así en el asunto *Pinochet*. “El general y sus subordinados se habían acorazado en Chile contra la persecución penal de sus actos criminales, aprobando una legislación auto exculpatoria de lo que el leguaje políticamente correcto del postpinochetismo contemporizador llamó *excesos del gobierno militar* antes de entregar el poder bajo condiciones a quienes lo ganaron en las urnas. Diez años antes del plebiscito de 1988, el *régimen* (se) concedió (para “*la general tranquilidad, paz y orden*” de la nación) una amplísima amnistía por hechos delictivos perpetrados durante la vigencia del estado de sitio que se extendió del 11 de septiembre de 1973 al 10 de marzo de 1978. Las excepciones fueron muy pocas. Luego, una Constitución hecha a la medida del dictador, senador vitalicio y canchero de toda reforma, unida a la prudencia política de quienes encarnaron la representación del estado y el gobierno civil, supusieron el mantenimiento de leyes que, aplicadas por los tribunales, acabaron en una sistemática degeneración de la justicia exigida por las víctimas del terror impuesto por los autores del golpe de Estado del 11 de septiembre de 1972” (REMIRO BROTONS, A., “Los crímenes de Derecho internacional...”, *óp. cit.*, p. 85).

Es más, señala que quebrará en dos situaciones, atendiendo al principio de interpretación *pro actione* y el interés de la justicia:

a) La primera atiende al principio temporal y consiste en el ejercicio de la jurisdicción universal por un tercer Estado antes de que el Estado donde se cometieron los hechos lleve a cabo ninguna acción, de forma que no tendría sentido devolver la causa, mucho más *avanzada*, a los tribunales del Estado donde se sucedieron los hechos porque éste quiera ejercer una jurisdicción exclusiva, prevaleciendo así el ejercicio del principio universal frente al territorial⁵¹¹, lo que supone la prevalencia del principio *pro actione*. Igual ocurriría en el caso de una solicitud de extradición; la persona requerida no debe ser entregada al Estado que lo solicita si está siendo perseguida por el Estado requerido, pues no tiene sentido entregar al sujeto para ser juzgado en un Estado cuando ya está siendo perseguido por los mismos hechos en otro⁵¹². De hecho, recordemos que los Estados no tienen ninguna obligación de entregar al Estado del lugar de los hechos y de ahí que, aunque en el Proyecto de Código de crímenes de 1991 se recogiera en su artículo 6.2 que “si son varios los Estados que solicitan la extradición, se tendrá en cuenta especialmente la solicitud del Estado en cuyo territorio se haya cometido el crimen”, en segunda lectura terminó desapareciendo debido a las reservas varias de diversos Estados y de miembros de la Comisión⁵¹³. Así lo recoge la CDI en los comentarios del Proyecto final, en el que señala que no se reconoce ninguna preferencia entre las jurisdicciones concurrentes, al igual que tampoco se puede obligar a un Estado a extraditar o a juzgar⁵¹⁴.

b) La segunda situación en la que cederá el ejercicio de la jurisdicción del *iudex loci delicti* será en aquellos Estados que se convierten en auténticos protectores de los presuntos perpetradores, pues si bien parece que están llevando

⁵¹¹ Así ocurrió en el asunto argentino *Scilingo* en el que España ejerció la jurisdicción universal, de forma que Adolfo Scilingo fue juzgado y condenado en España, a pesar de que la jurisdicción argentina conocía del proceso.

⁵¹² “La jurisdicción, en este caso, ni es hipotética ni una expectativa de futuro sino una realidad; por lo que el ejercicio efectivo de la misma autoriza plenamente la aplicación del principio de la jurisdicción universal como propio” (OLLÉ SESÉ, M., *Justicia universal para...*, *óp. cit.*, p. 405).

⁵¹³ Se apuntaba la dificultad de un enjuiciamiento del presunto culpable en el lugar de los hechos si se tratara de funcionarios públicos del Estado o crímenes cometidos al amparo de una política estatal, lo que incluso podría conllevar responsabilidad internacional del Estado (SÁNCHEZ LEGIDO, A., *Jurisdicción universal penal y...*, *óp. cit.*, p. 334).

⁵¹⁴ *Report of the International Law Commission on the work of its forty-eighth session*, 6 May – 26 July 1996, Official Records of the General Assembly, Fifty-first session, Supplement núm. 10, pp. 28-29, disponible en http://legal.un.org/ilc/documentation/english/reports/a_51_10.pdf.

a cabo una investigación y enjuiciamiento de los hechos, se aprecia finalmente que la actividad judicial del *locus delicti* no es efectiva y que realmente no busca alcanzar una sentencia, condenatoria o no⁵¹⁵, de ahí que cualquier Estado que quiera ejercer el principio universal podría hacerlo⁵¹⁶. Para saber cuándo existe o no esa actividad judicial efectiva podemos, como ya hemos señalado, acudir al *test* del artículo 17 del Estatuto de la CPI (*vid. supra* apdo. I, 1, 1.1).

En el caso español, el TC ha sido claro al señalar que debe comprobarse la existencia de “indicios serios y razonables de la inactividad judicial que vinieran a acreditar una falta, ya de voluntad, ya de capacidad para la persecución efectiva de los crímenes”⁵¹⁷. La carga de la prueba respecto a la falta de voluntad o incapacidad del Estado en lo que se refiere a la inactividad judicial corresponderá tanto a las partes acusadoras como al órgano judicial, pues la exigencia de acreditar tal inactividad de forma completa y exclusiva a los denunciantes supone,

⁵¹⁵ Es interesante como en el asunto *Guatemala*, en el voto particular emitido a la Sentencia de la Sala de lo Penal del TS, núm. 327/2003, de 23 de febrero, Fundamento de Derecho 4º, señala: “Ha de admitirse que la necesidad de intervención jurisdiccional conforme al principio de Justicia Universal queda excluida cuando la jurisdicción territorial se encuentra persiguiendo de modo efectivo el delito de genocidio cometido en su propio país. (...) Pues bien, en el caso actual, la documentación aportada por la querrela y valorada por el Instructor es manifiestamente significativa en el sentido de que transcurridos largos años desde que ocurrieron los hechos, por unas u otras razones, la jurisdicción territorial de Guatemala no ha podido ejercerse de un modo efectivo en relación con el Genocidio sobre la población maya objeto de la querrela”.

⁵¹⁶ Y así ocurrió en relación a los crímenes llevados a cabo durante la Guerra Civil española y el franquismo (del 17 de julio de 1936 y el 15 de junio de 1977) investigados por la justicia argentina, por una querrela interpuesta el 14 de abril de 2010, asunto *N.N s/genocidio*, núm. 4591/2010 (A12.447), ante el Juzgado Nacional en lo Criminal y Correccional Federal núm. 1. Frente a la querrela interpuesta en 2006 ante la AN por crímenes franquistas, el Juzgado Central de Instrucción núm. 5 de la AN inhibió a favor de los juzgados territoriales competentes un total de 47 casos. Sin embargo, dichos juzgados territoriales han ido archivando las causas sobre todo tras la Sentencia del TS español, núm. 101/2012, de 27 de febrero, en la que se argumenta la no investigación de los mencionados crímenes debido al incumplimiento del principio de legalidad, la prescripción de los crímenes, el fallecimiento de los presuntos responsables y la ley de amnistía española de 1977. Argumentos que han sido utilizados por múltiples juzgados territoriales españoles para ir desestimando casos. Pero llama la atención cómo, en los dos exhortos (14 de octubre de 2010 y 13 de diciembre de 2011) que las autoridades argentinas han dirigido al Estado español solicitando información sobre si está o no España investigando tales crímenes, la Fiscalía General del Estado respondió de forma afirmativa (6 de mayo de 2011 y 27 de marzo de 2012) aunque en su contestación al segundo exhorto señaló que 22 de los casos habían sido archivados sin investigación alguna, basándose en la mencionada Sentencia del Supremo, que tampoco había sido comunicada al Estado argentino. Amnistía Internacional cifra en 38 los casos archivados y no descarta que pueda ir aumentando con la utilización de los argumentos esgrimidos por el TS (“El tiempo pasa, la impunidad permanece. La jurisdicción universal, una herramienta contra la impunidad para las víctimas de la Guerra Civil y el franquismo en España”, *Amnistía Internacional*, Resumen ejecutivo, 2013, p. 6, disponible en https://www.es.amnesty.org/uploads/media/Al-El_tiempo_pasa_la_impunidad_permanece_Resumen_ejecutivo.pdf).

⁵¹⁷ Sentencia de la Sala Segunda del TC, núm. 237/2005, de 26 de septiembre, Fundamento de Derecho 4º.

como ha señalado el TC, “la necesidad de acometer una tarea de imposible cumplimiento, a efectuar una *probatio diabólica*”⁵¹⁸. Por tanto, si hubiera indicios de que realmente sí hay actividad judicial (e intención real de perseguir los hechos) en el territorio donde se cometieron, el ejercicio del principio de jurisdicción universal debería mantenerse al margen, no sólo por aquellas cuestiones prácticas y políticas mencionadas, sino también para evitar dobles pronunciamientos sobre un mismo asunto.

Llegados a este punto, podemos concluir que no existe en DI una norma que obligue a un Estado a entregar al presunto responsable al Estado donde se ha cometido el delito para que sea juzgado y tampoco que, entre diversas peticiones de extradición, deba entregarlo al Estado del lugar de comisión. Por otro lado, si el Estado que está investigando no pone mucho interés en la investigación de los hechos, el principio de jurisdicción universal tendría sentido.

2.2 Diferentes al Estado del *locus delicti commissi*

Debemos preguntarnos, por último, si el hecho de que varios Estados quisieran ejercer voluntariamente la jurisdicción universal frente a los hechos cometidos en otro Estado puede dar lugar a un enfrentamiento; es decir, ¿supondría el ejercicio de jurisdicción por parte de uno de estos Estados un ataque al derecho que tienen los demás Estados de investigar y juzgar de acuerdo con su ordenamiento interno? La respuesta, entendemos, debería ser negativa, pues de acuerdo con el fundamento del principio de jurisdicción universal, un Estado “no ataca” a otro cuando la ejerce, ya que lo que realmente hace es actuar en representación de toda la Comunidad Internacional en la lucha contra la impunidad. Ahora bien, la realidad es que nos encontramos ante una “cuestión

⁵¹⁸ Sentencia de la Sala Segunda del TC, núm. 237/2005, de 26 de septiembre, Fundamento de Derecho 4º. En el mismo sentido, el voto particular a la Sentencia de la Sala de lo Penal del TS núm. 327/2003, de 25 de febrero, Fundamento de Derecho 4º, señala: “la acreditación plena de la inactividad o ineffectividad de la persecución penal por parte de la jurisdicción territorial (...) vaciaría de contenido efectivo el principio de persecución universal del genocidio, pues se trata de una acreditación prácticamente imposible, y determinaría la exigencia de una valoración extremadamente delicada”.

menor” frente a la generalizada impunidad, y difícil de que se llegue a producir en la práctica⁵¹⁹.

Ante este supuesto de jurisdicciones nacionales concurrentes, y al ser la litispendencia totalmente contraria al DI, la solución en este caso la debemos encontrar en una interacción de fuentes, internacionales y nacionales, de las que podamos extraer criterios que determinen cuál de las jurisdicciones competentes es la más adecuada para investigar y juzgar los hechos. A pesar de la opinión mayoritaria⁵²⁰, entendemos que el establecimiento de los denominados criterios de conexión atentan contra el propio fundamento mismo del principio universal y conllevan a confundir el principio universal con los criterios de conexión. La solución, por el contrario, la encontramos en el principio *pro actione* o en interés de la justicia, atendiendo a los nuevos criterios de atribución de competencia contemplados en el Estatuto de la CPI, esto es, el principio de la buena fe y el debido proceso con todas las garantías⁵²¹, coincidiendo con Mercedes GARCÍA ARÁN, en el hecho de que si se utiliza la *razonabilidad* en el ejercicio del principio universal, se puede evitar “un ejercicio desmesurado e inoportuno, sin necesidad e acudir al extraño criterio de la conexión con intereses nacionales como hace el TS”⁵²².

En este sentido, el *Estado privilegiado* para enjuiciar⁵²³ a través de la jurisdicción universal, en primer lugar, podría ser el Estado donde se encuentra presente el presunto responsable; esto es, estaríamos ante un ejercicio de *jurisdicción universal territorial* condicionado procesalmente a la presencia del presunto responsable en ese Estado (*vid. supra* Capítulo I, apdo. I, 2). Sin embargo, en este sentido la Resolución del IDI de 2005 propone que:

⁵¹⁹ SLEPOY PRADA, C., “El principio de Justicia Universal y su regulación en España: ¿Subsidiariedad o concurrencia?”, CAVAGNA, E. y OLLÉ SESÉ, M. (Coords.), *El principio de Justicia Universal*, Colex, Madrid, 2000, pp. 135-142, pp. 140-141.

⁵²⁰ En este sentido, el ya comentado Principio número 8 de los *Principios de Princeton* (*vid. supra* apdo. II). También Carmen VALLEJO PEÑA: “utilizar la prioridad de jurisdicciones desde los vínculos de conexión, que sirven entonces, no como límites al establecimiento de la jurisdicción universal, sino como instrumento válido a la hora de establecer la prioridad del Estado que en mejores condiciones se encuentra de llevar a cabo el enjuiciamiento” (*El estado de la jurisdicción universal en el Derecho Internacional...*, *óp. cit.*, p. 173).

⁵²¹ OLLÉ SESÉ, M., *Justicia universal para...*, *óp. cit.*, pp. 411.

⁵²² GARCÍA ARÁN, M., “Complementariedad recíproca y justicia global: España...”, *óp. cit.*, p. 280.

⁵²³ KRINGS, B. L., “The Principles of ‘Complementarity’ ...”, *óp. cit.*, pp. 762-763.

“El Estado de detención de un sospechoso debería, antes de la apertura de un procedimiento fundado en la competencia universal, requerir del Estado en cuyo territorio se cometió el crimen o del Estado de la nacionalidad de la persona concernida, su disposición para perseguir a esa persona, a menos que tales Estados carezcan manifiestamente de la voluntad o sean incapaces de hacerlo”.

Y añade:

“en la medida en que se funde únicamente en la competencia universal, el Estado de detención de un sospechoso debería considerar, en su caso, con toda la atención requerida, la aceptación de una solicitud de extradición que le sea dirigida por un Estado con una conexión significativa, como principalmente la territorialidad o la nacionalidad, con el crimen, el sospechoso o la víctima, siempre que dicho Estado sea claramente capaz y tenga la voluntad de perseguirlo”⁵²⁴.

Incluso podría señalarse también que podría ejercer el principio universal aquel Estado que tenga más avanzado el proceso de investigación de los hechos.

Ahora bien, en uno u otro caso, acaso lo más importante sea no perder de vista el fin común de los principios jurisdiccionales, la lucha contra la impunidad, y, al margen de los vínculos de conexión defendidos por la doctrina, tener presente que no hay mejor Estado para ejercer la jurisdicción universal que aquel que tiene voluntad política real de hacerlo.

III. CONDICIONES PARA EL EJERCICIO DE LA JURISDICCIÓN UNIVERSAL

Un Estado no puede ejercer sin más el principio de jurisdicción universal en la lucha contra la impunidad. Para que su ejercicio sea legítimo, debe cumplir una serie de requisitos que vienen establecidos tanto en las normas internacionales como en los ordenamientos jurídicos nacionales. A nivel internacional, éstos tienen que ver con la facultad (u obligación en el menor de las veces), del Estado de

⁵²⁴ La resolución, titulada *La compétence universelle en matière pénale à l'égard du crime de génocide, des crimes contre l'humanité et des crimes de guerre*, fue adoptada en su sesión de Cracovia el 26 de agosto de 2005, párr. 3, c) y d), disponible en http://www.justitiaetpace.org/idiF/resolutionsF/2005_kra_03_fr.pdf.

ejercer su *ius puniendi* extraterritorialmente, habilitándolo competencialmente para que pueda ejercer la jurisdicción universal. Para ello necesitamos la previsión expresa del ejercicio de la misma en un tratado o en una norma consuetudinaria para un determinado crimen internacional. Sin embargo, no siempre aparece mencionado expresamente el principio de jurisdicción universal en el tratado y su ejercicio debe llevarse a cabo a través de títulos que posibiliten su ejercicio. A nivel interno, cada Estado establece sus propias normas para el ejercicio del principio universal. Estas normas se suelen traducir en garantías procesales dirigidas a la protección de los derechos del presunto autor de los hechos. Entre ellas, las más comunes son el principio de legalidad y el principio de *ne bis in idem*. También podemos encontrar, a nivel internacional, otros principios como el de irrelevancia del cargo oficial o de obediencia debida y el principio de responsabilidad penal individual (*vid. supra* Capítulo I, apdo. II, 2).

Ello nos hace pensar en lo señalado por Xavier FERNÁNDEZ PONS acerca de que el DI no sólo crea crímenes internacionales sino que también establece sus propios principios, emanados de sus fuentes⁵²⁵. Y es que asistimos a un proceso en el que el DI penal ha ido creando sus propios crímenes, como ya hemos visto, pero también sus propios principios, desdibujándose así la línea que marca la separación entre el DI y el Derecho interno, mezclándose entre ellos como símbolo o manifestación de la erosión del principio de soberanía en el ejercicio de jurisdicción universal⁵²⁶.

⁵²⁵ FERNÁNDEZ PONS, X., "El principio de legalidad penal y la incriminación internacional del individuo", *REEI*, núm. 5, 2002, pp. 2-3, disponible en <http://www.reei.org/index.php/revista/num5/notas/principio-legalidad-penal-incriminacion-internacional-individuo>.

⁵²⁶ "La pantalla del Estado separando Derecho interno y Derecho internacional, asuntos internos y relaciones internacionales, ha sido traspasada. El Derecho internacional penetra en el mismo santuario de la soberanía, a saber, las relaciones entre el Estado y sus nacionales y, de manera más general, entre el aparato del Estado y la población, esto es, en dos de los elementos constitutivos del Estado tal y como éstos son tradicionalmente concebidos" (ODELLO M., "La Corte Penal Internacional y las legislaciones nacionales: relación entre derecho internacional y derechos nacionales", *Foro. Nueva época*, núm. 1, 2005, pp. 295-329, p. 357). "La responsabilidad internacional para la represión de los crímenes contra la Humanidad es universalmente aceptada a pesar de los obstáculos que -políticamente- han ido apareciendo, y la incompatibilidad de este principio con el de soberanía. Esta fue, por mucho tiempo, la principal dificultad. Ya no. El concepto de soberanía ha perdido su carácter absoluto y apariencia omnipotente, se ha sometido a cambios fundamentales, particularmente reconociendo a los individuos como sujetos del derecho internacional, así como la aceptación amplísima del concepto de interés común en la comunidad mundial. Estos dos principios han tomado prioridad sobre las acciones del Estado. En áreas como los derechos humanos, el Estado ya no puede invocar la exclusividad de la jurisdicción nacional en relación con los derechos individuales. Esto se ha convertido en un asunto de interés internacional

1. PRINCIPIOS HABILITADORES EN EL DERECHO INTERNACIONAL

El derecho (o la obligación, en su caso), que puede habilitar a un Estado a ejercer la jurisdicción universal no sólo aparece contemplado en los diversos tratados internacionales o en normas consuetudinarias (*vid. supra* Capítulo I, apdo. III, 2), sino que existen también dos principios que entendemos otorgan ese título a las jurisdicciones estatales. Nos referimos al principio *aut dedere aut iudicare* y al principio de responsabilidad de proteger.

1.1 El principio *aut dedere aut iudicare*

Este principio, con origen en la máxima grociana *aut dedere aut punire*⁵²⁷, surge como consecuencia de la cooperación internacional⁵²⁸ y la asistencia jurídica estatal⁵²⁹ cuyo objetivo es la lucha contra la impunidad⁵³⁰, poniendo fin “a la

y ha permitido un control sobre las acciones estatales. El concepto actual de soberanía estatal ya no es prominente sobre el ejercicio de la jurisdicción penal que se realice desde el exterior del Estado afectado” (LÓPEZ GARRIDO, D., “La represión de los crímenes contra la humanidad en el Derecho Internacional”, GARCÍA ARÁN, M. y LÓPEZ GARRIDO, D. (Coords.), *Crimen internacional y jurisdicción universal. El caso Pinochet*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, pp. 43-47, pp. 46-47).

⁵²⁷ “*Aut punire* decía Grocio en tiempos menos atentos a la presunción de inocencia” (REMIRO BROTONS, A., “Malos tiempos para...”, *óp. cit.*, pp. 391-410 (versión cedida por el autor, pp. 1-21, p. 7). “En la terminología más moderna se sustituye “castigo” por “enjuiciamiento” como alternativa a la extradición a fin de reflejar mejor la posibilidad de que el presunto autor de la infracción pueda ser declarado no culpable”, *Informe de la Comisión de Derecho Internacional*, Sexagésimo noveno período de sesiones, Suplemento núm. 10 (A/69/10), p. 150, disponible en <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G14/134/65/PDF/G1413465.pdf?OpenElement>. No culpable o inocente, cambiando así el término *punire* por *iudicare* (MARTÍNEZ ALCANIZ, A., *óp. cit.*, p. 191).

⁵²⁸ “Asegurar que no se tolere la impunidad por el genocidio, los crímenes de guerra y los crímenes de lesa humanidad, ni por las violaciones del derecho internacional humanitario y las violaciones graves de las normas de derechos humanos, y que tales violaciones se investiguen debidamente y reciban las sanciones apropiadas, lo que incluye hacer comparecer ante la justicia a los autores de cualquier delito, mediante mecanismos nacionales o, cuando proceda, mecanismos regionales o internacionales, de conformidad con el derecho internacional”, Resolución 67/1, de la AG de las Naciones Unidas, de 24 de septiembre de 2012, párr. 22.

⁵²⁹ HELLMAN, J., *Jurisdicción universal sobre crímenes...*, *óp. cit.*, p. 33. Muestra de la importancia de dicha cooperación y asistencia son los *Principios de cooperación Internacional en la identificación, detención, extradición y castigo de los culpables de crímenes de guerra, o de crímenes de lesa humanidad*, Resolución núm. 3074 (XXVIII) de la AG de las Naciones Unidas, de 3 de diciembre de 1973.

inercia o inactividad de los Estados”⁵³¹, y siempre con absoluto respeto a las distintas soberanías (de ahí la opción de extraditar). El *aut dedere aut iudicare* también es conocido como el principio de sustitución o principio de la justicia supletoria⁵³². Incluso algún autor ha señalado la relación existente entre el principio *aut dedere aut iudicare* y el principio de complementariedad ya estudiado, pudiendo considerar a este último el heredero de aquél al señalar que los Estados partes en el Estatuto de la CPI deben o juzgar o entregar a la CPI. Y, añade, teniendo en cuenta la imperfección del principio de complementariedad, la regla *aut dedere aut iudicare*, a través de la jurisdicción universal penal, puede representar una amenaza para la CPI, pues a aquellas situaciones o crímenes donde la Corte no llegue, podrán llegar los Estados a través de la jurisdicción universal⁵³³.

⁵³⁰ “La extradición y el enjuiciamiento constituyen en efecto medios alternativos para luchar contra la Tortura y Otros Tratados o Penas Cruelles inhumanas o Degradantes, de 1984”, asunto *Cuestiones relativas a la obligación de perseguir o extraditar* (Bélgica v. Senegal), Sentencia de 20 de julio de 2012, *ICJ Reports 2012*, párr. 50. En este sentido Marta SOSA NAVARRO: “La efectiva aplicación de la obligación de extraditar o juzgar en el ámbito de los más graves crímenes internacionales se presenta así como una herramienta procesal capaz de contribuir a la realización de dos objetivos fundamentales para la consolidación de un derecho internacional cimentado sobre los valores de seguridad y justicia: el respeto y protección de las garantías procesales y la erradicación de la impunidad para las más graves violaciones de derechos humanos”. Y añade que, al no existir una *red internacional de cooperación* entre los Estados contra los paraísos de impunidad, el principio *aut dedere aut iudicare* puede forjar esa red tan necesaria (“*Aut dedere aut iudicare*”, *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, núm. 8, marzo-agosto 2015, pp. 171-182, p. 173).

⁵³¹ RODRÍGUEZ MOURULLO, G., *Derecho Penal. Parte General*, Civitas, Madrid, 1978, p. 169. “El objeto principal de esta norma es, precisamente, impedir la inactividad del Estado que pueda conllevar la impunidad de los presuntos autores del delito contemplado que se hallen en su territorio” (PIGRAU SOLÉ, A., *La jurisdicción universal y su aplicación en España...*, *óp. cit.*, p. 28).

⁵³² Nuestro TS ha señalado: “No quedaría debidamente perfilado el ámbito de la jurisdicción española sin aludir al llamado principio de la justicia supletoria, también denominado del Derecho penal de representación, el cual opera en caso de inexistencia de solicitud o de no concesión de extradición, al permitir al Estado donde se encuentra el autor, con aplicación de la ley penal, juzgarlo. El funcionamiento de este principio no es otro que el de la progresiva armonización de las distintas legislaciones como consecuencia de la estructura semejante de los tratados internacionales, en cuanto vienen a diseñar unos tipos punibles e imponen normalmente a los Estados la obligación de introducirlos en sus ordenamientos jurídicos. De ahí que la incorporación de tales tipos penales en el Derecho interno permita la aplicación en su caso de la regla *aut dedere aut iudicare*, si no se concediere la extradición”, Sentencia de la Sala de lo Penal del TS, núm. 582/2007, de 21 de junio, Fundamento de Derecho 3º.

⁵³³ Y concluye: “el principio *aut dedere aut iudicare* se presenta como un suplemento, ya sea, reflejado en la complementariedad de la Corte Penal Internacional; ya sea, a través de la Justicia Universal Penal; debiendo ambas estructuras jurídicas coexistir en armonía (...)” (SERVÍN RODRÍGUEZ, CH. A., “La internacionalización de la responsabilidad penal del individuo frente a la impunidad: el principio *aut dedere aut iudicare* como suplemento de los ordenamientos jurídicos nacionales”, *Coalition for the International Criminal Court*, pp. 7-8, disponible en http://www.iccnw.org/documents/servin_rodriguez.pdf).

A pesar de la existencia de diversas posturas en la doctrina⁵³⁴, en nuestra opinión no es lo mismo y, por tanto, no puede confundirse el principio *aut dedere aut iudicare* y el principio de jurisdicción universal. Aunque ambos comparten un mismo objetivo, pues son mecanismos de cooperación estatal de lucha contra la impunidad, el principio *aut dedere aut iudicare* es entendido como el medio vehicular que se ofrece a los Estados en diversos tratados internacionales para “asegurarse de que sus órganos judiciales gozan de la competencia necesaria para conocer del ilícito penal” a través del ejercicio de la jurisdicción universal⁵³⁵ (*vid. infra* Capítulo I, apdo. III, 2, 2.1). Además, como añade Carmen VALLEJO, “su terreno práctico fundamental [el del principio *aut dedere aut iudicare*] es el ámbito de la cooperación internacional convencional”⁵³⁶. La siguiente tabla elaborada por

⁵³⁴ No existe en la doctrina una posición definida en torno a si este principio coincide con el de justicia universal o no. Entre los primeros encontramos, por ejemplo, al Relator Especial Doudou THIAM, que no hace ninguna consideración en los informes de la CDI, en concreto, en el cuarto y quinto informe al Proyecto de Código de crímenes. Entre los segundos encontramos a Antoni PIGRAU SOLÉ: “En todo caso, la norma *aut dedere aut iudicare* no debe identificarse con el principio de jurisdicción universal, ya que no es más que una de las maneras de prever el ejercicio de dicha jurisdicción, que puede tener también, como se ha indicado, un fundamento derivado exclusivamente de la ley nacional” (*La jurisdicción universal y su aplicación...*, *op. cit.*, p. 30). También a Magdalena M^a. MARTÍN MARTÍNEZ al señalar que, en primer lugar y a diferencia de la jurisdicción universal, el principio *aut dedere aut iudicare* encuentra su origen en los tratados internacionales; en segundo lugar, el principio cosmopolita no necesita de títulos que lo habiliten para poder ser ejercido mientras que el *aut dedere aut iudicare* necesita que el presunto responsable se encuentre en el Estado que pretenda ejercerlo; y, por último, el principio universal es una regla de atribución de jurisdicción y el principio *aut dedere aut iudicare* es un criterio que coordina las jurisdicciones universales concurrentes de los diferentes Estados ante la comisión de un crimen internacional concreto (“Jurisdicción Universal y Crímenes Internacionales”, *Miami Int'l & Comp. L. Rev.*, vol. 9, 2001, pp. 171-187, pp. 184-185). Jacqueline HELLMAN, por su parte, señala que para la aplicación del principio *aut dedere aut iudicare* será necesaria un nexa con el Estado, esto es, que el presunto responsable se encuentre en su territorio; en el caso de la jurisdicción universal no exige nexa ninguno alguno para su ejecución (*Jurisdicción universal sobre crímenes...*, *op. cit.*, p. 35). Y, por último, Maria Antonella PASCULLI señala: “pur permanendo un margine di sovrapposizione tra le due posizioni, in realtà, i due concetti sono ben differenti” (*op. cit.*, pp. 122 y ss.).

⁵³⁵ Además, el principio *aut dedere aut iudicare* es válido para todos los crímenes internacionales, mientras que el principio universal únicamente se predica respecto a los crímenes graves de DI, de ahí que concurran ante determinados delitos (MARTÍNEZ ALCAÑIZ, A., *op. cit.*, pp. 222-223).

⁵³⁶ VALLEJO PEÑA, C., *El estado de la jurisdicción universal en el...*, *op. cit.*, p. 119. Así se desprende también del Informe del Consejo de la Unión Europea: “This obligation, known as the obligation *aut dedere aut iudicare*, 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 iudicare* 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

BENAVIDES⁵³⁷ pone de manifiesto las principales diferencias entre el principio de jurisdicción universal y el principio *aut dedere aut iudicare*:

DISTINCTION BETWEEN UNIVERSAL JURISDICTION AND THE *AUT DEDERE
AUT JUDICARE* PRINCIPLES

Universal jurisdiction	<i>Aut dedere aut iudicare</i>
Universal jurisdiction is a right	<i>Aut dedere aut iudicare</i> is an alternative obligation
Universal jurisdiction is a principle based in customary international law	<i>Aut dedere aut iudicare</i> is usually inserted as a clause in international conventions providing for judicial cooperation. Its customary status is doubtful
Universal jurisdiction is applied to a limited number of international crimes: piracy, slavery, war crimes, grave breaches, crimes against humanity and genocide	The <i>aut dedere aut iudicare</i> principle is contemplated in a large number of multilateral conventions, which codify some international crimes. There are more than 20 international crimes regulated by such conventions
Universal jurisdiction is an exceptional jurisdiction which can be exercised, under certain circumstances, by all the States	<i>Aut dedere aut iudicare</i> , as a clause, within multilateral treaties is only binding among the parties to such treaties

Los antecedentes del principio *aut dedere aut iudicare* los encontramos en el *Convenio Internacional para la represión de la falsificación de moneda* de 1929⁵³⁸, en el *Convenio de Ginebra sobre la prevención y castigo del terrorismo* de 1937⁵³⁹ y en los Convenios de Ginebra de 1949⁵⁴⁰, pero es a partir del *Convenio para la*

criminal justice system to exercise universal jurisdiction but is further bound actually to exercise that jurisdiction by means of either considering prosecution or extraditing”, *The AU-EU Expert Report on the Principle of Universal Jurisdiction*, de 16 de abril de 2009, p. 10, párr. 11, disponible en <http://register.consilium.europa.eu/doc/srv?l=EN&f=ST%208672%202009%20REV%201>.

⁵³⁷ BENAVIDES, L., “The universal jurisdiction principle: nature and scope”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. I, 2001, pp. 19-96, p. 36, disponible en <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/derecho-internacional/article/view/4/3>.

⁵³⁸ *Convenio Internacional para la represión de la falsificación de la moneda*, hecho en Ginebra el 20 de abril de 1929.

⁵³⁹ *Convención para la Prevención y la Represión del Terrorismo*, de 16 de noviembre de 1937.

⁵⁴⁰ *I Convenio de Ginebra para aliviar la suerte que corren los heridos y los enfermos de las fuerzas armadas en campaña*, de 12 de agosto de 1949, BOE de 23 de agosto de 1952; *II Convenio de Ginebra para aliviar la suerte que corren los heridos, los enfermos y los náufragos de las fuerzas armadas en el mar*, de 12 de agosto de 1948, BOE de 26 de agosto de 1952; *III Convenio de Ginebra relativo al trato*

represión del apoderamiento ilícito de aeronaves celebrado en La Haya de 1970⁵⁴¹ cuando se instaura una cláusula homogénea en más de 70 tratados internacionales que se celebraron *a posteriori*. Su artículo 7 señala:

“El Estado Parte en cuyo territorio sea hallado el presunto delincuente, si no procede a la extradición del mismo someterá el caso a sus autoridades competentes a efectos de enjuiciamiento, sin excepción alguna y con independencia de que el delito haya sido o no cometido en su territorio”.

Más tarde, la CDI en el artículo 9 del *Proyecto de Código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad* de 1996 señala:

“*Obligación de conceder la extradición o de juzgar*. Sin perjuicio de la jurisdicción de un tribunal penal, el Estado Parte en cuyo territorio se hallare la persona que presuntamente hubiere cometido un crimen previsto en los artículos 17 [genocidio], 18 [crímenes contra la humanidad], 19 [crímenes contra el personal de las Naciones Unidas y el personal asociado] o 20 [crímenes de guerra] concederá la extradición de esa persona o la juzgará”⁵⁴².

Se trata de un artículo que pone sobre la mesa la necesidad de un “sistema eficaz de tipificación y persecución de los llamados crímenes más graves”⁵⁴³, dejando en un segundo plano la posibilidad de cooperar estatalmente frente a la impunidad de los crímenes más graves con normas consuetudinarias; esto es, deja a un lado la *opinio iuris* y la práctica de los Estados para darle la importancia que se merece al principio *aut dedere aut iudicare*. Además, como señala la CDI, es un

debido a los prisioneros de guerra, de 12 de agosto de 1949, BOE de 5 de septiembre de 1952; *IV Convenio de Ginebra relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra*, de 12 de agosto de 1949, BOE de 2 de septiembre de 1952.

⁵⁴¹ *Convenio para la represión del apoderamiento ilícito de aeronaves*, adoptado en La Haya, de 16 de diciembre de 1970.

⁵⁴² *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*, 1996, vol. II, Segunda parte. Informe de la Comisión a la Asamblea General sobre la labor realizada en su cuadragésimo octavo periodo de sesiones, p. 34, disponible en http://legal.un.org/ilc/publications/yearbooks/spanish/ilc_1996_v2_p2.pdf. En los comentarios al artículo 9, la CDI señala que el principio *aut dedere aut iudicare* está previsto para el genocidio, los crímenes contra la humanidad, los crímenes contra el personal de las Naciones Unidas y el personal asociado y los crímenes de guerra; no así para el crimen de agresión.

⁵⁴³ *Informe de la Comisión de Derecho Internacional*, Sexagésimo noveno período de sesiones, Suplemento núm. 10 (A/69/10), p. 153, disponible en <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G14/134/65/PDF/G1413465.pdf?OpenElement>.

artículo que viene a *llenar lagunas importantes* pues la obligación de extraditar o juzgar no ha sido establecida convencionalmente para los crímenes contra la humanidad ni para el genocidio, ni para aquellos crímenes de guerra que no se enmarcan entre los crímenes graves o que no sean considerados internacionales⁵⁴⁴.

Teniendo en cuenta el origen convencional del principio *aut dedere aut iudicare*, parte de la doctrina señala que en el caso de los crímenes de derecho internacional *stricto sensu* (esto es, crímenes de guerra, crímenes contra la humanidad y genocidio), hoy en día asistimos a un “proceso de cristalización como norma consuetudinaria”, ya sea en su versión de extraditar o juzgar e, incluso, en su versión más estricta, juzgar o extraditar⁵⁴⁵. Por el contrario, otros autores⁵⁴⁶ y algunas resoluciones judiciales⁵⁴⁷ entienden que nos encontramos ante una norma consuetudinaria y así lo demuestra el hecho de que en el mencionado artículo 9 del *Proyecto*, como hemos visto, ya se propusiera la aplicación de este principio a los crímenes más graves: genocidio, crímenes contra la humanidad, crímenes contra el personal de las Naciones Unidas y el personal asociado y crímenes de guerra. Para ello, en los artículos 8 y 10 se recoge que los Estados aplicarán su jurisdicción a esos delitos “sean cuales fueren el lugar de comisión de esos crímenes y sus autores” y que se incluyan estos crímenes en los tratados de extradición que se

⁵⁴⁴ Informe de la Comisión de Derecho Internacional, Sexagésimo noveno período de sesiones, *óp. cit.*, p. 153.

⁵⁴⁵ MARTÍN MARTÍNEZ, M. M^a., señala que la costumbre se encontraría en un *status nascendi*, necesitando *a posteriori* una práctica general y uniforme (“Jurisdicción Universal y Crímenes Internacionales”, *Miami Int'l & Comp. L. Rev.*, vol. 9, 2001, pp. 171-187, p. 185). Y así lo ha recogido la *Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional* de 2000, en su artículo 15, o la *Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción* del año 2003, en su artículo 42.

⁵⁴⁶ En este sentido, REMIRO BROTONS, A., *Derecho Internacional...*, *óp. cit.*, pp. 491-516; también Abraham MARTÍNEZ ALCAÑIZ al señalar que negar la naturaleza consuetudinaria del principio conllevaría una contradicción con la propia naturaleza de esos crímenes, atendiendo al principio *civitas máxima* (*óp. cit.*, pp. 195 y 200). Ver, por todos ellos, SÁNCHEZ LEGIDO, A., *Jurisdicción universal penal y...*, *óp. cit.*, pp. 262 y 266.

⁵⁴⁷ Asunto *Lockerbie (Libia v. EEUU; Libia v. Reino Unido)*, Opinión Disidente de los Jueces WEERAMANTRY y RANJEVA, de 14 de abril de 1992, *ICJ Reports 1992*, pp. 179; asunto *de la orden de detención de 11 de abril de 2000*, Fondo (*República Democrática del Congo v. Bélgica*), Medidas Cautelares, 14 de febrero de 2002, pp. 230-231, párr. 6; y TIPY, asunto *Blaskic (IT-95-14)*, arrêt de 29 de octubre 1997, relatif a la requête de la République de Croatie aux fins d'examen de la décision de la Chambre de première Instance II, rendue le 18 juillet 1997, párr. 29.

encuentren vigentes y en los futuros. No existe, por tanto, un posicionamiento claro en la doctrina⁵⁴⁸.

Fue en 2005 cuando la CDI incluyó la obligación de extraditar o juzgar en su programa de trabajo⁵⁴⁹. Tras los informes del Relator Especial Zdzislaw GALICKI⁵⁵⁰, algunos Estados⁵⁵¹ apoyaron la idea de que este principio fuera obligatorio en el caso de los crímenes más graves:

“El propósito fundamental de este principio es asegurar que las personas responsables de crímenes especialmente graves sean sometidas a la justicia, previniendo el enjuiciamiento y castigo efectivos de esas personas por una jurisdicción competente”⁵⁵².

⁵⁴⁸ ORIHUELA CALATAYUD, E., *La jurisdicción universal...*, *óp. cit.*, pp. 75-76.

⁵⁴⁹ Sin embargo, el tema ya había sido tratado bajo el título “Jurisdicción con respecto a delitos cometidos fuera del territorio nacional”, siendo uno de los 14 temas seleccionados en un listado provisional para el primer periodo de sesiones de la CDI en 1949 y también fue incluido en los artículos 8 y 9 del *Proyecto de Código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad* de 1996, terminando en el año 2014 con la aprobación de un informe final, capítulo VI, “La obligación de extraditar o juzgar (*aut dedere aut iudicare*)” durante el 66 periodo de sesiones de la CDI, *Informe de la Comisión de Derecho Internacional*, Sexagésimo noveno período de sesiones, Suplemento núm. 10 (A/69/10), p. 153, disponible en <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G14/134/65/PDF/G1413465.pdf?OpenElement>.

⁵⁵⁰ Docs. A/CN.4/571, 7 de junio de 2006; A/CN.4/585 y Corr. 1, de 11 de junio de 2007; A/CN.4/603, de 10 de junio de 2008. En este último informe, párr. 40, señala: “Aunque existe un proceso bastante generalizado en el sentido de que puede considerarse que las disposiciones pertinentes de los tratados son en la actualidad la fuente indiscutible de la obligación *aut dedere aut iudicare*, parece haber un interés cada vez mayor entre los miembros de la Comisión en relación con la posibilidad de reconocer también el fundamento consuetudinario de esa obligación, cuanto menos respecto de determinadas categorías de delitos, por ejemplo los delitos más graves reconocidos en virtud del derecho internacional consuetudinario”. Incluso, en 2011, en su cuarto informe propuso un proyecto de artículo sobre la costumbre internacional como fuente del principio *aut dedere aut iudicare*, que señalaba: “Artículo 4. La costumbre internacional como fuente de la obligación *aut dedere aut iudicare*: 1. Todos los Estados tienen la obligación de extraditar o juzgar a un presunto delincuente si esa obligación deriva de las normas consuetudinarias del derecho internacional. 2. Esa obligación puede proceder, en particular, de las normas consuetudinarias del derecho internacional relativas a [las violaciones graves del derecho internacional humanitario, el genocidio, los crímenes de lesa humanidad y los crímenes de guerra]. 3. La obligación de extraditar o juzgar surgirá de toda norma imperativa de derecho internacional general aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados (*ius cogens*), en forma de tratado internacional o de costumbre internacional que tipifique cualquiera de los actos enumerados en el párrafo 2”. Proyecto de artículo que no fue bien recibido. A/CN.4/648, párr. 95.

⁵⁵¹ Rusia (A/CN.4/599, de 30 de mayo de 2008) y Bélgica (A/CN.4/612, de 26 de marzo de 2009).

⁵⁵² Es importante señalar que al referirse el artículo 9 a “la persona que presuntamente hubiera cometido el crimen” se está haciendo referencia a una persona “no sobre la base de alegaciones no probadas, sino de informaciones de hecho pertinentes”. Sin embargo, debido a la disparidad de normativa interna en relación a la suficiencia de las pruebas o indicios que son necesarios para enjuiciar a una persona, el Estado de detención deberá juzgar de acuerdo con su normativa, mientras que en relación a si se cumplen las condiciones o no para extraditar, esto es, si existen o no “cargos suficientes”, como señalan los Convenios de Ginebra, o si existe “una calificación del delito para el que se solicita la extradición y de una exposición de las acciones u omisiones

Para el profesor Ángel SÁNCHEZ LEGIDO,

“Únicamente aceptando el valor nomogénico de lo que los Estados dicen, y no sólo de lo que hacen, y admitiendo la posibilidad de deducir reglas jurídicas de las consecuencias lógicas que se anudan a sus compromisos convencionales y a sus declaraciones en torno a los valores e intereses esenciales de la Comunidad Internacional, puede aceptarse la virtualidad general del *aut dedere aut iudicare*”⁵⁵³.

En nuestra opinión, y a pesar de todo lo apuntado aquí, nos encontraríamos aún en un proceso de cristalización en una norma consuetudinaria pues, a pesar de la abundante doctrina, la jurisprudencia de los tribunales *ad hoc* y de la CPI e, incluso, del número de Estados que han ratificado los diversos tratados donde se recoge el principio y las resoluciones de la AG y del CS, lo cierto es que las divergencias de la *práctica estatal* impiden que podamos hablar de una práctica uniforme o constante⁵⁵⁴. Con gusto amargo podemos observar y conformarnos, como hacen varios autores, con la idea de que, a pesar de no encontrarnos ante una

constitutivas del presunto delito, incluida una referencia al tiempo y lugar de comisión”, como señala el *Tratado modelo de extradición*, de 14 de diciembre de 1990, habrá que estar a las condiciones de los tratados bilaterales o multilaterales, sin olvidar que: “El elemento de discrecionalidad en el ejercicio de la acción penal, en virtud del cual puede concederse a un supuesto delincuente una inmunidad de jurisdicción a cambio de que aporte pruebas o ayude al procesamiento de otras personas cuya conducta penal se considere más grave, reconocido en algunos regímenes jurídicos, queda excluido con respecto a los crímenes comprendidos en el código”, *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*, 1996, vol. II, Segunda parte..., *óp. cit.*, p. 34.

⁵⁵³ SÁNCHEZ LEGIDO, A., *Jurisdicción universal penal y...*, *óp. cit.*, p. 266.

⁵⁵⁴ En este sentido, Marta SOSA NAVARRO, tras llevar a cabo un análisis de las diversas fuentes (*óp. cit.*, pp. 178-180). Y es que, como señala la profesora Esperanza ORIHUELA CALATAYUD: “La apreciación de la existencia del elemento material de la costumbre no puede olvidar el carácter y contenido de la misma ni pasar por alto las situaciones a las que resultará aplicable, que son, por lo demás, a las que habrá que atender a la hora de apreciar su aparición. Mucho ha cambiado la situación relacionada con la represión de los crímenes internacionales más graves en las últimas décadas, y posiblemente también lo haya hecho el carácter de la norma que obliga a extraditar o juzgar, pero, si pese a todo, se considera que la máxima *aut dedere aut iudicare* no ha alcanzado el *status* de norma consuetudinaria, ni siquiera en estos casos, lo que parece indiscutible es que los Estados deben cooperar en la represión de estos crímenes; no deben obstaculizar su sanción lo que implica evitar que su territorio se convierta en refugio de criminales, y no pueden rechazar sistemáticamente las solicitudes de extradición o el enjuiciamiento” (*La jurisdicción universal...*, *óp. cit.*, pp. 76-78). En este sentido se manifiesta también Christopher A. SERVÍN RODRÍGUEZ, al señalar que: “Hoy día son más los Estados que refugian criminales del derecho de gentes, que aquellos que buscan la justicia penal internacional mediante la aplicación de este principio; lo rescatable de esto, es que, cada día, la norma *aut dedere aut iudicare* se integra con mayor frecuencia en la práctica de la comunidad internacional...” (“La internacionalización de la responsabilidad penal del individuo...”, *óp. cit.*, p. 5).

norma consuetudinaria, hoy en día la situación es mucho mejor que hace unos años.

A pesar de haber establecido que no estamos ante una norma consuetudinaria, es importante analizar si nos encontramos ante una norma de *ius cogens* o no. De acuerdo con la CIJ, dependerá del objeto y fin del tratado donde la cláusula *aut dedere aut iudicare* haya sido incluida. En el asunto *cuestiones relativas a la obligación de perseguir o extraditar* (Bélgica v. Senegal), y en relación a la *Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes* de 1984⁵⁵⁵, la propia Corte señaló que nos encontramos ante “obligaciones *erga omnes partes*” debido al interés común de los Estados en que dichas obligaciones sean cumplidas, pudiendo cada uno de los Estados exigir a otro que cumpla con las disposiciones del tratado⁵⁵⁶. De ahí que podamos deducir que, en relación a todos aquellos crímenes de DI de *ius cogens* que afectan a los intereses fundamentales de la Comunidad Internacional y que estén contemplados en tratados internacionales que contengan la cláusula *aut dedere aut iudicare*, los Estados parte, y los que no sean parte, deberán cumplir con el mandato.

Aclarada su naturaleza de *ius cogens*, pasamos ahora a conocer su contenido, esto es, la obligación de juzgar y la obligación de extraditar. Lo primero que debemos señalar es que no existe una prelación entre ambas obligaciones. Así, en el documento “*La obligación de extraditar o juzgar (aut dedere aut iudicare)*” preparado por la Secretaría de la CDI en 2010 se señalan hasta cuatro diversas fórmulas que combinan la prevalencia del *aut dedere* con el *aut punire* o viceversa⁵⁵⁷ estableciendo, en todo caso, que es una *obligación que se impone* al

⁵⁵⁵ *Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes* de 10 de diciembre de 1984, BOE núm. 268, de 9 de noviembre de 1987.

⁵⁵⁶ Asunto *cuestiones relativas a la obligación de perseguir o extraditar* (Bélgica v. Senegal), Sentencia de 20 de julio de 2012, *ICJ Reports 2012*, párrs. 67-70. La consideración de una norma de *ius cogens* viene avalada por Abraham MARTÍNEZ ALCANIZ al señalar hasta siete razones que avalan su obligación *erga omnes* en relación a los crímenes de DI (*óp. cit.*, pp. 196-199).

⁵⁵⁷ Esas cuatro posibilidades son: en primer lugar, la fórmula contenida en el *Convenio Internacional para la Represión de la Falsificación de Moneda* de 1929 que establece la extradición como obligatoria y el enjuiciamiento como potestativo; en segundo lugar, la representada por las convenciones y acuerdos regionales de extradición, en las que se establece la obligación de extraditar y si no, la obligación de enjuiciar; la tercera posibilidad es la establecida en los Convenios de Ginebra de 1949, en la que se establece la obligación de enjuiciar, independientemente de cualquier solicitud de extradición, que se contempla como una opción; y, por último, la fórmula del *Convenio para la Represión del apoderamiento Ilícito de Aeronaves* o Convenio de La Haya de 1970 contempla la opción de extraditar y si no, la obligación de enjuiciar, más conocida como *fórmula de La Haya* (*Examen de las convenciones multilaterales que pueden resultar pertinentes para la labor de*

“Estado de detención en cuyo territorio se hallare el presunto delincuente”, debiendo éste adoptar *medidas eficaces* para que dicha persona sea juzgada por sus autoridades o por las autoridades de aquel Estado que esté dispuesto a juzgarlo y haya solicitado la extradición⁵⁵⁸. Y es al hablar de *medidas eficaces* cuando nos estamos refiriendo al hecho de que, tanto el Estado que detiene como el Estado que solicita la extradición:

“han tenido que dotar previamente a sus tribunales de la competencia suficiente para conocer de los delitos que caen dentro de la órbita de la regla *aut dedere aut iudicare*. En definitiva, los Estados Parte de un instrumento internacional que contuviese la obligación de extraditar o juzgar, deberían incorporar la jurisdicción universal supletoria o subsidiaria en su ordenamiento jurídico, a fin de cumplir con esta obligación alternativa”⁵⁵⁹.

El establecimiento de la jurisdicción universal subsidiaria será absolutamente necesario para enjuiciar a aquellos detenidos en el territorio de un Estado, excepto que el presunto responsable tenga algún nexo de conexión con la víctima, en cuyo caso el principio competencial de aplicación de la ley penal extraterritorial podría ser otro, como el principio de nacionalidad o del principio de protección.

Por último, señala la CDI, debemos contemplar la situación en la que un Estado se niegue a juzgar, se niegue a extraditar e, incluso, se niegue a entregarlo a un tribunal internacional. El incumplimiento de una norma de *ius cogens*

la Comisión de Derecho Internacional sobre el tema “La obligación de extraditar o juzgar (*aut dedere aut iudicare*)”, Doc. A/CN.4/630, de 18 de julio de 2010). De forma que son los propios Estados los que decidirán la fórmula que quieren establecer en el tratado que firmen de acuerdo a sus circunstancias y al objetivo del mismo.

⁵⁵⁸ “El Estado de detención se encuentra en una posición única para asegurar la aplicación del código, en razón de la presencia del presunto delincuente en su territorio”, *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*, 1996, vol. II, Segunda parte, *óp. cit.*, p. 34.

⁵⁵⁹ MARTÍNEZ ALCAÑIZ, A., *óp. cit.*, p. 221. Para cumplir efectivamente con la obligación de juzgar o extraditar, el Estado de detención debe haber tipificado los crímenes y determinado la jurisdicción sobre aquellos crímenes, haber establecido una investigación y detención del sospechoso, así como someter el asunto a aquellas personas que puedan iniciar las actuaciones penales, si bien no será necesario siempre iniciar las actuaciones, y, por último, extraditar a otro Estado con jurisdicción y capacidad para enjuiciar (*Informe de la Comisión de Derecho Internacional*, Sexagésimo noveno período de sesiones, Suplemento núm. 10 (A/69/10), p. 161, disponible en <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G14/134/65/PDF/G1413465.pdf?OpenElement>).

“puede conducir a la responsabilidad del Estado denegante que cobija en la medida en que esté prestando su territorio para facilitar eludir la acción de la justicia penal internacional y/o menoscabar el derecho de otro Estado para procesar a la persona que está protegiendo”⁵⁶⁰.

En el caso español, España ha ratificado una serie de tratados internacionales que contemplan la cláusula *aut dedere aut iudicare* y que están relacionados con materias *muy diversas*: Derecho Internacional Humanitario, Derechos humanos, amparo de grupos específicos de personas o bienes, seguridad en la aviación civil y navegación marítima y, por último, terrorismo⁵⁶¹.

Veamos a continuación, basándonos en la Opinión Separada del juez Abdulqawit A. YUSUF en el asunto *sobre las cuestiones relativas a la obligación de perseguir o extraditar* ante la CIJ⁵⁶², dos posibles categorías de fórmulas en el adagio *aut dedere aut iudicare*: aquéllas en las que se da prioridad a la extradición y aquellas en las que se da prioridad al enjuiciamiento.

1.1.1 *Aut dedere*: doble incriminación e imprescriptibilidad del crimen

La extradición es un “acto de soberanía en virtud del cual un Estado entrega a otro la persona de un presunto o declarado responsable de un delito, a fin de que sea juzgado en el Estado solicitante o de que cumpla la pena que en su día le fuera impuesta”⁵⁶³, de forma que el Estado requirente podría, en ejercicio de los diversos títulos jurisdiccionales, incluido el universal, ejercer su competencia⁵⁶⁴.

⁵⁶⁰ COLLANTES, J. L., *óp. cit.*, p. 72.

⁵⁶¹ Un listado exhaustivo de todos los tratados relacionados con la diversidad de materias mencionadas lo encontramos en ORIHUELA CALATAYUD, E., “La regulación de la jurisdicción universal en España...”, *óp. cit.*, pp. 290-291. Y sobre el cumplimiento del *aut dedere aut iudicare* en España ver, de la misma autora: “La obligación *aut dedere aut iudicare* y su cumplimiento en España”, *REDI*, vol. 68, núm. 2, 2016, pp. 207-228.

⁵⁶² *Cuestiones relativas a la obligación de perseguir o extraditar (Bélgica v. Senegal)*, Opinión separada de 20 de julio de 2012, *ICJ Reports 2012*, párrs. 19-22.

⁵⁶³ QUINTERO OLIVARES, G. y MORALES PRATS, F., *Parte General del Derecho Penal*, Ed. Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2010, p. 172. La extradición es considerada un “mecanismo de cooperación judicial internacional que facilita con unos requisitos el traslado del reo y su enjuiciamiento en España” (BONET ESTEVA, M., *óp. cit.*, p. 15). Se trata de un instrumento de cooperación en la lucha contra la impunidad, tal y como señalan numerosos tratados internacionales de extradición y el *Tratado modelo de extradición*, Resolución núm. 45/116 de la AG

La extradición conlleva, normalmente, el cumplimiento de dos requisitos previos que vienen a establecerse en las diversas legislaciones internas⁵⁶⁵: la doble incriminación y la no prescripción del crimen. Respecto al primer requisito, la doble incriminación, consiste en que los hechos sean considerados un delito tanto en la legislación del lugar donde se encuentra el presunto responsable, como en la del Estado que solicita la extradición, no siendo necesario una identidad absoluta del tipo, pudiendo llegar a ser una *limitación excesiva* al ejercicio de la jurisdicción

de Naciones Unidas, de 14 de diciembre de 1990, disponible en <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/BDL/2012/8307.pdf?view=1>. Sin embargo, “la extradición constituye un acto de cooperación entre Estados, o lo que es lo mismo, entre gobiernos. De esta manera el ejercicio de la jurisdicción, pese a la existencia del principio de la separación de poderes, está condicionado por decisiones gubernativas que en muchos casos nada o poco tienen que ver con la justicia. Mientras que los gobiernos no sean una mera correa de transmisión de las peticiones del poder judicial, ni las decisiones sobre la concesión o no de la extradición sean adoptadas por los jueces vinculantes para el ejecutivo en todo caso, la lucha contra la impunidad seguirá presentando fisuras” (ORIHUELA CALATAYUD, E., “Justicia universal y...”, *óp. cit.*, pp. 142-143). De ahí que nuestro TS haya propuesto: “La institución de la extradición, tal y como la hemos heredado de otras épocas históricas, debe ser sometida a una profunda revisión a través de los efectos que se derivan del imparable desarrollo del principio de justicia universal que emana de diversos Tratados y Convenios Internacionales entre los que podemos citar, sin ánimo de exhaustividad, el Convenio sobre la Prevención y Castigo de los delitos contra las personas especialmente protegidas adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas de 1973 o la Convención contra la Tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes adoptado por la Asamblea General el 10 de diciembre de 1984. La propia existencia y justificación del Tribunal Penal Internacional recientemente creado, exige que la reclamación de personas para ser enjuiciadas se haga dentro del ámbito estrictamente jurisdiccional, desapareciendo los vestigios del pasado que interfiere en las decisiones judiciales con resoluciones administrativas absolutamente incontrolables y por consiguiente de matiz político coyuntural, con grave quebranto del principio de legalidad”, Auto de la Sala de lo Penal del TS, núm. 420/2000, de 1 de febrero de 2000, Fundamento de Derecho 2º, párr. 8.

⁵⁶⁴ “La extradición solo puede concederse a un Estado que tenga jurisdicción, por cualquier título, para procesar y juzgar al presunto infractor en cumplimiento de una obligación jurídica internacional que vincule al Estado en cuyo territorio se encuentre esa persona”. Y en ningún caso la obligación de extraditar podrá ser sustituida por expulsión, entrega extraordinaria o cualquier otro método de envío de un presunto responsable de un delito a otro Estado sin las correspondientes condiciones de protección de DDHH: principio de doble incriminación, *ne bis in idem*, *nullum crimen sine lege*, especialidad y no extradición por motivos de origen étnico, religioso, nacional o político, *Informe de la Comisión de Derecho Internacional*, Sexagésimo noveno período de sesiones, Suplemento núm. 10 (A/69/10), p. 164, disponible en <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G14/134/65/PDF/G1413465.pdf?OpenElement>.

⁵⁶⁵ En el caso español, la extradición está contemplada en la CE, artículo 13.3: “La extradición sólo se concederá en cumplimiento de un tratado o de la ley, atendiendo al principio de reciprocidad. Quedan excluidos de la extradición los delitos políticos, no considerándose como tales los actos de terrorismo”; así como en los artículos 824 y siguientes del *Real Decreto de 14 de septiembre de 1882 por el que se aprueba la Ley de Enjuiciamiento Criminal*, BOE núm. 260, de 17 de septiembre de 1882, que regulan la extradición activa; y la *Ley 4/1985, de 21 de marzo, de Extradición Pasiva*, BOE núm. 73, de 26 de marzo de 1985, que encuentra su origen en los diversos tratados internacionales en los que España es parte, destacando especialmente el *Convenio Europeo de Extradición*, hecho en París el 13 de diciembre de 1957 (BOE núm. 136, de 8 de junio de 1982) y cuyo artículo 1 señala: “Obligación de ejercer la extradición. Las partes contratantes se obligan a entregarse recíprocamente, según las reglas y en las Condiciones prevenidas en los artículos siguientes, a las personas a quienes las autoridades judiciales de la Parte requirente persiguieren por algún delito o buscaren para la ejecución de una pena o medida de seguridad”.

universal en su lucha contra la impunidad⁵⁶⁶. Además, es éste un requisito que no está presente en los tratados internacionales sino que viene impuesto por los ordenamientos internos en aras de la cooperación judicial estatal. Aunque no resulta, por tanto, necesario en el ejercicio de la jurisdicción universal⁵⁶⁷, sí es obligatorio en el caso de que para ejercerla sea necesaria la extradición del presunto autor al Estado que la ejercita, esto es, al Estado requirente⁵⁶⁸, de forma que podría llegar a constituir un límite u obstáculo al ejercicio de la jurisdicción universal. Ahora bien, no debemos olvidar que si de lo que se trata, al ejercer las acciones extraterritoriales, es la defensa de intereses que afectan a toda la comunidad, debería ser suficiente con el “reconocimiento internacional e incriminación en el Derecho interno del Estado que ejerce la jurisdicción”⁵⁶⁹.

La imprescriptibilidad del crimen es el segundo requisito establecido por las legislaciones nacionales. A pesar de la *Convención de Naciones Unidas, de 26 de noviembre de 1968 sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y los*

⁵⁶⁶ “La apreciación del cumplimiento de este requisito no deja de responder a un juicio unilateral del aplicador, y su vinculación respecto del Estado solicitante puede tener un efecto laminador”, así lo pudimos comprobar en el asunto *Pinochet*, en el que “la decisión del Comité de Apelación de los Lores, de 24 de marzo de 1999, viene a poner de manifiesto las consecuencias que una perversa apreciación de la exigencia de la doble incriminación puede comportar para el ejercicio de la acción penal en el Estado que solicita la extradición. La apreciación que hacen los lores británicos de la exigencia de la doble incriminación refiriéndola al momento de comisión de los hechos y no al momento de la petición de extradición, supuso una reducción excesiva respecto de los delitos de los que podría conocer la jurisdicción española de haberse producido su entrega a España. Con ello, por ejemplo, se reducen los delitos de torturas a las efectuadas con posterioridad a la fecha de entrada en vigor de la *Criminal Justice Act* de 1988 británica” (ORIHUELA CALATAYUD, E., “Justicia universal y...”, *óp. cit.*, pp. 139-140). De hecho, la doble incriminación es considerada un requisito consuetudinario teniendo en cuenta el número de convenios internacionales en el que viene recogido. Y así ocurre también en el caso español, en la *Ley 4/1985, de 21 de marzo, de Extradición Pasiva* (BOE núm. 73, de 26 de marzo de 1985), cuyo artículo 2 señala: “Se podrá conceder la extradición por aquellos hechos para los que las Leyes españolas y las de la parte requirente señalen una pena o medida de seguridad”.

⁵⁶⁷ “Es indiferente que los hechos sean delictivos en el lugar de comisión, porque, en todo caso, son delictivos para las normas y la comunidad internacionales. En suma el país que ejerce su competencia basada en el principio de justicia universal no lo hace para defender intereses propios, sino como miembro de la comunidad internacional y para defender intereses asumidos por ésta” (GARCÍA ARÁN, M., “Complementariedad recíproca y justicia global: España, Guatemala y la Corte Penal Internacional”, *Persona y Derecho*, núm. 51, 2004, pp. 255-281, p. 258).

⁵⁶⁸ La excepción está conformada por los crímenes contra la humanidad, no siendo necesario el requisito de la doble incriminación: “Dado que es un bien jurídico internacional el protegerse de los Crímenes contra la Humanidad, no se exige, en aplicación de los principios que rigen estos delitos, que un Estado tenga una tipificación idéntica a la de otro para proceder a la extradición de una persona que un Estado persigue y solicita, en razón de ser acusado de cometer tales crímenes”, (LÓPEZ GARRIDO, D., “Contra la impunidad...”, *óp. cit.*, p. 33).

⁵⁶⁹ “Conclusión que quedaría reforzada si tenemos en cuenta que la entrega de los presuntos delincuentes a los Tribunales Penales internacionales no opera a través de este instrumento jurídico ni está condicionada a la doble incriminación” (ORIHUELA CALATAYUD, E., “Justicia universal y...”, *óp. cit.*, pp. 140-141).

*crímenes contra la humanidad*⁵⁷⁰, lo cierto es que nada se dice en el *Proyecto de Código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad* de 1996 acerca de la prescripción de los mismos. De forma que, al igual que ya ocurriera con el requisito de la doble incriminación, la heterogeneidad con la que es tratado este requisito a nivel interno podría dar lugar a una limitación del ejercicio de la jurisdicción universal que estudiaremos más adelante (*vid. infra* Capítulo III, apdo. I, 1, 1.3).

Este tipo de cláusulas que prevén la obligación de extraditar (*aut dedere*) son las que se establecen en los Convenios de Ginebra de 1949, de ahí que se les conozca como *formato Ginebra*. Con ellas se está dando prioridad al Estado donde tuvo lugar la comisión del delito y sólo si el Estado de detención denegara la extradición o la víctima fuera un nacional suyo, tendrá la obligación de juzgar⁵⁷¹. Con el juzgamiento se elude la extradición. Ahora bien, si no hubiere solicitud de extradición, no tiene el Estado donde se encuentra el presunto responsable obligación alguna de enjuiciar⁵⁷².

En esta formulación del principio *aut dedere aut iudicare* debemos examinar ahora los vínculos entre la extradición y el principio de jurisdicción universal. Por

⁵⁷⁰ *Convención de Naciones Unidas sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y los crímenes contra la humanidad*, de 26 de noviembre de 1968. “Su alcance subjetivo es bastante reducido, pues sólo son partes 44 Estados y las legislaciones internas establecidas al efecto son heterogéneas. Sin ir más lejos es preciso advertir que España no es parte en dicha Convención y que nuestro Código Penal sólo considera imprescriptible el delito de genocidio (art. 131.4), pero sí prescriben las torturas y los crímenes de guerra tipificados en el mismo” (ORIHUELA CALATAYUD, E., “Justicia universal y...”, *óp. cit.*, pp. 141-142).

⁵⁷¹ Entre otros: *Convenio Internacional para la Represión de la Falsificación de Moneda* de 1922, artículo 9; *Convención de la Unión Africana para Prevenir y Combatir la Corrupción*, artículo 15; y Protocolo facultativo de la *Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía*. “La incorporación en estos convenios de la regla *aut dedere aut iudicare* condicionando el enjuiciamiento a la existencia y denegación de una solicitud de extradición permite considerar que, en estos casos, los negociadores han primado el interés de perseguir y juzgar de los Estados conectados con el crimen por otros vínculos más directos sobre la certeza del enjuiciamiento y la efectividad de la lucha contra la impunidad. El compromiso de los Estados parte resulta, por tanto, menos riguroso que el establecido en los convenios que formulan la citada regla imponiendo la obligación de enjuiciamiento. Silentes los convenios, cabe considerar que las razones que justifican esta forma de proceder pueden derivarse de la consideración de que los crímenes a cuya sanción están destinados estos tratados presentan una gravedad o repulsa menor que aquellos en los que el enjuiciamiento está asegurado” (ORIHUELA CALATAYUD, E., *La jurisdicción universal en...*, *óp. cit.*, p. 71).

⁵⁷² Pues, “no se puede generalizar la interpretación de que la obligación *aut dedere aut iudicare* contiene la exigencia de una solicitud de extracción previamente denegada, aunque algunos tratados lo dispongan concretamente así, como se viene de ver, pues sería contraria al espíritu del principio: impedir la inactividad del Estado que pueda conllevar la impunidad de los presuntos autores del delito que se hallen en su territorio” (VALLEJO PEÑA, C., *El estado de la jurisdicción universal en el Derecho Internacional...*, *óp. cit.*, p. 124).

un lado, analizaremos la relación entre la extradición activa y el principio de jurisdicción universal, en concreto la jurisdicción universal pura, pues es a través del principio *aut dedere aut iudicare* que el Estado requirente, en ejercicio de diversos principios jurisdiccionales (principio de personalidad activa o pasiva, principio de protección o principio universal), sin tener nexo alguno con el hecho delictivo, puede⁵⁷³ solicitar la entrega del presunto responsable para enjuiciarlo después. Se recoge, en ocasiones, el principio de no extradición de nacionales, siendo necesario en este caso que el presunto responsable no se encuentre en el Estado del que es nacional⁵⁷⁴.

Por otro lado, resulta también necesario el análisis de la relación existente entre la extradición pasiva y la jurisdicción universal; esto es, el derecho que el Estado del *iudex deprehensionis* ostenta frente a una petición de extradición de un tercer Estado o, incluso, de un tribunal internacional. En el caso de una petición proveniente de un tercer Estado, si el Estado detentor no concede la extradición tiene la obligación de enjuiciar, siempre y cuando tenga competencia para ello, que normalmente la tendrá a través del principio de jurisdicción universal supletoria, al tratarse del Estado en cuyo territorio se encuentra el presunto responsable. Por eso resulta importante recoger en la legislación interna el título universal. Tanto en ese caso como en el de que fueran varias las solicitudes de extradición realizadas, el Estado donde se encuentra el presunto responsable es libre de concedérsela a aquel Estado que considere más conveniente, si bien aspectos técnico-procesales nos llevan a preferir la jurisdicción del Estado donde sucedieron los hechos⁵⁷⁵ (*vid. supra* apdo. II, 2). Por supuesto, cuando se tenga

⁵⁷³ La regla general es que nos encontramos ante el derecho de solicitar la extradición, siendo la excepción los Convenios de Ginebra de 1949 en los que los Estados tienen la obligación de solicitar la extradición de los presuntos responsables que no estén siendo sometidos ya a tribunales nacionales o internacionales. De no hacerlo nos encontraríamos ante un ilícito internacional.

⁵⁷⁴ “En caso de no concederse conllevará que el responsable sea sometido al imperio de la ley del Estado que no la ha concedido, previa solicitud del Estado requirente”. En el caso español, el artículo 3.1 de la Ley 4/1985 señala la no extradición de españoles o extranjeros por delitos que, de acuerdo con el ordenamiento jurídico español, deban conocer los jueces españoles. Ciertamente la no entrega de nacionales conlleva un límite al ejercicio de la jurisdicción universal (MARTÍNEZ ALCANIZ, A., *óp. cit.*, pp. 203-204 y 208).

⁵⁷⁵ “El proyecto de artículos aprobado en primera lectura recomendaba que se considerase especialmente la solicitud del Estado en cuyo territorio se hubiere cometido el crimen. En segunda lectura, el Relator Especial propuso que se considerase la posibilidad de incluir en una disposición específica la prioridad de la solicitud del Estado territorial. Sin embargo, el Comité de Redacción consideró que la cuestión no estaba aún madura para su codificación”. En todo caso, la extradición

constancia de que la solicitud de extradición va dirigida a obtener la impunidad del presunto responsable, cabe también la posibilidad de no entregar al presunto responsable y juzgarlo. En el segundo supuesto, esto es, en el caso de que la solicitud provenga de un tribunal internacional, no se considera extradición propiamente dicha y el Estado estará obligado a entregarlo al Tribunal⁵⁷⁶, procedimiento más rápido que el de extradición que también cumpliría con el principio *aut dedere aut iudicare*.

1.1.2 *Aut iudicare*

En la segunda categoría de tratados internacionales señalada por el juez YUSUF, sus cláusulas imponen la obligación de enjuiciar quedando la extradición, en ocasiones, como una opción posible y, en otras, como una obligación si el Estado no juzga⁵⁷⁷. En estos tratados, el Estado del *iudex apprehensionis* tiene la obligación de juzgarlo, aunque puede liberarse de tal persecución concediendo la extradición⁵⁷⁸. Así lo señaló la CIJ en el asunto *cuestiones relativas a la obligación de perseguir o extraditar* (Bélgica v. Senegal):

de los presuntos culpables viene establecida en el artículo 10 del Proyecto, *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*, 1996, vol. II, Segunda parte, *óp. cit.*, p. 35.

⁵⁷⁶ Así, en el caso español, se dictó la *Ley Orgánica 18/2003, de 10 de diciembre, de cooperación con la Corte Penal Internacional*, BOE núm. 296, de 11 de diciembre de 2003, para el cumplimiento de las obligaciones españolas para con este tribunal, en concreto y en el caso que nos ocupa, el artículo 89 del Estatuto de la CPI señala la obligación de los Estados parte en el mismo de cumplir con las órdenes de entrega de los presuntos responsables. Anteriormente ya se dictaron la *Ley Orgánica 15/1994, de 1 de junio, para la cooperación con el Tribunal Internacional Penal para la antigua Yugoslavia*, BOE núm. 131, de 2 de junio de 1994; y la *Ley Orgánica 4/1998, de 1 de julio, para la cooperación con el Tribunal Internacional Penal de Ruanda*, BOE núm. 157, de 2 de julio de 1998. Y señala MARTÍNEZ ALCANIZ que en estos casos el *extraditatus* pierde garantías pues, en estos medios de cooperación judicial, a diferencia de la extradición en los que nos encontramos con una serie de garantías (*non bis in idem*, prescripción, principio de legalidad, doble incriminación...), no es necesario el requisito de doble incriminación, teniendo en cuenta que nos encontramos ante tipos de Derecho Internacional ampliamente reconocidos (MARTÍNEZ ALCANIZ, A., *óp. cit.*, p. 214).

⁵⁷⁷ Convenios de Ginebra de 1949; el *Convenio para la Represión del Apoderamiento ilícito de Aeronaves* o Convenio de La Haya de 1970, artículo 7, párr. 1; y la *Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes* de 1984, artículo 7.

⁵⁷⁸ "La extradición es, en este supuesto, una opción liberatoria de la obligación del Estado que prefiere abstenerse de perseguir criminalmente al presunto responsable de torturas arrestado en su territorio", REMIRO BROTONS, A., "Malos tiempos para la...", *óp. cit.*, pp. 391-410 (versión cedida por el autor, pp. 1-21, p. 7).

“La extradición es una opción que ofrece la convención al Estado, mientras que el enjuiciamiento es una obligación internacional establecida en la Convención, cuyo incumplimiento genera la responsabilidad del Estado por un hecho ilícito”⁵⁷⁹.

El Estado que tiene en su territorio al presunto infractor de un crimen grave de DI, tiene la obligación *ipso facto* de juzgar. Si hubiera recibido una solicitud de extradición y decide no extraditar, debe también juzgar. Es decir, tanto en el caso de que el Estado no haya recibido ninguna solicitud de extradición o haya decidido confiar en sus tribunales y juzgarlo, podrá hacerlo independientemente de donde se haya cometido el crimen, así como de la nacionalidad del presunto autor o de la víctima, a través del ejercicio de la jurisdicción universal. En el primero de los casos en los que se impone la obligación de juzgar *ipso facto*, dicha obligación nace desde el mismo momento en que la presencia del presunto responsable en el territorio del Estado es determinada, con independencia de cualquier solicitud de extradición. En este caso, el ejercicio del principio de jurisdicción universal es una obligación para el Estado de detención. Y en el caso de que llegara una solicitud de extradición podrá el Estado, discrecionalmente, elegir entre juzgar o extraditar. El ejemplo más claro es la cláusula recogida en los Convenios de Ginebra de 1949. Así lo ha señalado la CPI en el asunto *cuestiones relativas a la obligación de perseguir o extraditar* (Bélgica v. Senegal)⁵⁸⁰, respecto al artículo 7 de la Convención contra la Tortura de 1984:

“Impone al Estado interesado la obligación de someter el caso a sus autoridades competentes a efectos de enjuiciamiento, independientemente de la existencia de una solicitud previa de extradición del sospechoso. (...)”

Sin embargo, si el Estado en cuyo territorio se encuentra el sospechoso ha recibido una solicitud de extradición en uno de los supuestos previstos en las disposiciones

⁵⁷⁹ *Cuestiones relativas a la obligación de perseguir o extraditar* (Bélgica v. Senegal), Sentencia de 20 de julio de 2012, *ICJ Reports 2012*, párr. 95

⁵⁸⁰ *Cuestiones relativas a la obligación de perseguir o extraditar* (Bélgica v. Senegal), Sentencia de 20 de julio de 2012, *ICJ Reports 2012*, párrs. 94 y 95. En el mismo sentido, lo ha señalado el Comité contra la Tortura en el asunto *Souleymane Guengueng y otros v. el Senegal*, Decisión de 19 de mayo de 2006, párr. 9.7: “El Comité (...) observa a este respecto que la obligación de enjuiciar al presunto autor de actos de tortura no depende de la existencia previa de una solicitud de extradición del mismo. Esta alternativa que se ofrece al Estado Parte en virtud del artículo 7 de la Convención existe sólo si se ha formulado efectivamente dicha demanda de extradición, y puesto, por ente, al Estado Parte en la situación de escoger entre a) proceder a esa extradición o b) someter el caso a sus propias autoridades judiciales para iniciar la acción penal, ya que la disposición tiene por finalidad evitar la impunidad de todo acto de tortura”.

de la Convención, puede liberarse de su obligación de juzgar accediendo a esa solicitud”.

Y así lo ha señalado también la CDI, al considerar que la extradición y el juzgamiento no son dos alternativas equiparables. Al contrario, mientras que la extradición es una opción, el enjuiciamiento es una obligación cuyo incumplimiento puede dar lugar a responsabilidad internacional por parte del Estado⁵⁸¹. Y es así como se recoge en los comentarios del artículo 9 del *Proyecto de Código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad*⁵⁸².

Ahora bien, se puede dar también al Estado del *iudex apprehensionis* la opción de denegar la extradición por motivos contenidos en su legislación nacional o en el propio tratado internacional donde está recogido el *aut dedere aut iudicare*. En tal caso, la opción de juzgar aparece como obligación residual y se llevará a cabo a través del principio de jurisdicción universal, por lo que se prevé un ejercicio también residual de la jurisdicción universal, siempre y cuando el Estado haya previsto dicho principio entre sus títulos jurisdiccionales de aplicación extraterritorial de la ley penal. Ejemplo de este segundo caso es el *Convenio Internacional de represión de la falsificación de moneda* de 1929⁵⁸³.

Ahora bien, la máxima *aut iudicare* encontrada en un texto internacional puede ser, según apunta la profesora Esperanza ORIHUELA⁵⁸⁴, de dos tipos: *self executing* y *non self executing*. A las primeras responden los Convenios de Ginebra de 1949 y su Protocolo adicional I de 1977 que *obligan* a juzgar a los Estados parte en el tratado en cuyo territorio se halle el responsable, teniendo la opción de entregarlos a aquel que haya solicitado su extradición pero prestando especial atención a la solicitud de aquel Estado donde se haya cometido la infracción; y todo ello independientemente de que el Estado parte en el tratado posea un título

⁵⁸¹ *Informe de la Comisión de Derecho Internacional*, Sexagésimo noveno período de sesiones, Suplemento núm. 10 (A/69/10), p. 171, disponible en <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G14/134/65/PDF/G1413465.pdf?OpenElement>.

⁵⁸² “El Estado de detención tiene la obligación de adoptar medidas para asegurar que esa persona sea juzgada por las autoridades nacionales de ese Estado o por otro Estado que indique que está dispuesto a juzgar el caso al solicitar la extradición”, *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*, 1996, vol. II, Segunda parte, *óp. cit.*, p. 34.

⁵⁸³ *Convenio Internacional para la represión de la falsificación de la moneda*, hecho en Ginebra el 20 de abril de 1929, *Gaceta de Madrid*, de 8 de marzo de 1931.

⁵⁸⁴ ORIHUELA CALATAYUD, E., “La regulación de la jurisdicción universal en España...”, *óp. cit.*, pp. 291-293.

jurisdiccional en su ordenamiento interno que le otorgue competencia, pues el tratado *self executing* no necesita de ninguna norma interna para su aplicación. En segundo lugar, las normas *non self executing* vienen a recoger la fórmula del ya mencionado Convenio de La Haya de 1970, o *fórmula de La Haya*, en la que se establece que el Estado de detención, si no concede la extradición a otro Estado, estará obligado a juzgar al presunto responsable, siempre y cuando cuente con las medidas eficaces necesarias para ello; y por medidas eficaces necesarias nos referimos a tener la competencia y la jurisdicción para el enjuiciamiento de los crímenes concretos⁵⁸⁵. Para ello, el Estado donde se encuentra el presunto responsable debe, entre las diversas medidas adoptadas, establecer los principios jurisdiccionales, incluido el principio de jurisdicción universal⁵⁸⁶. Si no fuera así, esto es, si el Estado de detención no tuviera competencia, tendría la obligación de extraditar a uno de aquellos Estados que hicieran la petición⁵⁸⁷. O, incluso, también se podría extraditar al presunto responsable, de acuerdo con los comentarios de la CDI que añaden una tercera vía, a un tribunal penal internacional, si su futuro estatuto lo permitiere⁵⁸⁸. En la actualidad, estaríamos hablando de la CPI siempre y

⁵⁸⁵ Abraham MARTÍNEZ ALCANIZ señala que los diversos tratados internacionales que recogen el principio *aut dedere aut iudicare* recogen dos posibles acciones que formarían parte del enjuiciamiento: el ejercicio de la acción penal o “ejercicio de la pretensión punitiva concreta dirigida a la realización del *ius puniendi*” y el enjuiciamiento del responsable. En el primer caso, cuando un Estado conozca de la comisión de un crimen y el presunto responsable se encuentre en su territorio, el Ministerio Fiscal deberá solicitar “la incoación de un procedimiento penal, para así obtener una resolución judicial que determine si el justiciable ha cometido o no dicho delito”, independientemente de que exista condena o no; en el segundo, “enjuiciamiento del responsable”, más concreto que el primero, consiste en “someter a las autoridades competentes el asunto sin necesidad de que se incoe un procedimiento penal”. Bastaría, en el caso español, el solo hecho de poner en conocimiento del Fiscal la comisión del crimen (*óp. cit.*, pp. 203-204 y 208).

⁵⁸⁶ Y si no contara con dichas medidas señala José Luis COLLANTES que: “En los países de tradición continental es posible encontrarse con que los jueces no puedan ejercer jurisdicción porque el Derecho doméstico carece de un mecanismo para ejercer jurisdicción sobre hechos ocurridos en otro Estado y/o porque su Derecho penal interno no tipifican los crímenes de DI por los que se solicita una extradición y que debería juzgar. Ante esta hipótesis, hay que tener presente que la actuación judicial es un acto de Estado, que como tal es achacable a él. Los Estados como parte de la Comunidad Internacional en que están inmersos se rigen por el DI y por lo tanto no podrían ampararse en un defecto de Derecho interno para desvincularse de la disyuntiva que plantearía el principio *aut dedere aut iudicare*” (*óp. cit.*, p. 72).

⁵⁸⁷ PÉREZ CEPEDA, A., “Principio de Justicia penal universal *versus...*”, *óp. cit.*, p. 73. En el mismo sentido, señala Antonio REMIRO BROTONS que “no hay obligación de juzgar a quien no es reclamado por otro Estado”, (“Malos tiempos para...”, *óp. cit.*, pp. 391-410 (versión cedida por el autor, pp. 1-21, p. 7).

⁵⁸⁸ Tras la creación de la CPI y de diversos tribunales internacionales *ad hoc*, un Estado puede decidir no extraditar ni juzgar y optar por “la tercera alternativa”: entregar al presunto responsable a un tribunal internacional que tenga competencia”, *Informe de la Comisión de Derecho Internacional*, Sexagésimo noveno período de sesiones, Suplemento núm. 10 (A/69/10), p. 165,

cuando que fuera un caso que entrara en la competencia material, personal y temporal señalada por su Estatuto. Esta *tercera alternativa* debe servir de *inspiración* en la redacción del contenido de próximos tratados internacionales en la lucha contra crímenes de DI competencia de tribunales internacionales⁵⁸⁹.

Podemos concluir poniendo de manifiesto la relación que existe entre el principio de jurisdicción universal y el principio *aut dedere aut iudicare*, a quién Ana PÉREZ CEPEDA denomina “jurisdicción universal subsidiaria”⁵⁹⁰, y es que subsidiariamente puede ejercer la jurisdicción universal tanto el Estado donde se encuentra detenido el presunto responsable, Estado del *iudex apprehensionis*, como el Estado que solicita la extradición de ese presunto responsable, abriendo así el principio *aut dedere aut iudicare* una *forma real y efectiva de abordar* el ejercicio de la jurisdicción universal⁵⁹¹.

disponible en <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G14/134/65/PDF/G1413465.pdf?OpenElement>. Así se señalaba, por ejemplo, en el artículo 9 del *Proyecto de Código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad*, el artículo 6 de la *Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes* de 1984 y en el artículo 11 de la *Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas* de 2006. Así lo señaló también la jueza XUE en el asunto *cuestiones relativas a la obligación de perseguir o extraditar* (Bélgica v. Senegal), Opinión separada de 20 de julio de 2012, *ICJ Reports 2012*, párr. 42.

⁵⁸⁹ “La mención a las instancias judiciales internacionales constituye una manifestación de la adaptación de la regla *aut dedere aut iudicare* a los avances experimentados por la justicia penal internacional” (ORIHUELA CALATAYUD, E., *La jurisdicción universal...*, *óp. cit.*, pp. 60-61 y 66).

⁵⁹⁰ “Esta competencia universal subsidiaria se refiere a aquellas cláusulas convencionales que autorizan, bien de forma expresa, bien de forma implícita mediante la no exclusión de ninguna jurisdicción penal ejercida de conformidad con la legislación nacional, el establecimiento en el ordenamiento interno de la competencia universal, existiendo al respecto dos variantes en atención a que el presunto culpable se encuentre o no en el territorio de la jurisdicción del Estado del foro. No obstante, el verdadero alcance de esta obligación solo resulta plenamente comprensible puesto en conexión con las obligaciones facultativas dimanantes de la regla *aut dedere aut iudicare*” (PÉREZ CEPEDA, A., “Principio de Justicia penal universal *versus...*”, *óp. cit.*, p. 72).

⁵⁹¹ Y apunta Carmen VALLEJO PEÑA: “Es cierto que el principio de jurisdicción universal tiene mayor amplitud que la fórmula *aut dedere aut iudicare*, puesto que (...) en defecto de esa presencia, constituye título bastante para fundamentar una solicitud de extradición, pero también es cierto que si el Estado requerido de extradición no ha procedido al enjuiciamiento del crimen, y se trata, como ejemplo, del Estado de nacionalidad de su presunto autor, seguramente rechazará la extradición. En definitiva, la vía obligatoria *aut dedere aut iudicare*, aunque más restringida que la de la jurisdicción universal, podrá, en algunos casos, resultar más efectiva a la postre”, poniendo el ejemplo de lo ocurrido en España ante la extradición solicitada por Argentina contra el español Antonio González Pacheco el 19 de noviembre de 2013 y que la AN denegó por considerar que la responsabilidad criminal por torturas había prescrito, Auto de la Sección Tercera de la Sala de lo Penal de la AN, núm. 14/2014, de 24 de abril (*El estado de la jurisdicción universal...*, *óp. cit.*, p. 131).

1.2 El principio de la responsabilidad de proteger

El Secretario General Kofi ANNAN, en 1999 y de nuevo en el año 2000, tras los bombardeos de Kosovo, ante la AG de Naciones Unidas, preguntó:

“si la intervención humanitaria es en realidad un ataque inaceptable a la soberanía, ¿cómo deberíamos responder a situaciones como las de Ruanda o Srebrenica y a las violaciones graves y sistemáticas de los derechos humanos que transgreden todos los principios de nuestra humanidad común?”⁵⁹².

En respuesta a dicha declaración, y a iniciativa del Gobierno de Canadá, se creó la Comisión Internacional sobre Intervención y Soberanía de los Estados (en adelante, CIISE)⁵⁹³ que, en 2001, emitió un informe centrado en *La responsabilidad de proteger* consistente en:

“La idea de que los Estados soberanos tienen la responsabilidad de proteger a sus propios ciudadanos de las catástrofes que pueden evitarse -de los asesinatos masivos, las violaciones sistemáticas y la inanición- pero que si no quieren o no pueden hacerlo, esa responsabilidad debe ser asumida por la comunidad de Estados”⁵⁹⁴.

⁵⁹² Informe del SG de las Naciones Unidas a la AG de las Naciones Unidas, *Nosotros los pueblos: la función de las Naciones Unidas en el siglo XXI*, Doc. A/54/2000, de 27 de marzo de 2000, párrs. 36 y 37.

⁵⁹³ Creada a iniciativa del ex Ministro de Exteriores de Canadá, Lloyd AXWORTHY, se trataba de una “comisión de expertos en operaciones de gestión de crisis, de mantenimiento de la paz, en Derecho internacional humanitario, antiguos Jefes de Estado o personalidades de la diplomacia y la política” (GUTIÉRREZ ESPADA, C. y CERVELL HORTAL, M^a. J., *Nacimiento, Auge y Decadencia...*, *óp. cit.*, pp. 7-8). Sobre el principio de responsabilidad de proteger puede consultarse: VÁZQUEZ RODRÍGUEZ, B., *La responsabilidad de proteger: Entre imperativo moral y norma jurídica*, Ediciones de la Universidad de Oviedo, Oviedo, 2017; ARREDONDO, R., *Intervención humanitaria y responsabilidad de proteger. ¿Hacia un nuevo paradigma de protección de los derechos humanos?*, Catálogos Editora, Buenos Aires, 2012; CUNLIFFE, PH. (Ed.), *Critical perspectives on the Responsibility to Protect. Interrogating Theory and Practice*, Routledge, London, 2011; y MENÉNDEZ DEL VALLE, E., *Responsabilidad de proteger: la ONU en acción*, Documento de trabajo 2/2016, de 15 de febrero de 2016, Real Instituto Elcano, disponible en http://www.realinstitutoelcano.org/wps/portal/rielcano_es/contenido?WCM_GLOBAL_CONTEXT=/elcano/elcano_es/zonas_es/dt2-2016-menendezdelvalle-responsabilidad-de-proteger-onu-en-accion.

⁵⁹⁴ *La Responsabilidad de Proteger*, Informe de la Comisión Internacional sobre Intervención y Soberanía de los Estados, Diciembre de 2001, p. vii-viii, disponible en http://www.ceipaz.org/images/contenido/La%20responsabilidad%20de%20proteger_ESP.pdf. Sin embargo, de acuerdo con la Coalición Internacional para la Responsabilidad de Proteger (R2P o RtoP, por sus siglas en inglés), la necesidad de que un *cuero colectivo* pudiera actuar ante los crímenes de genocidio, guerra y lesa humanidad ya “fue esbozada por primera vez en el año 2000 por la Unión Africana en el Acta Constitutiva de la Unión Africana, su documento constitucional”,

La responsabilidad de proteger pone sobre la mesa el debate acerca de la relación (¿irreconciliable?) entre “los límites de la soberanía del Estado y el alcance de la prohibición de la intervención”, fundamentalmente con la protección de los DDHH que se abre paso tras la Segunda Guerra Mundial⁵⁹⁵. La responsabilidad de proteger, un concepto de contenido aún impreciso y que forma parte del DI contemporáneo⁵⁹⁶, no es una norma internacional. Al contrario se entiende como un concepto político que, inspirado en principios jurídicos estructurales del DI contemporáneo (normas de DDHH, de DIH, de Derecho Internacional Penal...), está orientado a:

“desarrollar bases de consenso a fin de mejorar la capacidad del Estado directamente implicado y de la comunidad internacional de prevenir atrocidades y responder ante ellas, con la aspiración de sacar el debate de la vía muerta en que se encontraba el concepto precedente de la intervención humanitaria”⁵⁹⁷.

En 2004, el Informe del Grupo de Alto Nivel *Un mundo más seguro: la responsabilidad que compartimos*⁵⁹⁸ asumió el principio de la responsabilidad de proteger que fue avalado, desarrollado y proclamado un año después por la AG en

“La Responsabilidad de Proteger: una nueva norma para prevenir y detener crímenes masivos”, *International Coalition for The Responsibility to Protect*, disponible en <http://www.responsibilitytoprotect.org/ICRtoP%20Factsheet%20ESPANOL.pdf>. En este mismo sentido, los profesores Cesáreo GUTIÉRREZ ESPADA y María José CERVELL HORTAL: “Una primera manifestación “legislativa” del auge de la figura de la Responsabilidad de Proteger se produce en un marco regional”, en concreto, en el artículo 4.h) de la *Carta Constitutiva de la Unión Africana* se señala: “el derecho de la Unión a intervenir en un Estado miembro, aplicando una decisión de la Asamblea, que se halle en graves circunstancias, esto es: crímenes de guerra, genocidio y crímenes contra la humanidad”. Positivización de la doctrina de la Responsabilidad de Proteger *más nítida y avanzada* que la establecida por la CIISE (*Nacimiento, Auge y Decadencia...*, *óp. cit.*, pp. 44-50).

⁵⁹⁵ GUTIÉRREZ ESPADA, C. y CERVELL HORTAL, M^a. J., *Nacimiento, Auge y Decadencia...*, *óp. cit.*, pp. 9 y 10-11.

⁵⁹⁶ GUTIÉRREZ ESPADA, C. y CERVELL HORTAL, M^a. J., *Nacimiento, Auge y Decadencia...*, *óp. cit.* pp. 1-12. En el mismo sentido Ricardo ARREDONDO: “Sus contornos normativos son todavía vagos y debatidos, y sus múltiples implicaciones y consecuencias están lejos de haber sido evaluadas en toda su complejidad” (“La prevención del genocidio y la responsabilidad...”, *óp. cit.*, p. 249).

⁵⁹⁷ “La R2P aparece, en este sentido, como una estrategia política orientada a la búsqueda de consensos y al estímulo de la voluntad política imprescindible, del Estado primariamente responsable, y subsidiariamente de la comunidad internacional para prevenir y detener atrocidades” (SÁNCHEZ LEGIDO, A., “La responsabilidad de proteger: ¿un concepto fracasado?”, *Anuario de los cursos de Derechos Humanos de Donostia-San Sebastián*, vol. XVI, Aranzadi, Pamplona, 2016, pp. 321-350, pp. 328-329).

⁵⁹⁸ *Un mundo más seguro: La responsabilidad que compartimos*, Informe del Grupo de Alto Nivel del Secretario-General sobre las amenazas, los desafíos y el cambio, Naciones Unidas, 2004, disponible en http://www.un.org/es/events/pastevents/a_more_secure_world/pdf/brochure_sp.pdf.

el *Documento Final de la Cumbre Mundial de 2005* bajo el epígrafe “Responsabilidad de proteger a las poblaciones de genocidio, los crímenes de guerra, la depuración étnica y los crímenes de lesa humanidad”⁵⁹⁹ que señala:

“138. Cada Estado es responsable de proteger a su población del genocidio, los crímenes de guerra, la depuración étnica y los crímenes de lesa humanidad. Esa responsabilidad conlleva la prevención de dichos crímenes, incluida la incitación a su comisión, mediante la adopción de las medidas apropiadas y necesarias. Aceptamos esa responsabilidad y convenimos en obrar en consecuencia. La comunidad internacional debe, según proceda, alentar y ayudar a los Estados a ejercer esa responsabilidad y ayudar a las Naciones Unidas a establecer una capacidad de alerta temprana”⁶⁰⁰.

El principio de responsabilidad de proteger se orienta hacia una *responsabilidad colectiva*: cuando el Estado de la población que sufre genocidio, limpieza étnica, crímenes de guerra o crímenes contra la humanidad no pudiera, o no quisiera, asumir dicha responsabilidad de forma individual, es la propia Comunidad Internacional quien debe asumirla “por encima de la soberanía inviolable de los Estados”, con el fin de luchar contra la impunidad que algunos

⁵⁹⁹ Sin embargo, en el mencionado documento se acogió “una versión gráficamente calificada de R2P *lite* para expresar la línea suavizada, atenuada y matizada con la que finalmente fue acogida” (SÁNCHEZ LEGIDO, A., “La responsabilidad de proteger...”, *óp. cit.*, pp. 321-350, p. 323).

⁶⁰⁰ Y continua: “139. La comunidad internacional, por medio de las Naciones Unidas, tiene también la responsabilidad de utilizar los medios diplomáticos, humanitarios y otros medios pacíficos apropiados, de conformidad con los Capítulos VI y VIII de la Carta, para ayudar a proteger a las poblaciones del genocidio, los crímenes de guerra, la depuración étnica y los crímenes de lesa humanidad. En este contexto, estamos dispuestos a adoptar medidas colectivas, de manera oportuna y decisiva, por medio del Consejo de Seguridad, de conformidad con la Carta, incluido su Capítulo VII, en cada caso concreto y en colaboración con las organizaciones regionales pertinentes cuando proceda, si los medios pacíficos resultan inadecuados y es evidente que las autoridades nacionales no protegen a su población del genocidio, los crímenes de guerra, la depuración étnica y los crímenes de lesa humanidad. Destacamos la necesidad de que la Asamblea General siga examinando la responsabilidad de proteger a las poblaciones del genocidio, los crímenes de guerra, la depuración étnica y los crímenes de lesa humanidad, así como sus consecuencias, teniendo en cuenta los principios de la Carta y el derecho internacional. También tenemos intención de comprometernos, cuando sea necesario y apropiado, a ayudar a los Estados a crear capacidad para proteger a su población del genocidio, los crímenes de guerra, la depuración étnica y los crímenes de lesa humanidad, y a prestar asistencia a los que se encuentren en situaciones de tensión antes de que estallen las crisis y los conflictos” (*Documento Final de la Cumbre Mundial 2005*, Resolución aprobada por la AG. Sexagésimo período de sesiones. 14 a 16 de septiembre de 2005. A/RES/60/1, párrs. 138-139, disponible en http://www2.ohchr.org/spanish/bodies/hrcouncil/docs/gaA.RES.60.1_Sp.pdf).

gobernantes han gustado hasta ahora con los ataques a los DDHH de sus propias poblaciones⁶⁰¹.

El concepto *responsabilidad de proteger* ha ido evolucionando con el tiempo. El informe del SG en 2009, *Hacer efectiva la responsabilidad de proteger*⁶⁰², desarrolla una estrategia de tres pilares⁶⁰³. El primer pilar conlleva la *responsabilidad de proteger que incumbe al Estado* sobre su propia población; el segundo pilar, la *asistencia internacional y formación de capacidad*, siendo la Comunidad Internacional la que debe asistir a aquellos Estados para cumplir con su obligación de proteger; y el tercer pilar gira en torno a la *respuesta oportuna y decisiva* para evitar las diversas atrocidades.

El principio de la responsabilidad de proteger también ha intentado convertirse en un principio operativo y aplicarse a situaciones de la realidad internacional “revestidas de notable dramatismo que reclamaban su puesta en práctica”⁶⁰⁴.

⁶⁰¹ Siendo más una “herramienta de prevención que de reacción”, su uso debe ser cauteloso, analizando caso por caso la pertinencia o no de ser invocado el principio de responsabilidad de proteger (PALACIÁN DE INZA, B., “La responsabilidad de proteger y el derecho de veto”, *IEEE*, núm. 9, 2012, pp. 2-3, disponible en http://www.ieee.es/Galerias/fichero/docs_analisis/2012/DIEEEA09-2012_ResponsabilidadProtegerDchoVeto_BPI.pdf). “La Responsabilidad de Proteger promueve activamente que la comunidad internacional se involucre con el propósito de proteger a los civiles. De este modo, tiene el potencial de remediar la fragilidad del régimen internacional humanitario en el sentido de ofrecer una serie de mecanismos de índole coercitiva que posibilita la cesación de los crímenes graves a gran escala. Aunque las intervenciones humanitarias no están descartadas ni en teoría ni en la práctica, más populares en la actualidad son las medidas coercitivas que no impliquen el uso de la fuerza, como las sanciones económicas y penales” (ALMQVIST, J. M., “Protección de los civiles en los conflictos armados mediante la represión criminal internacional”, *Cursos de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales de Vitoria-Gasteiz 2015*, Aranzadi, Pamplona, 2016, p. 68).

⁶⁰² *Hacer efectiva la responsabilidad de proteger*, Informe del SG de las Naciones Unidas, 12 de enero de 2009. A/63/677, disponible en <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/BDL/2014/9612.pdf?view=1>.

⁶⁰³ La Comunidad Internacional a través de mecanismos diplomáticos y humanitarios, ante el fracaso del propio Estado para proteger a sus nacionales de los crímenes de genocidio, crímenes de guerra, depuración étnica y crímenes de lesa humanidad, debe adoptar vías que pueden llegar a incluir el uso de la fuerza a través del CS, *Hacer efectiva la responsabilidad de proteger*, Informe del SG de las Naciones Unidas, de 12 de enero de 2009. A/63/677, disponible en <http://undocs.org/es/A/63/677>.

⁶⁰⁴ Así ha sido en Sudán/Darfur, Birmania, República Democrática del Congo, Kenia, Libia, Siria, República Centroafricana, Burundi, Corea del Norte, la cuenca del Lago Chad o Yemen. Y lo cierto es que, viendo los resultados de tal desarrollo, bien podría plantearse si se está ante un concepto decadente (SÁNCHEZ LEGIDO, A., “La responsabilidad de proteger: ¿un concepto fracasado?”, *Anuario de los cursos de Derechos Humanos de Donostia-San Sebastián*, vol. XVI, Aranzadi, Pamplona, 2016, pp. 321-350, pp. 323-325). En el mismo sentido, GUTIÉRREZ ESPADA, C. y CERVELL HORTAL, M^a. J., *Nacimiento, Auge y Decadencia...*, *óp. cit.*, pp. 61 y ss.

De todas las facetas que presenta la responsabilidad de proteger, es la de prevención a la que se ha intentado dar un mayor protagonismo. El informe de la CIISE (que parte de un concepto de *soberanía como responsabilidad* y enmarcado en nuevas normas internacionales de protección de los DDHH orientados hacia el objetivo de la justicia universal o *una justicia sin fronteras*), considera la prevención como “una obligación de todos los Estados soberanos y de sus comunidades e instituciones”. Además, entre las iniciativas para prevenir las causas de los conflictos armados señala dos tipos: aquellas que son subyacentes o “profundas” y aquellas desencadenantes o “directas”. Estas últimas son, al igual que las subyacentes, políticas, diplomáticas, económicas, jurídicas y militares y su objetivo común es “eliminar por completo la necesidad de emplear medidas coercitivas directas contra un Estado, incluso cuando este se niegue a cooperar”, contando para su actuación con menos tiempo. Entre las causas de prevención desencadenantes o “directas” de carácter jurídico se encuentra, junto a la creación de tribunales especiales y la CPI, la jurisdicción universal, con el objetivo de inducir a los presuntos responsables de crímenes de DI a considerar el *riesgo* de ser castigados a nivel internacional⁶⁰⁵. Aunque los Informes del SG de las Naciones Unidas, desde 2012 y hasta el último de 2017⁶⁰⁶, no mencionan expresamente la jurisdicción universal (entendible, pues su inclusión hubiera sido arriesgada), tampoco excluyen la posibilidad de su ejercicio⁶⁰⁷.

⁶⁰⁵ *La Responsabilidad de Proteger*, Informe de la Comisión Internacional sobre Intervención y Soberanía de los Estados, Diciembre de 2001, pp. 20 y ss., disponible en http://www.ceipaz.org/images/contenido/La%20responsabilidad%20de%20proteger_ESP.pdf.

⁶⁰⁶ *La responsabilidad de proteger: respuesta oportuna y decisiva*, Informe del SG a la AG de las Naciones Unidas, de 25 de julio de 2012. Sexagésimo sexto período de sesiones, disponible en <http://undocs.org/es/A/66/874>. *La aplicación de la responsabilidad de proteger: la rendición de cuentas en materia de prevención*, Informe del SG a la AG de Naciones Unidas, de 10 de agosto de 2017, Septuagésimo primer período de sesiones, disponible en <https://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=S/2017/556>.

⁶⁰⁷ No opina igual Carmen VALLEJO PEÑA al señalar que “en defecto de una efectiva protección estatal, no parece que este nuevo principio de Derecho Internacional incluya la posibilidad de que la misma puede abordarse desde terceros Estados, mediante el uso de la jurisdicción universal” basándose para ello en el “Documento Final de la Cumbre Mundial”, una Resolución aprobada por la AG, el 16 de septiembre de 2005, (A/RES/60/1, párr. 138) que, en su opinión, “ofrece una respuesta negativa a esta cuestión, concibiéndose la actuación de la comunidad internacional desde una respuesta exclusivamente colectiva”, tal y como hemos señalado que indican los informes del SG de 2012 y 2013 al referirse a la CPI y a los tribunales especiales y *ad hoc* pero no a la jurisdicción internacional como medio de lucha contra la impunidad (*El estado de la jurisdicción universal en el Derecho Internacional...*, *óp. cit.*, pp. 138-139).

2. GARANTÍAS JURÍDICAS PROCESALES

Como sabemos, no es suficiente con que un Estado establezca el principio jurisdiccional universal en su ordenamiento jurídico para poder ejercerlo, sino que junto a los títulos que le habilitan desde el DI, se exigen una serie de garantías procesales. Estas garantías han sido ubicadas en este apartado, entre las condiciones de la jurisdicción universal, y no en los límites u obstáculos porque entendemos que en su evolución, y posterior desarrollo, han supuesto una garantía procesal penal para el presunto autor de los hechos más que un obstáculo a la jurisdicción universal (los obstáculos serán estudiados en el capítulo siguiente, *vid. infra* Capítulo III, apdo. I).

Así, dos son las condiciones que los Estados suelen establecer en sus ordenamientos jurídicos para que, si se cumplen, los jueces internos puedan acudir al principio de jurisdicción universal: el *nullum crimen sine iure* y el principio *ne bis in idem*.

2.1 *Nullum crimen sine iure*

El principio de legalidad⁶⁰⁸, si bien en su origen era entendido exclusivamente como un principio de justicia o de juridicidad (también conocido

⁶⁰⁸ Formulado por FEUERBACH, a mediados del siglo XIX, como *nulla poena sine lege, nulla poena sine crimine, nullum crimen sine poena legali*, encontramos el primer antecedente en una Opinión Consultiva de 1935 de la Corte Permanente de Justicia Internacional en el asunto *Danzig*, en el que “si bien la Corte no fijó con precisión cuál debía ser el contenido del principio de legalidad, estableció, como criterio general mínimo, que: “debe ser posible para el individuo conocer, de antemano, si sus actos son legales o susceptibles de ser castigados” (LLEDÓ, R., “El principio de legalidad en el Derecho Penal Internacional”, *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, núm. 11, octubre 2016, pp. 246-263, p. 248). El principio de legalidad fue considerado una conquista de los liberales durante los siglos XVIII y XIX, llegando a ser un principio básico del Derecho penal en democracia al limitar el poder punitivo de los Estados frente al *ius incertum*, buscando seguridad jurídica y luchando contra la arbitrariedad del viejo régimen, lo que otorgaría garantías políticas al ciudadano “expresivas del *imperium* de la ley, de la supremacía del poder legislativo sobre los otros poderes del Estado, de la legalidad de la actuación administrativa y de la escrupulosa salvaguarda de los derechos y libertades individuales”, cumpliendo una doble función: política, por el predominio del poder legislativo; y técnica, pues exige una formulación del tipo penal “con cláusulas seguras y taxativas” (MENDOZA CALDERÓN, S., “Algunas observaciones sobre la aplicación del principio de legalidad en Derecho penal internacional”, PÉREZ CEPEDA, A. (Dir.), *El*

como principio de legalidad *soft* ⁶⁰⁹), con la aparición del principio de responsabilidad penal individual, evolucionó hasta entenderse también como una garantía procesal con la que cuentan los sujetos frente al resto de poderes estatales. Es el denominado principio de legalidad estricto.

El principio de legalidad o *nullum crimen sine lege*, entendido como garantía procesal efectiva otorgada a los ciudadanos frente al poder judicial⁶¹⁰, es uno de

principio de Justicia Universal: Fundamentos y límites, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, pp. 269-316, pp. 269-270).

⁶⁰⁹ Al principio de legalidad *soft* se refiere Héctor OLÁSULO ALONSO al señalar que el principio de legalidad penal fue configurado tras la Segunda Guerra Mundial como un “principio de justicia que no daba lugar a derechos subjetivos individuales ni limitaba la soberanía del Estado”. Al contrario, la Carta de Londres de 1945, que instauró el Tribunal de Núremberg basándose en el DI, atribuyó poder legislativo soberano a los Estados aliados que ocuparon Alemania (Estados Unidos, Francia, Gran Bretaña y la Unión Soviética) para que estableciera tribunales internacionales y tipos penales sobre los que ejercer su jurisdicción (“El principio *nullum crimen sine iure* en Derecho Internacional contemporáneo”, *Anuario Ibero-Americano de Derecho Internacional Penal*, vol. 1, 2013, pp. 18-42, p. 22). Y fue precisamente el hecho de que sólo se contemplara desde la faceta de principio de legalidad, y no como garantía procesal, lo que dio lugar a duras críticas que, sin embargo, fueron salvadas por los tribunales inclinando la balanza a favor del conocimiento de los hechos delictivos que tenían los autores en detrimento de la tipificación del delito y de sus penas en una ley *prævia*, señalando además que no se trataba de limitar la soberanía de los Estados: “Regarding defence claims of *ex post facto* laws (...) it is to be observed that the maxim *nullum crimen sine lege* is not a limitation of sovereignty, but is in general a principle of justice. To assert that it is unjust to punish those who in defiance of treaties and assurances have attacked neighbouring states without warning is obviously untrue, for in such circumstances the attacker must know that he is doing wrong, and so far from it being unjust to punish him, it would be unjust if his wrong were allowed to go unpunished. Occupying the positions they did in the government of Germany, the defendants or at least some of them must have known of treaties signed by Germany, outlawing recourse to war for the settlement of international disputes; they must have known that they were acting in defiance of all international law when in complete deliberation they carried out the designs of invasion an aggression. On, this view of the case alone, it would appear that the maxim has no application to, the present facts”, *Judgment of Nuremberg*, vol. 41, núm. 1, p. 217. “En Núremberg se prefirió salvaguardar los intereses de la población y de la sociedad antes que los intereses de los individuos. En este proceso se puso en una balanza la justicia por un lado y la legalidad por otro, ganando la primera, ya que entendieron que sería inmoral o injusto no castigar las barbaridades cometidas durante la 2ª Guerra Mundial sólo por el mero hecho de que no estuvieran las mismas tipificadas en una norma convencional expresa. En cualquier caso se entendió que los crímenes de la competencia del tribunal no eran nuevos, al estar prohibidos bien por normas domésticas o por ciertos tratados internacionales” (MARTÍNEZ ALCANIZ, A., *óp. cit.*, pp. 436-437). En este mismo sentido se apuntó en el asunto *Eichmann*: “This principle, however, bears no absolute character, in the sense that its operation may be affected by that of other principles with the recognition of which equally important interests of justice are concerned” (“The Attorney General of the Government of Israel v. Eichmann. 1962”, *AJIL*, vol. 56, núm. 3, 1962, pp. 805-845, p. 823, disponible

en <https://www.ilsa.org/jessup/jessup14/Attorney%20General%20v.%20Eichmann.pdf>).

⁶¹⁰ Así lo ha señalado nuestro TC: “El principio de legalidad penal garantiza, por un lado, el estricto sometimiento del Juez a la ley penal, vedando todo margen de arbitrio o de discrecionalidad en su aplicación así como una interpretación analógica de la misma; y por otro la seguridad del ciudadano en cuanto la certeza de la ley penal, cuya exigencia es inherente a dicho principio, le permite programar sus comportamientos sin temor a posibles condenas por actos no tipificados previamente” (Sentencia del Pleno del TC núm. 133/1987, de 21 de julio, Fundamento de Derecho 5º); y el TEDH en diversos asuntos: asunto *Konovov v. Letonia* en 2010, asunto *Korbely v. Hungría* en 2008, asunto *Jorgic v. Alemania* en 2007 y asunto *Streletz, Kessler y Krenz v. Alemania* en 2001. La

los *pilares* del Derecho penal continental moderno⁶¹¹. Consiste en anticipar y poner en conocimiento de los ciudadanos las conductas consideradas fuera de la ley sin que pueda aplicársele norma penal alguna al autor de hechos que, en el momento de su comisión, no eran considerados crímenes.

En el ámbito interno, para considerar la efectividad plena del principio de legalidad se ha previsto una doble garantía o exigencia: la garantía formal y la garantía material.

La garantía formal estaría compuesta por el principio de ley escrita o de tipicidad (*nullum crimen sine lege scripta nulla poena sine lege scripta*), de tal manera que el sujeto puede conocer aquellas conductas que dan lugar a responsabilidad penal, sin que le pueda ser aplicado ningún delito o pena que, en el momento de la comisión del hecho delictivo, no estuviera recogido en una ley⁶¹².

Las garantías materiales, por su parte, incluirían:

- El principio de irretroactividad o *nullum crimen sine lege praevia*, entendiéndose que una acción sólo puede ser considerada como delito si la conducta en cuestión está contemplada en una ley en el mismo momento de comisión de la conducta (*lex praevia*).
- El principio de prohibición de la analogía o *nullum crimen sine lege stricta*, de forma que un juez no podrá rellenar lagunas en la ley penal aplicando otra ley a un nuevo crimen no escrito (*lex stricta*).
- El principio de ley cierta o *nullum crimen sine lege certa (lex certa)*, la conducta prevista en la ley debe ser precisa⁶¹³.

finalidad del principio de legalidad “constituye la provisión de una garantía efectiva contra las investigaciones, enjuiciamientos y condenas arbitrarias, siendo irrelevante si la criminalización de la conducta se ha producido mediante el Derecho nacional o el Derecho Internacional, con tal de que la misma sea constitutiva de delito en el momento de llevarse a cabo” (OLÁSULO ALONSO, H., “El principio *nullum crimen sine iure* en Derecho Internacional contemporáneo”, *AIDIP*, vol. 1, 2013, pp. 18-42, p. 26).

⁶¹¹ MARTÍN MARTÍNEZ, M. M., “La configuración del principio de legalidad penal en el Derecho Internacional Contemporáneo”, CUERDA RIEZU, A. y JIMÉNEZ GARCÍA, F. (Dirs.), *Nuevos desafíos del Derecho Penal Internacional. Terrorismo, crímenes internacionales y derechos fundamentales*, Tecnos, Madrid, 2009, pp. 371-390, p. 374.

⁶¹² Estaríamos ante “la exigencia de una ley en sentido formal que defina el delito y la pena, aprobada por un parlamento democrático, como expresión de la voluntad de los ciudadanos a los que representa. Son éstos, quienes, a través de sus representantes políticos, deciden qué conductas deben ser prohibidas o permitidas” (OLLÉ SESÉ, M., “Principios generales”, GIL GIL, A. y MACULAN, E. (Dirs.), *Derecho penal internacional*, Dykinson, Madrid, 2016, pp. 157-183, pp. 158-159).

⁶¹³ “In sum, this means that an act can be punished only if at the time of its commission, the act can be punished only if, at the time of its commission, the act was the object of a valid, sufficiently precise, written criminal law to which a sufficiently certain sanction was attached”, KREß, C., “Nulla

Así, de la dimensión formal del principio de legalidad se desprende una *garantía criminal*, pues es necesario que un hecho delictivo sea previamente descrito y precisado en una ley (principio de legalidad); una *garantía penal*, pues no puede aplicarse ninguna pena o medida de seguridad que no haya sido previamente recogida en una ley (principio de irretroactividad); una *garantía procesal o de ejecución*, pues las penas deben ejecutarse de acuerdo a cómo señala la ley; y, por último, una *garantía jurisdiccional*, de forma que una sentencia que condene a una persona únicamente podrá ser dictada por el tribunal competente, previo cumplimiento estricto de los requisitos del proceso⁶¹⁴.

En el caso de España se recoge un principio de legalidad estricto en el artículo 9.3 de la Constitución Española (en adelante, CE) y en su artículo 25.1 se establece el principio de legalidad penal y el de irretroactividad penal desfavorable para el reo⁶¹⁵. De esta forma, no se podrán castigar conductas que no se encuentren previamente recogidas en una ley⁶¹⁶ que sea cierta y precisa,

poena nullum crimen sine lege”, *Max Planck Encyclopaedia of Public International Law*, párrs. 1, 22, 28, 29 y 32, disponible en www.mpepil.com. Por tanto, “las garantías básicas que conlleva el principio de legalidad en los sistemas de derecho continental son la existencia de una *lex praevia*, *lex scripta*, *lex stricta* y *lex certa*” (MARTÍNEZ ALCANIZ, A., *óp. cit.*, p. 414).

⁶¹⁴ DIEZ RIPOLLÉS, J. L., *Derecho Penal Español, Parte General*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2007, pp. 53-58. También PIGRAU SOLÉ, A., “Elementos de Derecho...”, *óp. cit.*, p. 164. En el mismo sentido, RODRÍGUEZ RAMOS, L., *Compendio de Derecho penal. Parte general*, Dykinson, Madrid, 2006, p. 57. Y es que, como señala Hernán HORMAZÁBAL MALARÉE “el principio de legalidad es una garantía transversal que está presente en todo el sistema penal (“Crímenes internacionales, jurisdicción y principio de legalidad”, PÉREZ CEPEDA, A. (Dir.), *El principio de Justicia Universal: Fundamentos y límites*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, pp. 237-268, p. 267).

⁶¹⁵ Artículo 9.3: “La Constitución garantiza el principio de legalidad, la jerarquía normativa, la publicidad de las normas, la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales, la seguridad jurídica, la responsabilidad y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos”; y artículo 25.1: “Nadie puede ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan delito, falta o infracción administrativa, según la legislación vigente en aquel momento”, ambos de la *Constitución Española de 1978* (BOE núm. 311, de 29 de diciembre de 1978).

⁶¹⁶ Artículo 81.1 CE: “Son leyes orgánicas las relativas al desarrollo de los derechos fundamentales y de las libertades públicas, las que aprueben los Estatutos de Autonomía y el régimen electoral general y las demás previstas en la constitución”, entendiéndose que las leyes afectan al desarrollo de un derecho fundamental cuando se afecta el ejercicio de dicho derecho. De ahí que cualquier norma que afecte a un derecho fundamental, como es la libertad de las personas, deberá ser aprobada por una ley orgánica. Sin embargo, nuestro TC ha señalado que “la formulación del principio de legalidad respecto de las normas penales sancionadoras contenido en el art. 25.1 de la CE, supone la exigencia del rango de ley formal para este tipo de normas; pero no implica, por sí sola, la necesidad de que asuman los caracteres de las leyes orgánicas previstas en el art. 81.1 del texto constitucional”, Sentencia del Pleno del TC, núm. 140/1986, de 11 de noviembre, Fundamento de Derecho 5º.

prohibiéndose la analogía y la retroactividad⁶¹⁷ excepto para aquellas cuestiones *in bonam parte* o favorables al reo.

Como señala Antonio REMIRO BROTONS, el hecho de que un juez español pueda conocer de crímenes internacionales va a depender, no ya sólo de la regulación del principio de justicia universal en nuestro orden interno, sino también de la tipificación interna de aquellos crímenes, siendo *lo normal* que se conviertan en ilícitos del Derecho interno. En este punto, las normas internacionales van a cumplir con una doble función. La primera, serán un criterio de interpretación de los diversos tipos penales facilitando la aplicación del principio de *equivalencia* entre los diversos tipos que hayan incorporado al ordenamiento. La segunda, ante cualquier controversia estatal sobre la jurisdicción de los tipos penales recogidos, las actuaciones internas quedarán sometidas a “un juicio de *conformidad* (no necesariamente de identidad) con las normas internacionales, normas que serán en todo caso las que apliquen los órganos de esta misma naturaleza que hayan de resolver en derecho”⁶¹⁸.

A nivel internacional, el principio de legalidad ha sido reconocido en numerosos textos convencionales, universales y regionales. Se incorporó al artículo 11.2 de la *Declaración Universal de los Derechos Humanos* de 1948, que incluye tanto el principio de legalidad del crimen como de la pena:

“Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueron delictivos según el Derecho nacional o internacional. Tampoco se impondrá pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del Delito”⁶¹⁹.

⁶¹⁷ “El principio de legalidad en el ámbito del derecho sancionador estatal implica, por lo menos, estas tres exigencias: La existencia de una ley (*lex scripta*); que la ley sea anterior al hecho sancionado (*lex previa*), y que la ley describa un supuesto de hecho estrictamente determinado (*lex certa*); lo que significa un rechazo de la analogía como fuente creadora de delitos y penas, e impide, como límite a la actividad judicial, que el Juez se convierta en legislador”, Sentencia del Pleno del TC núm. 133/1987, de 21 de julio, Fundamento de Derecho 4º. Así, el artículo 4.1 del Código Penal señala: “Las leyes penales no se aplicarán a casos distintos de los comprendidos expresamente en ellas”, *Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal*, BOE núm. 281, de 24 de noviembre de 1995.

⁶¹⁸ “En el caso *Pinochet* estas consideraciones pudieron haber jugado un papel importante, al: 1) no existir una absoluta coincidencia entre los tipos penales británicos y los españoles; y 2) impugnar la República de Chile la conformidad con el Derecho internacional de las actuaciones judiciales británicas y españolas” (REMIRO BROTONS, A., “Los crímenes de Derecho internacional...”, *óp. cit.*, pp. 45-47).

⁶¹⁹ *Declaración Universal de Derechos Humanos*, Resolución 217(III), de la AG de las Naciones Unidas, de 10 de diciembre de 1948. “Es obvio que la fórmula escogida se aleja de la definición contenida en los sistemas penales continentales tanto por carecer de una referencia a la ley formal

Más tarde, el artículo 7 del *Convenio para la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales* (en adelante, CEDH) de 1950 establecía lo siguiente:

“1. Nadie podrá ser condenado por una acción o una omisión que, en el momento en que haya sido cometida, no constituya una infracción según el derecho nacional o internacional. Igualmente no podrá ser impuesta una pena más grave que la aplicable en el momento en que la infracción haya sido cometida.

2. El presente artículo no impedirá el juicio y el castigo de una persona culpable de una acción o de una omisión que, en el momento de su comisión, constituía delito según los principios generales del derecho reconocidos por las naciones civilizadas”⁶²⁰.

Y, en 1966, el artículo 15 del *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos* (en adelante, PIDCP) declaraba:

“1. Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho nacional o internacional. Tampoco se impondrá pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito. Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello.

2. Nada de lo dispuesto en este artículo se opondrá al juicio ni a la condena de una persona por actos u omisiones que, en el momento de cometerse, fueran delictivos

como, sobre todo, por el reconocimiento expreso del Derecho Internacional, y de sus diferentes fuentes formales, entre las que se encuentra la costumbre, como base jurídica suficiente para satisfacer las exigencias del principio de legalidad” (MARTÍN MARTÍNEZ, M. M., “La configuración del principio de legalidad penal en el...”, *óp. cit.*, p. 375). Con anterioridad, el principio de legalidad se recogió en el artículo 8 de la *Declaración de Virginia*, de 12 de junio de 1776: “En todo proceso criminal, (...) ningún hombre será privado de su libertad si no es en virtud del derecho de la ley de la tierra (...); y en el artículo 8 de la *Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano* aprobada por la Asamblea Nacional Constituyente francesa el 26 de agosto de 1789: “La Ley sólo debe establecer penas estricta y evidentemente necesarias, y tan sólo se puede ser castigado en virtud de una ley establecida y promulgada con anterioridad al delito, y aplicada legalmente”.

⁶²⁰ *Convenio para la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales* de 14 de noviembre de 1950, BOE núm. 243, de 10 de octubre de 1979. El concepto al que alude en el párrafo segundo, “naciones civilizadas”, señala Magdalena M. MARTÍN MARTÍNEZ, “debe entenderse doblemente superado, de una parte por ser fruto de un momento histórico muy concreto y de otra por la pérdida de vigencia de su razón de ser, vinculada a la persecución de los crímenes cometidos por el régimen nazi y a la reivindicación del valor de la jurisprudencia y el derecho de Núremberg” (“La configuración del principio de legalidad penal en el...”, *óp. cit.*, p. 376).

según los principios generales del derecho reconocidos por la comunidad internacional”⁶²¹.

Tanto el CEDH como el PIDCP, al igual que ocurriera con la *Declaración Universal de los Derechos Humanos* de 1948, hacen referencia a las fuentes nacionales e internacionales del principio de legalidad respecto al delito y a la pena pero incorporan además en un segundo párrafo (en opinión de Magdalena M. MARTÍN con la que coincidimos plenamente) la alusión a las otras fuentes formales del DI, en concreto, a los principios generales del DI⁶²². Se pone así el acento en la intención de reconocer por parte de la Comunidad Internacional todo el derecho que se crea respecto de los crímenes de DI con los juicios de Núremberg y Tokio tras la Segunda Guerra Mundial⁶²³. Esta opinión no es compartida por toda la doctrina, que ha llegado a ver en este segundo párrafo una excepción al principio de legalidad, esto es, un reconocimiento a las *ex post facto laws* o normas con carácter retroactivo.

⁶²¹ *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos* de 16 de diciembre de 1966, *BOE* núm. 103, de 30 de abril de 1977.

⁶²² Este párrafo completaría las dimensiones del principio de legalidad al incluir la prohibición de irretroactividad pero haciendo alusión al resto de fuentes formales del DI (MARTÍN MARTÍNEZ, M. M., “La configuración del principio de legalidad penal en el...”, *óp. cit.*, p. 375).

⁶²³ En el mismo sentido, Héctor OLÁSULO ALONSO señala que el mencionado párrafo segundo no añade nada nuevo pues los principios generales del Derecho ya son, de acuerdo con el artículo 38 del Estatuto de la CIJ, fuente principal del DI. “En consecuencia su presencia solo se comprende desde la voluntad de sus redactores de reafirmar en forma expresa la legitimidad de los principios recogidos en la jurisprudencia del Tribunal de Núremberg, como se reflejan en las Resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas 95(1), de 11 de diciembre de 1946, 177(II), de 21 de noviembre de 1947 y 488(V), de 12 de diciembre de 1950 y el informe presentado sobre los mismos por la Comisión de Derecho Internacional (CDI) en 1950” (“El principio *nullum crimen sine iure* en Derecho...”, *óp. cit.*, pp. 26-27). De la misma opinión, MARTÍNEZ ALCANIZ, A., *óp. cit.*, pp. 419-421. Ahora bien, existe una posición contraria a considerar los principios generales del derecho como fuentes de los tipos penales basándose en su vaguedad como un impedimento para ello; de ahí que, como veremos más adelante, la CDI ha preferido utilizar la expresión DI. En este sentido, el TEDH, en el asunto *Lok y Kilslyiy v. Estonia*, en su Decisión de inadmisión de 17 de enero de 2006, ratificó la sentencia dictada por los jueces estonianos en la que se condenaba a dos sujetos por crímenes de lesa humanidad que habían sido perpetrados en 1949 cuando el crimen de lesa humanidad no estuvo previsto en el Derecho interno de la antigua Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas hasta 1994. Sin embargo, basándose en el artículo 7.2 del Convenio Europeo, el TEDH señaló que el crimen de lesa humanidad ya estaba previsto en el Estatuto de Londres de 1945 y en el *Convenio sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad* de 1968.

El contenido de ese segundo párrafo de los artículos 7 del CEDH y 15 del PIDCP puede también encontrarse en el *Proyecto de Código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad*⁶²⁴ de 1966 de la CDI:

“Artículo 13.- Irretroactividad

1. Nadie será condenado en virtud del presente Código por actos ejecutados antes de que entre en vigor.
2. Nada de lo dispuesto en este artículo impedirá el juicio de cualquier individuo por actos que, en el momento de ejecutarse, eran criminales en virtud del derecho internacional o del derecho nacional”.

La CDI ha señalado en sus comentarios que la finalidad del Derecho Penal es prohibir, castigar y prevenir las conductas consideradas suficientemente graves para que se justifique su calificación como un crimen, creando a tal fin una *norma de conducta*. Sería ilógico e injusto que se pudiera *encausar y castigar* la licitud de una acción u omisión de un individuo cuando no existe tal norma de conducta, de ahí que la prohibición de la irretroactividad en el Derecho Penal tenga, a su vez, reflejo en el *nullum crimen sine lege*. Ahora bien, la CDI aclara que el párrafo 1 del artículo 13 mencionado se refiere exclusivamente al *Proyecto de Código* en el que se recoge, pero que este no excluye que un individuo pudiera ser enjuiciado por un acto cometido antes de la entrada en vigor del mismo sobre un *fundamento jurídico diferente o independiente* previsto por el DI o por el Derecho interno de un Estado (por ejemplo, un acto de genocidio, de acuerdo con la *Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio* o un crimen de homicidio, de acuerdo al Código penal de un Estado, respectivamente)⁶²⁵.

⁶²⁴ *Proyecto de Código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad, Informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor realizada en su 48º período de sesiones*, 6 de mayo a 26 de julio de 1996, Doc. A/51/10, pp. 10-129, pp. 42-43, disponible en <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N96/236/40/IMG/N9623640.pdf?OpenElement>.

⁶²⁵ La redacción del párrafo segundo del artículo 13 tuvo en cuenta dos *consideraciones*: por un lado, el hecho de que la posibilidad de juzgar a un sujeto por hechos anteriores al *Proyecto de Código* no se viera anulada por esta disposición, pudiendo tenerse en cuenta los ya mencionados fundamentos jurídicos diferentes como el DI convencional o consuetudinario; y, por otro lado, esa posibilidad de acudir a otros fundamentos jurídicos, posibilidad más amplia, que pudiera verse basada en fundamentos jurídicos demasiado vagos, de ahí la utilización de la fórmula “en virtud del derecho internacional” y no otras como “en virtud de los principios generales del derecho internacional” recogidos, como hemos visto, en el *Convenio para la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales* de 1950 y en el *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos* de 1966. *Proyecto de Código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad*,

Por último, el principio de legalidad también ha sido recogido en el artículo 9 de la *Convención Americana sobre Derechos Humanos* de 1969⁶²⁶, en el artículo 7.2 de la *Carta Africana sobre los Derechos Humanos y de los pueblos* de 1981⁶²⁷ y en la remisión que el artículo 6 del *Tratado de la Unión Europea*⁶²⁸ realiza a la *Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea*⁶²⁹, de 7 de diciembre de 2000, a la que reconoce valor de derecho primario u originario y cuyo artículo 46 señala:

“1. Nadie podrá ser condenado por una acción o una omisión que, en el momento en que haya sido cometida, no constituya una infracción según el Derecho nacional o el Derecho internacional. Igualmente no podrá ser impuesta una pena más grave que la aplicable en el momento en que la infracción haya sido cometida. Si, con posterioridad a esta infracción, la ley dispone una pena más leve, deberá ser aplicada ésta.

2. El presente artículo no impedirá el juicio y el castigo de una persona culpable de una acción o una omisión que, en el momento de su comisión, fuera constitutiva de delito según el Derecho Internacional”.

Es éste, básicamente, una copia del artículo 7 del CEDH⁶³⁰ pero elimina “según los principios generales del derecho reconocidos por las nacionales

Informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor realizada en su 48ª..., óp. cit., pp. 42-43.

⁶²⁶ *Convención Americana sobre Derechos Humanos* o Pacto de San José de Costa Rica, de 22 de noviembre de 1969. Artículo 9: “Nadie puede ser condenado por acciones u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el Derecho aplicable. Tampoco se puede imponer pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito. Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello”, disponible en https://www.oas.org/dil/esp/tratados_b-32_convencion_americana_sobre_derechos_humanos.htm.

⁶²⁷ *Carta Africana sobre los Derechos Humanos y de los pueblos* o Carta de Banjul, de 27 de julio de 1981. Artículo 7.2: “Nadie puede ser condenado por un acto u omisión que no constituya una ofensa legalmente punible, en el momento en que se cometió. No se puede infligir pena alguna por una ofensa contra la que no existe ninguna disposición en el momento de ser cometida. Las penas son personales y sólo pueden ser impuestas al transgresor”, disponible en <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/scripts/doc.php?file=t3/fileadmin/Documentos/BDL/2002/1297>.

⁶²⁸ *Tratado de la Unión Europea*, de 7 de febrero de 1992, firmado en Maastricht, *DOUE* núm. 340, de 10 de noviembre de 1997 y *BOE* núm. 11, de 13 de enero de 1994.

⁶²⁹ *Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea*, *BOE* núm. 184, de 31 de julio de 2008.

⁶³⁰ Sin embargo, a pesar de ser prácticamente una copia, “puesto que en el primer párrafo se reconoce inequívocamente el valor del Derecho Internacional como fuente de creación de ilícitos penales, el apartado segundo adquiere una especial relevancia. Su inclusión, lejos de ser una reiteración innecesaria o superflua, resalta la exigencia de juridicidad de los delitos internacionales, es decir, el hecho de que el injusto material que su comisión supone debe ser conocido y

civilizadas”, como señalábamos ya en desuso, por “según el Derecho Internacional”, siguiendo así el modelo instaurado por la CDI en el Proyecto de Código de 1966.

A la vista de todo lo señalado, podemos afirmar que no cabe duda alguna sobre la existencia del principio de legalidad en el DI, tal y como lo confirman numerosos tratados internacionales, universales y regionales, así como la jurisprudencia de los tribunales internacionales que veremos a continuación. Además, lo dicho hasta ahora impide entender el principio de legalidad internacional como *una copia* del principio de legalidad penal a nivel interno, pues el principio de legalidad internacional se manifiesta, tanto en el Derecho convencional como en el Derecho consuetudinario, como una garantía material o procesal, que deja a un lado la garantía formal o *lex scripta*, lo que da lugar a que surjan dudas acerca de su valor, especialmente cuando su medio de hacerse patente fuere una costumbre⁶³¹. Así, el principio de legalidad en el ámbito internacional, al admitir aquella doble fuente (convencional y consuetudinaria), no requiere que la conducta esté tipificada previamente en una norma en sentido estricto, como ocurre en el derecho interno, con lo que parece adecuada la idea de Manuel OLLÉ de denominarlo *nullum crimen sine iure*⁶³². En este sentido, Héctor OLÁSULO señala que el principio *nullum crimen sine iure* constituye

reconocible previamente por el presunto autor, aunque no esté previsto en una ley formal”, (MARTÍN MARTÍNEZ, M. M., “La configuración del principio de legalidad penal en el Derecho...”, *óp. cit.*, p. 377).

⁶³¹ El informe sobre el Estatuto del TPIY del SG de las Naciones Unidas (*Report of the Secretary General Pursuant to paragraph 2 of the Security Council Resolution 808* (1993). Doc. S/25704, de 3 de mayo de 1993) ya señaló que “la aplicación del principio *nullum crimen sine lege* exige que el Tribunal aplique reglas del Derecho Internacional humanitario que formen parte, sin ninguna duda posible, del Derecho consuetudinario”, con lo que se pretendía evitar que se aplicaran tratados internacionales que, si bien habían sido ratificados, no los habían ratificado todos los Estados miembros de las Naciones Unidas. Es por ello que tanto el TPIY en 1995 (asunto *Tadic*) como el TPIR en 1998 (asunto *Akayesu*) señalan que los crímenes de los Estatutos de ambos tribunales internacionales debían estar recogidos en el DI, aunque no necesariamente en tratados internacionales, sino que también la costumbre podía ser fuente de los crímenes internacionales, pues el Derecho Internacional Penal cuenta entre sus fuentes con el derecho convencional y el derecho consuetudinario y que ambas son necesarias para analizar si se cumplen o no con el principio de legalidad (*Prosecutor v. Dusko Tadic*, TPIY, caso núm. IT-94-I-T, Decisión sobre la presentación de la defensa por apelación interlocutoria sobre jurisdicción, de 2 de octubre de 1995, párr. 143). Incluso algún autor ha señalado una triple fuente al incluir, junto a la costumbre y los tratados internacionales, los principios generales del DI, principios comunes a los Estados que conforman la Comunidad Internacional, avanzando incluso que podría estar en *proceso de adquirir* carácter *de ius cogens* (OLÁSULO ALONSO, H., “El principio *nullum crimen sine iure*...”, *óp. cit.*, p. 25).

⁶³² OLLÉ SESÉ, M., *Justicia universal para...*, *óp. cit.*, pp. 161 y ss.

“la provisión de una garantía efectiva contra las investigaciones, enjuiciamientos y condenas arbitrarias, siendo irrelevante si la criminalización de la conducta se ha producido mediante el Derecho nacional o el Derecho internacional, con tal de que la misma sea constitutiva de delito en el momento de llevarse a cabo”⁶³³.

Ha sido la jurisprudencia internacional⁶³⁴ la que, al aplicar el principio de legalidad, ha establecido los elementos que lo conforman:

- La *certeza* o establecimiento de unos hechos constitutivos de delito de acuerdo al DI, aunque no en términos exhaustivos.
- La *accesibilidad* del presunto responsable del crimen a la norma internacional que lo contempla en el momento de la comisión del hecho delictivo⁶³⁵.
- La *previsibilidad* de responsabilidad en la que el presunto responsable incurriría en el caso de llevar a cabo los hechos previstos en la norma, nacional o internacional. La norma internacional (consuetudinaria o convencional) que recoja la conducta prohibida deberá describir con suficiente claridad e inteligibilidad los diversos elementos que conforman el crimen, de forma que pueda llegar a ser entendible para todos los ciudadanos⁶³⁶.

El problema que deriva de los elementos de previsibilidad y accesibilidad, como señala Magdalena M. MARTÍN, es que la Sala de Apelaciones del TPIY lleva a cabo interpretaciones flexibles o laxas acerca de las mismas justificándolas de la siguiente manera:

⁶³³ OLÁSOLO ALONSO, H., “El principio *nullum crimen sine iure...*”, *óp. cit.*, p. 26. Además, debemos tener en cuenta, como ya señalábamos en la introducción a esta Tesis Doctoral, que en el DI no existe un legislador internacional sino que son los propios Estados los que, a través de la práctica, crean sus propias normas y consienten en obligarse por ellas, normas que se expresan a través de diversas fuentes entre las que no existe jerarquía, tal y como se estableció en el asunto *Lotus* en 1927 y se recogieren en el artículo 38.1 del ECIJ. Pero no existen leyes internacionales que puedan entenderse como se entiende la ley formal interna en un Estado (MARTÍN MARTÍNEZ, M. M., “La configuración del principio de legalidad penal...”, *óp. cit.*, p. 379).

⁶³⁴ Sentencia del TEDH, asunto *Stretletz, Kessler y Krenz v. Alemania*, párr. 105; Sentencia del TEDH, asunto *Konovov c. Letonia*, párr. 185; Sentencia del TEDH, asunto *Korbely c. Hungría*, párrs. 69-71; Sentencia del TEDH, asunto *Jorgic v. Alemania*, párrs. 101-109; Sentencia TEDH, asunto *Kessler y Krenz v. Alemania*, párr. 50; TPIY, Sala de Apelaciones, *The prosecutor v. Enver Hadzihasanovi, Mehmed Alagic and Amir Kubura*, párrs. 32-36.

⁶³⁵ La accesibilidad “alude a una elemental y sencilla exigencia de publicidad de las normas” (SARMIENTO, D., MIERES, L. y PRESNO, M., *Las sentencias básicas del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, Aranzadi, Pamplona, 2007, p. 60).

⁶³⁶ “Es un estándar de conducta que requiere de un particular conocimiento, o una práctica, de las condiciones que le son jurídicamente exigibles” (SARMIENTO, D., MIERES, L. y PRESNO, M., *Las sentencias básicas del Tribunal Europeo...*, *óp. cit.*, p. 61).

“una interpretación estricta de las mismas es contraria a la naturaleza no escrita y al propio proceso de formación de la costumbre, cuya accesibilidad, siendo menor que la de las normas convencionales, no es óbice para la existencia de una *opinio iuris*, una convicción jurídica que permita que el presunto autor sea plenamente consciente, en el momento de la comisión del ilícito, que su conducta acarrea la responsabilidad penal individual”⁶³⁷.

Podemos concluir, a la vista de todo lo señalado, que en Derecho Internacional Penal, en tanto en cuanto se admiten como fuente tanto los tratados como la costumbre, encontramos un principio de legalidad flexible, lo que a su vez nos lleva a afirmar que no es exacto señalar que el principio de legalidad exija una *lex scripta*⁶³⁸.

“La tipicidad de los *crímenes contra la paz y seguridad de la humanidad* no está determinada en el orden internacional por su incorporación en textos escritos, pues la *lex* se expresa mediante métodos consuetudinarios (y principios generales del Derecho) que la hacen ambigua e insegura en un momento dado, hasta que la codificación y sus trabajos preparatorios permiten su más precisa representación, sobre la base, a menudo, de tipos relativamente abiertos; sólo en el plano de las reglas particulares inscritas en los tratados por los que se obligan los Estados (y que son, a su vez, elementos de la práctica y expresión de la *opinio iuris* que coadyuvan a la creación de normas generales) la tipicidad internacional se aproxima a la interna (y hasta se subsume en ella, cuando se trata de reglas de aplicación directa)”⁶³⁹.

Ahora bien, algunos autores ya han señalado cómo su uso puede llevar a lo denominado “derecho penal del enemigo”⁶⁴⁰, pues si bien en relación con el

⁶³⁷ “De esta manera la jurisprudencia del TIPY otorga un claro protagonismo a lo que CONDORELLI bautizó como “costumbre progresista” en detrimento de las “reaccionarias” normas convencionales” (MARTÍN MARTÍNEZ, M. M., “La configuración del principio de legalidad penal...”, *óp. cit.*, p. 383).

⁶³⁸ “Se gana en precisión si se dice, en cambio, que en el ámbito del derecho penal internacional la garantía se satisface con la constatación de la existencia, cualquiera que sea fuente originaria de las señaladas en el art. 31 ECIJ, de una norma previa que establezca el hecho punible (garantía criminal) y señale la pena (garantía penal)” (HORMAZÁBAL MALARÉE, H., “Crímenes internacionales, jurisdicción y principio de legalidad”, PÉREZ CEPEDA, A. (Dir.), *El principio de Justicia Universal: Fundamentos y límites*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, pp. 237-268, p. 240).

⁶³⁹ REMIRO BROTONS, A., “Los crímenes de Derecho internacional...”, *óp. cit.*, pp. 92-93.

⁶⁴⁰ Jordi NIEVA-FENOLL señala que “cualquier relativización de garantías en beneficio de un imputado que se considera -antes de juzgarle- como un indeseable, se convierte en una aplicación de las ideas del Derecho penal del enemigo en el proceso, aunque no se advierta de esta forma. En

principio de legalidad, algunos tratados internacionales “declaran” costumbres preexistentes⁶⁴¹, otros crean, por sí mismos, normas consuetudinarias. Es el caso del Estatuto de la CPI que recoge en su artículo 22 un principio de legalidad estricto⁶⁴², totalmente opuesto a lo señalado hasta ahora respecto del principio de legalidad en el DI, marcando un *punto de inflexión* en su evolución: tipifica por primera vez los crímenes de DI, tanto en su Estatuto como en los *Elementos de los crímenes*, de forma precisa al recoger sus elementos convencionales y consuetudinarios y convirtiéndose en un sistema penal íntegro⁶⁴³:

garantías procesales no debe distinguirse entre mayor o menor gravedad de los delitos bajo ningún concepto. Ni siquiera la empatía con las víctimas puede llevar a abolir esas garantías, aunque esa empatía es precisamente el presupuesto de fondo que intenta legitimar al Derecho penal del enemigo” (*óp. cit.*, p. 138). Sobre el derecho penal del enemigo puede consultarse: CANCIO MELIÁ, M. y GÓMEZ-JARA DÍEZ, C. (Coords.), *Derecho penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión*, Edisofer SL, Buenos Aires-Montevideo, 2006; MUÑOZ CONDE, F., *De nuevo sobre el “Derecho penal del enemigo”*, Hammurabi, Buenos Aires, 2005; RIQUERT, F. L., y PALACIONES, L. P., *Teoría penal de excepción: el derecho penal del enemigo y el estado de derecho*, *El Derecho penal frente a la inseguridad global*, Bomarzo, Albacete, 2007, pp. 149-169; y JAKOBS, M. y CANCIO MELIÁ, M., *Derecho penal del enemigo*, Thomson Civitas, Madrid, 2003, disponible en: <http://www.psicosocial.net/grupo-accion-comunitaria/centro-de-documentacion-gac/psicologia-y-tecnicas-de-control-social/coercion-y-control-social/771-derecho-penal-del-enemigo/file>.

⁶⁴¹ “La realidad es que el derecho penal internacional ha evolucionado en los últimos años de forma muy rápida, incorporándose diversas normas penales internacionales que tipifican determinadas conductas, por lo que el uso del derecho consuetudinario iría perdiendo su importancia como fuente del derecho” (MARTÍNEZ ALCANIZ, A., *óp. cit.*, p. 426).

⁶⁴² “La creación de la CPI constituye una nueva era de seguridad jurídica en la persecución de crímenes internacionales, concretamente, de los crímenes de guerra, pues estos injustos aparecen definidos con precisión, por lo que no pueden ser desconocidos por la sociedad”, MARTÍNEZ ALCANIZ, A., *óp. cit.*, p. 417. Sin embargo, no todos los autores opinan lo mismo. Así, para Héctor OLÁSULO ALONSO, aunque es cierto que el DI contemporáneo permite o “no prohíbe *ex ante* la opción de configurar, por vía interpretativa, un principio *nullum crimen sine iure* con un contenido reforzado”, como ya han hecho la CIDH y la CPI, lo cierto es que dicha configuración del principio debe ser acorde con los Sistemas de Protección Universal y Regional de Derechos Humanos, sobre todo con la obligación que tienen los Estados de investigar y enjuiciar las graves violaciones de DDHH, así como otorgarles a las víctimas el derecho a la tutela judicial efectiva, entre los que se encuentra un recurso judicial efectivo. “Por ello un reforzamiento excesivo por vía interpretativa del contenido del principio *nullum crimen sine iure* genera el riesgo de incumplimiento de estas obligaciones y la insatisfacción del derecho de las víctimas a un recurso judicial efectivo, que serán tanto más graves en tanto afecten a crímenes internacionales de *ius cogens*” (“El principio *nullum crimen sine iure*...”, *óp. cit.*, p. 40).

⁶⁴³ “El Estatuto de Roma contiene disposiciones penales sustantivas, es decir, procede a la tipificación exhaustiva de los crímenes objeto de la competencia de la CPI en los artículos 6 a 8 y en los llamados *Elementos de los Crímenes* no como simples elementos determinantes de la competencia material, sino como consagración de una verdadera garantía penal, utilizando una técnica legislativa similar a la de los derechos internos y con referencias a la intencionalidad, antijuridicidad, autoría, etc” (MARTÍN MARTÍNEZ, M. M., “La configuración del principio de legalidad penal...”, *óp. cit.*, p. 384). En este sentido, es interesante destacar la jurisprudencia de la CIJ en el asunto *cuestiones relativas a la obligación de juzgar o extraditar* (Bélgica v. Senegal), señalando en su Sentencia de 14 de febrero de 2002, junto al reconocimiento de la prohibición de la tortura por el derecho consuetudinario, la irretroactividad de la Convención contra la tortura en relación a la fecha de entrada en vigor para cada uno de los Estados: “Toutefois, l’obligation de poursuivre les auteurs présumés d’actes de torture, en vertu de la convention, ne s’applique qu’aux

“Artículo 22. *Nullum crimen sine lege*.

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

Con la aprobación del Estatuto de Roma de 1998 y en relación al principio de legalidad, el Derecho Internacional Penal de reciente creación se acerca más al modelo doméstico o interno de los Estados que al esquema de tipificación que los diversos tratados internacionales en materia de protección de DDHH habían llevado a cabo hasta esa fecha.

“Parece como si el Estatuto hubiera intentado una codificación en sentido propio de las normas de Derecho internacional penal, reflejando una versión más estricta del principio *nullum crimen sine lege*, excluyendo, para el círculo de los Estados parte, la vigencia del derecho consuetudinario en los asuntos abarcados por el régimen internacional material del Estatuto, es decir, en aquellos casos que caigan dentro de la competencia de la Corte cuando la Corte sea competente”⁶⁴⁴.

faits survenus *Recueil des Cours* 2012, p. 422, párr. 100. Y, ¿qué sentido tiene reconocer la prohibición consuetudinaria si luego no se aplica?, ¿qué efectos recoge entonces la prohibición consuetudinaria?. “En definitiva la Corte Internacional de Justicia reconoce la preexistencia de la prohibición a la tortura como norma consuetudinaria anterior a la Convención de 1984, pero en la práctica, obvia aplicar la norma consuetudinaria, una vez que la misma es recogida en un texto convencional, restringiendo a los límites temporales de éste, cualquier posible tratamiento del crimen” (VALLEJO PEÑA, C., *El estado de la jurisdicción universal en el Derecho Internacional...*, *óp. cit.*, pp. 154-155).

⁶⁴⁴ VIVES CHILLIDA, J., “La evolución jurídica internacional de los crímenes...”, *óp. cit.*, p. 377. “Como se sabe los Estados parte no tienen la obligación jurídica internacional de incorporar los crímenes del Estatuto en su derecho interno pero el régimen de la complementariedad presupone que los Estados sancionarán los crímenes internacionales en los ordenamientos jurídicos internos y que la Corte podrá servir de mecanismo de control internacional del cumplimiento de estas obligaciones, realizando una función judicial sustitutoria en casos concretos. En este sentido el Estatuto de Roma es un elemento activador de las legislaciones internas y también de los tribunales internos contribuyendo, indirectamente al derecho consuetudinario en materia de crímenes contra la humanidad. En este aspecto de las relaciones entre el Derecho internacional y los derechos internos, la llamada a actuar contenida implícitamente en el Estatuto de Roma puede ser un

E igual ocurre en el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos, cuya jurisprudencia ha establecido la necesidad de que el tipo y sus elementos sean establecidos previamente en una norma con rango de ley (*lex scripta*)⁶⁴⁵. Nos encontramos, en el ámbito del DI, ante una evolución del *nullum crimen sine iure* (flexible) hacia *nullum crime sine lege* (rígido)⁶⁴⁶ que, sin embargo, no está exenta de riesgos⁶⁴⁷.

En nuestra opinión, la aplicación directa de los crímenes *stricto sensu* recogidos en el Derecho Internacional Penal, convencional o consuetudinario, en los ordenamientos jurídicos no supone una disminución de las garantías procesales para el encausado y, mucho menos, su eliminación, por lo que debería ser viable. Recordemos que el TC español ha señalado que lo que impide el

importante instrumento de promoción del Derecho internacional penal en los derechos internos” (VIVES CHILLIDA, J., “La evolución jurídica internacional de los crímenes...”, *óp. cit.*, p. 378).

⁶⁴⁵ CIDH, asunto *García Asto y Ramírez Rojas v. Perú*, párrs. 187-191; CIDH, asunto *Fermín Ramírez v. Guatemala*, párrs. 90-91; CIDH, asunto *Lori Berenson Mejía v. Perú*, párr. 126; CIDH, asunto *De la Cruz Flores v. Perú*, párrs. 70-82; y CIDH, asunto *Castillo Petruzzi v. Perú*, párrs. 119-121.

⁶⁴⁶ Se apuesta con este nuevo sistema por *preservar* la seguridad jurídica y reducir el camino entre los sistemas internos e internacional que, basado en el sistema de fuentes internacional, disminuye la cita a la costumbre. Todo ello atendiendo al artículo 10 del Estatuto, “nada de lo dispuesto en la presente parte se interpretará en el sentido de que limite o menos cabe de alguna manera las normas existentes o en desarrollo del derecho internacional para fines distintos del presente Estatuto”, y al artículo 22.3: “Nada de lo dispuesto en el presente artículo afectará a la tipificación de una conducta como crimen de derecho internacional independientemente del presente Estatuto”. Y es que el Estatuto tiene un valor limitado, *ratione temporis* y *ratione materiae*, sin que pueda este afectar al principio de legalidad tal y como viene establecido en los Estatutos de otros tribunales internacionales o en otros tratados internacionales o eliminar “de un plumazo la tipificación de crímenes internacionales por la vía del derecho consuetudinario” (MARTÍN MARTÍNEZ, M. M., “La configuración del principio de legalidad penal...”, *óp. cit.*, p. 385).

⁶⁴⁷ Respecto a los riesgos, como señala Héctor OLÁSULO, tenemos que tener en cuenta que “al requerir la previa determinación del carácter punible de la conducta por norma escrita con rango de ley y sustituir los requisitos de accesibilidad y previsibilidad por aquellos de *lex praevia*, *lex scripta*, *lex certa* y *lex stricta* [puede conllevar] a la potencial violación de los deberes de investigación y enjuiciamiento de los Estados y del principio hermenéutico *pro homine*, que resultaría de la aplicación formal de estos últimos requerimientos en situaciones constitutivas de delitos de lesa humanidad (...), en particular cuando dichos crímenes han sido promovidos o consentidos desde las propias instituciones públicas”. Principio *pro homine* que viene recogido en los artículos 5.1 del PIDCP y 29 de la *Convención Americana de los Derechos Humanos* de 1969, y que consiste en “acudir a la norma más amplia, o a la interpretación más extensiva cuando se trata de reconocer derechos protegidos e, inversamente, a la norma o a la interpretación más restringida cuando se trata de establecer restricciones permanentes al ejercicio de los derechos o su suspensión extraordinaria” (“El principio *nullum crimen sine iure*...”, *óp. cit.*, pp. 21 y 34). Además, “el sometimiento del Estatuto de Roma a la legalidad penal y su reticencia a acogerse a la “costumbre progresista” como han hecho los Tribunales *ad hoc* puede traer aparejado cierto inmovilismo o incapacidad para evolucionar a la par que lo hace el Derecho Internacional, junto a una dependencia incómoda del mecanismo convencional de revisión de los tratados para su actualización” (MARTÍN MARTÍNEZ, M. M., “La configuración del principio de legalidad penal...”, *óp. cit.*, pp. 385-386).

principio de legalidad es que el juez se convierta en legislador⁶⁴⁸. Sin embargo, al aplicar el *nullum crimen sine lege* el juez no legisla en ningún momento, pues la norma ya existe, convencional o consuetudinariamente, por lo que sólo la aplica.

“Todo crimen internacional que esté prohibido por una norma de Derecho internacional (anterior a la ejecución de la conducta ilícita criminal), es un hecho típico de DPI, aunque la legislación interna no lo tipifique, pero siempre que la norma prohibitiva o de mandato penal del Derecho internacional (*lex*) (convencional o consuetudinaria) describa con claridad e inteligibilidad los elementos constitutivos de la conducta prohibida (*certa*) y cumpla, en consecuencia con las garantías materiales del principio de legalidad”⁶⁴⁹.

2.1.1. Las sentencias de la AN y el TS en el asunto *Scilingo*

La primera sentencia que analiza, desde un punto de vista progresivo e integrador, la relación entre el principio de legalidad en el derecho interno y en el DI es la dictada por la AN el 19 de abril de 2005 en el asunto *Scilingo*⁶⁵⁰.

La AN comienza el análisis poniendo de manifiesto la especial naturaleza jurídica de las normas de Derecho Internacional Penal que contienen los crímenes de DI, entendiéndose como normas de *ius cogens* que generan obligaciones *erga omnes* y que “establecen prohibiciones o fijan de manera más o menos clara núcleos de conductas penalmente reprochables”, pero sin incluir la pena, el

⁶⁴⁸ Sentencia del Pleno del TC, núm. 133/1987, de 21 de julio, Fundamento de Derecho 4º.

⁶⁴⁹ OLLÉ SESÉ, M., “Principios generales”, *óp. cit.*, pp. 168-169. “Es por ello que es posible sostener, además, que en general estos crímenes satisfacen los estándares de accesibilidad y previsibilidad, girando las dudas y discusiones no en cuanto a la retroactividad o la inexistencia de fuentes, sino más bien en cuanto a los términos en que los delitos están definidos en todos esos instrumentos internacionales” (LLEDÓ, R., *óp. cit.*, pp. 257-258).

⁶⁵⁰ Sentencia de la Sala de Lo Penal de la AN, núm. 16/2005, de 19 de abril. Es una sentencia “histórica que rompe con la tradición monista española en la interpretación del principio de legalidad penal y que pretende adaptar el Derecho penal español al Derecho internacional penal vigente en materia de represión de crímenes de Derecho internacional, en especial, los crímenes contra la humanidad” y es una sentencia “coherente que, en el estadio actual de la responsabilidad penal internacional ante los tribunales nacionales, permite comprobar, al fin, los avances jurídicos desarrollados en la última década en la lucha contra la impunidad, que sin una práctica estatal consecuente quedaban en papel mojado” (CAPELLÀ I ROIG, M., “Los crímenes contra la humanidad en el caso *Scilingo*”, *REEI*, núm. 10, 2005, pp. 2 y 13, disponible en <http://www.reei.org/index.php/revista/num10/articulos/crimenes-contra-humanidad-caso-scilingo>).

procedimiento o la jurisdicción. De ahí que la inserción de estas normas de naturaleza especial en el ordenamiento interno deba ser abordada contestando a tres interrogantes:

- La norma interna que recepcione la norma internacional, ¿puede tener sólo una aplicación futura o se permite también la aplicación retroactiva?
- De acuerdo con su naturaleza *erga omnes*, ¿tiene efectos sólo en el territorio del Estado o, por el contrario, posee carácter universal protegiendo al conjunto de la humanidad?
- Si la respuesta anterior es positiva, entre los títulos jurisdiccionales para su investigación y procesamiento, ¿está contemplado el principio de jurisdicción universal?

Respecto a la primera pregunta, señala la AN que hay que distinguir las diversas normas de DI entre convencionales, divididas a su vez en *self executing* y *non self executing*, y no convencionales (o consuetudinarias). Son estas últimas las que mayores problemas plantean, máxime cuando son normas de *ius cogens*, pues si no están recogidas en una norma interna no pueden ser aplicadas *de facto* por el juez quedando como “derecho puramente simbólico” y, si finalmente se trasponen a una norma interna, surge el problema acerca de cuándo entraron en vigor (¿al recogerse en la norma interna o desde su existencia como norma no convencional?). Sin embargo, señala la AN que la propia naturaleza de *ius cogens* de la norma internacional positivada en la norma doméstica le impide ir en contra de su contenido o limitar su ámbito de aplicación, ya sea espacial, temporal, objetivo o subjetivo:

“Recibida en el derecho interno la norma de derecho internacional preexistente para posibilitar su aplicación, no parece lógico que la norma interna olvide que la norma internacional era ya obligatoria “per se” o de que por sus características y universalidad, con la finalidad de proteger valores superiores de la humanidad, son el conjunto de la Humanidad y la totalidad de los Estados en que ésta se organiza, y no un Estado concreto, los que tienen un interés equivalente en el enjuiciamiento y sanción de dichos delitos”⁶⁵¹.

⁶⁵¹ Sentencia de la Sala de Lo Penal de la AN, núm. 16/2005, de 19 de abril, Fundamento de Derecho 1º, 1, B. En el mismo sentido, la Decisión de inadmisión del TEDH en el asunto *Kolk y Kislyiy v. Estonia*, de 17 de enero de 2006, basándose en el artículo 7.2 del CEDH, al señalar que los crímenes contra la humanidad carecen de limitación temporal alguna cualquiera que sea la fecha de

En cuanto a la segunda cuestión (aplicación territorial o universal de la norma *erga omnes*) la AN señala que “no le cabe ninguna duda de que hay una *opinio iuris cogentis* en torno al carácter imperativo de la norma que prohíbe el genocidio, la trata de esclavos o la agresión o, en general, los crímenes contra la humanidad”⁶⁵² y, concluye que una norma internacional de *ius cogens*

“genera responsabilidad penal individual, está vigente en Derecho internacional desde hace décadas, (...), de conformidad con el principio de derecho intertemporal *tempus regit actum*, visto desde la óptica del Derecho internacional”⁶⁵³.

Por último, conforme a lo anterior y en lo que se refiere a la tercera cuestión, podemos deducir que entre los títulos jurisdiccionales para la investigación y procesamiento de los crímenes de *ius cogens* si estaría contemplado el principio de jurisdicción universal. Los crímenes de *ius cogens* “generan responsabilidad individual penal (principio de responsabilidad individual penal), que no sólo existe en virtud de la actuación del principio de territorialidad penal, sino que es propiamente internacional”. Afirmación ésta de la que podemos extraer dos consecuencias: la primera, estamos ante normas penales universales que aplican, por un lado, un cumplimiento general y que, por otro,

su comisión. También OLLÉ SESÉ, M.: “La norma interna -sea el tipo de los concretos delitos en los que se subsumen los hechos (...) o el tipo del *crimen internacional de primer grado*, incorporado a la legislación penal doméstica después de la comisión delictiva- despliega, desde el momento de su entrada en vigor, toda la eficacia de la norma internacional a la que representa. La ley interna se integra con la internacional y asume su estatus de aplicación imperativa u obligatoria (*ius cogens*) conferido por aquella que le irradia todos sus efectos y plena eficacia en el ámbito objetivo, espacial y temporal” (*Justicia universal para...*, *óp. cit.*, p. 181). La profesora Alicia GIL señala que, a pesar de encontrarnos ante una norma de *ius cogens* con carácter *erga omnes*, sólo el hecho de no establecer esa norma una sanción, debería haber llevado a la AN a considerarla una norma *non self executing* y a no aplicarla, obviando así que en nuestro Derecho interno se contempla un principio de legalidad *ferreo y estricto* que impide aplicar por los tribunales internos costumbres internacionales, pues no cumplen éstas con varias de las garantías señaladas pero, en este caso concreto, con el principio *nullum crimen sine poena* (“Principio de legalidad y crímenes internacionales. Luces y sombras en la sentencia del tribunal supremo en el caso Scilingo”, CUERDA RIEZU, A. y JIMÉNEZ GARCÍA, F. (Dirs.), *Nuevos desafíos del Derecho Penal Internacional. Terrorismo, crímenes internacionales y derechos fundamentales*, Tecnos, Madrid, 2009, pp. 391-409, pp. 392-393).

⁶⁵² Así ha sido reconocido en la Resolución 95(I), de la AG de Naciones Unidas, de 11 de diciembre de 1946, en la que se confirman los *Principios de Derecho internacional reconocidos por el régimen jurídico del Tribunal de Núremberg y por la sentencia de este Tribunal*.

⁶⁵³ Sentencia de la Sala de Lo Penal de la AN, núm. 16/2005, de 19 de abril, Fundamento de Derecho 1º, 2.2.

generan responsabilidad penal individual; la segunda, que suponen una excepción al principio de territorialidad a favor *uti universi* de los tribunales internos,

“constituyendo un título válido internacionalmente para ejercer la propia jurisdicción, sin que suponga un acto *ultra vires* o más allá de las competencias del Estado en concreto”.

Y es que el principio de responsabilidad individual penal, señala la AN, supone:

“la Autonomía del Derecho Internacional en la tipificación penal de los crímenes contra la humanidad, así como la supremacía del Derecho penal internacional sobre el derecho nacional en el contexto de las obligaciones internacionales de los individuos”,

pues las obligaciones internacionales que tienen los individuos superan a las nacionales en relación a los crímenes más graves de DI sobre los que la Comunidad Internacional ha manifestado su consenso⁶⁵⁴.

Sentadas las bases anteriores, el problema que queda por resolver es el de la ley penal *scripta, praevia y certa*, esto es, la aplicación de una ley interna que recoge un crimen de DI grave a hechos ocurridos en un momento temporal en el que no estaba vigente en el ordenamiento interno pero si existía como norma de DI de *ius cogens* (consuetudinaria o convencional). Para ello, señala la AN, nos encontramos de nuevo con la necesidad de dar respuesta a tres situaciones:

En primer lugar, “la ausencia de norma penal en el momento de producción de los hechos” es una cuestión que la AN entiende resuelta, en el sentido de que la conducta se encontraba prohibida décadas atrás en normas de DI de *ius cogens*, en concreto, en normas consuetudinarias, siendo éstas de aplicación por todos los Estados a los hechos cometidos⁶⁵⁵.

En segundo lugar, la AN hace referencia al “engarce entre el derecho internacional y el derecho interno”, es decir, el que exista o no una norma interna

⁶⁵⁴ Sentencia de la Sala de Lo Penal de la AN, núm. 16/2005, de 19 de abril, Fundamento de Derecho 1º, 3.

⁶⁵⁵ Sentencia de la Sala de Lo Penal de la AN, núm. 16/2005, de 19 de abril, Fundamento de Derecho 1º, 4, 1), 1.

que tipifique el crimen internacional. Para ello, acude al principio de legalidad internacional o *nullum crimen sine iure* como expresión del *nullum crimen sine lege* del Derecho interno, permitiéndole así una interpretación mucho más flexible de las garantías que se derivan del mismo, de forma que sería suficiente que el crimen estuviera recogido en el DI (convencional o consuetudinario) aunque no viniera recogido en una ley (*ley scripta*) en el Derecho interno o lo hubiere recogido tras la comisión de los crímenes⁶⁵⁶, siempre y cuando se cumpla con el criterio de la previsibilidad ya analizado. Y, para ello, acude la AN a varios argumentos:

- El *nullum crimen sine lege* debe ceder cuando represente una inmoralidad mayor dejar sin castigo determinadas conductas especialmente atroces, basándose así en criterios éticos jurídicos. Ya lo señaló el Tribunal de Núremberg, que se ocupó por primera vez de castigar estos crímenes a nivel internacional y no interno⁶⁵⁷.
- Nos encontramos ante un *principio de justicia superior*, de forma que “se debe evitar que un principio que nació con el objeto de proteger al individuo frente al poder absoluto del Estado se convierta en una barrera protectora que proteja” un ataque masivo a los derechos fundamentales de los ciudadanos.
- No se puede vulnerar el principio de legalidad cuando la figura de tales crímenes se encuentra vigente en el DI desde hace décadas⁶⁵⁸.
- Aunque la AN no hace mención a ello, en relación con el principio de responsabilidad penal internacional podría también argumentarse que ya los Principios I y II de los Principios de Núremberg⁶⁵⁹ señalaban, respectivamente,

⁶⁵⁶ La tipificación de un crimen de DI en la normativa interna ha recibido varios nombres dependiendo de la técnica utilizada. Así “retipificación o imputación específica”, “sistema de desdoblamiento de funciones”, “sistema de aplicación indirecta”. De forma general, señalar que dependerá de si la norma interna ha redefinido el crimen internacional o ha hecho una transcripción literal de la norma internacional que lo contempla (OLLÉ SESÉ, M., *Justicia universal para.... óp. cit.*, p. 170, nota a pie 241).

⁶⁵⁷ En opinión de Alicia GIL, fundamentar la inaplicación del principio de legalidad en los argumentos esgrimidos en los procesos de Núremberg es inadmisibles, pues “resultan absolutamente inaceptables en un Estado de Derecho (...). En contra de tales afirmaciones debemos mantener con contundencia que en un Estado democrático de Derecho los principios y garantías se aplican y protegen a todos por igual y en el momento en que empezamos a hacer excepciones dejan de ser principios generales y garantías y corremos el riesgo de perder el Estado de Derecho (“Principio de legalidad y crímenes internacionales...”, *óp. cit.*, p. 394).

⁶⁵⁸ Sentencia de la Sala de Lo Penal de la AN, núm. 16/2005, de 19 de abril, Fundamento de Derecho 1º, 4, 1), 2.

⁶⁵⁹ Resolución 95(I), de la AG de Naciones Unidas, de 11 de diciembre de 1946, en la que se confirman los *Principios de Derecho internacional reconocidos por el régimen jurídico del Tribunal de*

que “Toda persona que cometa un acto que constituya delito de derecho internacional es responsable del mismo y está sujeta a sanción” y que “El hecho de que el derecho interno no imponga pena alguna por un acto que constituya delito de derecho internacional no exime de responsabilidad en derecho internacional a quien lo haya cometido”.

En tercer lugar, surgiría la cuestión de la posible aplicabilidad “retroactiva” [de la norma penal interna] para la calificación jurídico penal de los hechos⁶⁶⁰. Pero, en realidad, se trata de crímenes de naturaleza mixta (consuetudinaria y convencional), y no puede hablarse de irretroactividad de una norma por el mero hecho de que no estuviera tipificada si ya existía una norma consuetudinaria en el momento de la comisión del crimen. El hecho de que después venga cristalizada en una norma convencional aporta, más bien, “un plus de taxatividad y previsibilidad a la conducta prohibida u ordenada por la norma penal internacional”⁶⁶¹, sin que existan razones sólidas para pensar que se está negando el respeto al principio de legalidad, al menos como garantía criminal⁶⁶². De hecho, la AN señaló el asunto *Streletz, Kessler y Krenz v. Alemania*⁶⁶³ que aplicó los ya mencionados artículos 7.2 del CEDH y 15.2 del PIDCP⁶⁶⁴.

Núremberg y por la sentencia de este Tribunal. Disponible en: <https://www.icrc.org/spa/resources/documents/misc/treaty-1950-ihl-nuremberg-5tdmhe.htm>.

⁶⁶⁰ Cierta doctrina ha señalado que la AN no llevó a cabo una aplicación retroactiva de la ley sino retrospectiva (OLLÉ SESÉ, M., *Justicia universal para crímenes internacionales*, La Ley, Madrid, 2008, p. 183, nota a pie 258).

⁶⁶¹ Sentencia de la Sala de Lo Penal de la AN, núm. 16/2005, de 19 de abril, Fundamento de Derecho 1º, 4, 1), 3.

⁶⁶² Señala Antonio REMIRO BROTONS que “la fecha definitiva decisiva para que pueda proceder a la persecución y castigo de un crimen internacional no es la de su incorporación a las normas internas, sino la de su cristalización en las normas generales (y, en su caso, las convencionales) del Derecho Internacional. No hay razón alguna para hacer a los criminales beneficiarios de la morosidad de los legisladores estatales una vez que los tipos ya establecidos en el orden internacional son recibidos -miméticamente o por equivalencia- por los ordenamientos internos” (“La responsabilidad penal individual por crímenes internacionales...”, *óp. cit.*, p. 203).

⁶⁶³ Asunto *Streletz, Kessler y Krenz v. Alemania*, Voto particular del juez Loukis LOUCAIDES a la Sentencia del TEDH, de 22 de marzo de 2001, párr. 2: “La mayoría ha considerado que los interesados fueron condenados por actos que, en la época en que se cometieron constituían delitos definidos con una accesibilidad y previsibilidad suficientes por las normas internacionales relativas a la protección de los derechos humanos. A este respecto, la mayoría se ha basado en las normas del Derecho internacional relativas a la protección del derecho a la vida y de la libertad de circulación”.

⁶⁶⁴ En el caso *Scilingo*, “cabe señalar que la Audiencia Nacional pasa por alto o no conoce la reserva argentina al citado artículo 15.2 del Pacto internacional de derechos civiles y políticos. Es el único Estado que ha formulado una reserva a esta disposición, y lo hizo en un momento significativo: en agosto de 1986, es decir, en pleno período de transición en que se adoptó la Ley de Punto Final. Argentina entiende que la segunda parte del artículo 15 estará sujeta al principio de legalidad en sentido estricto, así como viene establecido en el artículo 18 de la Constitución Nacional argentina”

En realidad, lo que trata de hacer la AN es reinterpretar el principio de legalidad defendiendo, por lo tanto, una tesis intermedia a la vigencia⁶⁶⁵ del mismo en Derecho Penal Internacional o, como señala Manuel OLLÉ SESÉ, conjugar el principio de legalidad interno y el principio de legalidad internacional teniendo en cuenta sus propias fuentes jurídicas. Sin embargo, la Sentencia de la AN ha sido muy criticada por parte de la doctrina penalista, señalándose que olvida que el principio de legalidad no afecta solo a la conducta sino también a la pena; que la costumbre no puede satisfacer el criterio de taxatividad que supone el principio de legalidad; y que la norma tiene carácter *non self executing*, por lo que no podría ser aplicada directamente⁶⁶⁶.

La postura de la AN fue recurrida en casación ante el TS, entre otros motivos, por vulneración del principio de legalidad al aplicar el crimen de lesa humanidad a hechos anteriores a su entrada en vigor en España. El TS, en su Sentencia de 1 de octubre de 2007⁶⁶⁷, lleva a cabo una interpretación estricta y rigurosa del principio de legalidad y del principio de irretroactividad de las penas⁶⁶⁸. En primer lugar, criticó que la AN, un órgano judicial español, aplicara normas provenientes del Derecho Internacional Penal⁶⁶⁹, señalando en relación al

(CAPELLÀ I ROIG, M., *óp. cit.*, p. 9). Ezequiel MALARINO señala que también Alemania, al igual que el Gobierno argentino, había hecho dicha reserva y apunta que, si el principio de legalidad internacional ofrece menos garantías que el principio de legalidad interno para el sujeto, en un Estado de Derecho debe apostarse por el principio que aporta más garantías con independencia de la gravedad de los delitos (“Argentina”, AMBOS, K. y MALARINO, E. (Coord.), *Persecución penal nacional de crímenes internacionales en América Latina y España*, Konrad-Adenauer-Siftung A.C., Uruguay, 2003, pp. 35-82, pp. 53 y ss.).

⁶⁶⁵ Tal y como hiciera Hans Kelsen al señalar: “No hay regla de derecho internacional general consuetudinario que prohíba la promulgación de normas con fuerza retroactiva, las llamadas leyes *ex post facto*”, *La paz por medio del derecho*, Trota, Madrid, 2008, p. 103.

⁶⁶⁶ LAMARCA PÉREZ, C., “Internacionalización del Derecho Penal y principio de legalidad: el Caso Scilingo”, *La Ley*, núm. 34, Sección Jurisprudencia aplicada a la práctica, Enero 2007, p. 8; y GIL GIL, A., “La sentencia de la Audiencia Nacional en el caso Scilingo”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 7, 2005, pp. 6-8.

⁶⁶⁷ Sentencia de la Sala 2ª, de Lo Penal del TS, núm. 798/2007, de 1 de octubre.

⁶⁶⁸ El TS mantuvo que “el principio de legalidad, en cuanto impone la adecuada previsión previa de la punibilidad, solo permite la sanción por conductas que en el momento de su comisión estuvieran descritas como delictivas en una ley escrita (*lex scripta*), anterior a los hechos (*lex praevia*), que las describa con la necesaria claridad y precisión (*lex certa*) y de modo que quede excluida la aplicación analógica (*lex stricta*). En definitiva, exige *lex praevia, stricta, scripta y certa*”, Sentencia de la Sala 2ª, de Lo Penal del TS, núm. 798/2007, de 1 de octubre, Fundamento de Derecho 6º, 1.

⁶⁶⁹ El TS mantiene que es “necesaria una previa transposición [del Derecho Penal Internacional] operada según el derecho interno, al menos en aquellos sistemas que, como el español, no contemplan la eficacia directa de las normas internacionales. En este sentido, los Tribunales españoles ni son ni pueden actuar como Tribunales internacionales, solo sujetos a las normas de este carácter y a sus propios estatutos, sino Tribunales internos que deben aplicar su propio

artículo 7.2 CEDH (al que la AN habría hecho alusión para la aplicación de normas de DI), que el hecho de que ofreciera una menor protección al principio de legalidad no impedía a los Estados reforzarla en su legislación interna.

“El artículo 7.2 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales (...), viene a reconocer que una condena basada en los principios generales del derecho reconocidos por las naciones civilizadas no sería contraria al Convenio. Establece así un mínimo de carácter general. Pero no impide que cada Estado formule el principio de legalidad de manera más exigente en relación con la aplicación de sus propias normas penales por sus propios Tribunales nacionales”⁶⁷⁰.

Es cierto que la AN es un órgano de jurisdicción interna en un Estado de Derecho con un sistema de *civil law* o tradición romana, que está aplicando DI penal (en concreto un norma consuetudinaria) pero debería también recordarse que, a diferencia de lo que hicieron Argentina y Alemania, España ratificó el CEDH y el PIDCP sin formular reserva alguna a, respectivamente, sus artículos 7.2 y 15.1, de forma que las declaraciones del TS, respecto de tratados internacionales que el Estado español está obligado a cumplir, parecen poco acertadas, sobre todo porque de no hacerlo se generaría responsabilidad internacional (*vid. supra* Capítulo I, apdo. III)⁶⁷¹. Por otro lado, esa costumbre fue más tarde cristalizada en el Estatuto de la CPI que, además, tiene un mandato claro para todos los Estados, miembros o no: la lucha contra la impunidad.

En segundo lugar, el TS señala que la costumbre internacional, al no reconocerse eficacia directa a las normas internacionales que no cumplen con el principio de legalidad, no puede ser considerada fuente en el ordenamiento

ordenamiento. No obtienen su jurisdicción del derecho internacional consuetudinario o convencional, sino, a través del principio democrático, de la Constitución Española y de las leyes aprobadas en el Parlamento. El ejercicio del Poder Judicial se legitima, así, por su origen. Por lo tanto, no es posible ejercer ese poder más allá de los límites que la Constitución y la ley permiten, ni tampoco en forma contraria a sus propias disposiciones”, Sentencia de la Sala 2ª, de Lo Penal del TS, núm. 798/2007, de 1 de octubre, Fundamento de Derecho 6º, 4. Y mucho menos pueden hacerlo aplicando Derecho interno en un Estado de Derecho en el que opera el *civil law*, pues los tribunales españoles deben aplicar el principio de legalidad sin que quepa admitir ningún tipo de excepciones atendiendo a las características del delito o al propio delincuente (GIL GIL, A., “La sentencia de la Audiencia Nacional en el...”, *óp. cit.*, pp. 8-9).

⁶⁷⁰ Sentencia de la Sala 2ª, de Lo Penal del TS, núm. 798/2007, de 1 de octubre, Fundamento de Derecho 6º, 4.

⁶⁷¹ *Convenio de Viena sobre el Derecho de los Tratados* de 23 de mayo de 1969, BOE núm. 142, de 13 de junio de 1980.

jurídico interno, debiendo ser transpuesta previamente a través de una ley, pues lo contrario supondría un incumplimiento de la garantía formal (no recoger en una ley el tipo penal ni la pena)⁶⁷². Es decir, reconoce que el principio de legalidad exige, desde un punto de vista material, que una conducta delictiva y su correspondiente sanción sean previstas con anterioridad (*lex preaevia* y *lex certa*) y, desde un punto de vista formal, que la ley tipifique de manera concreta las conductas ilícitas y la pena correspondiente (*lex scripta*)⁶⁷³. Al mismo tiempo,

⁶⁷² “El Derecho Internacional Penal de carácter consuetudinario (...) no contiene una descripción de los tipos penales que permita su aplicación directa. No solo porque las conductas no siempre han sido formuladas de igual forma en su descripción típica, sino especialmente porque cuando han sido incorporadas al derecho interno, tampoco han mantenido una total homogeneidad con las normas internacionales preexistentes (...). Además, las normas internacionales consuetudinarias no contienen previsión específica sobre las penas, lo que impide considerarlas normas aplicables por sí mismas en forma directa”, Sentencia de la Sala 2ª, de Lo Penal del TS, núm. 798/2007, de 1 de octubre, Fundamento de Derecho 6º, 4. En el mismo sentido Alicia GIL GIL: “La costumbre como fuente de Derecho penal no puede cumplir con las exigencias que nuestro ordenamiento, jurisprudencia y doctrina atribuyen al principio de legalidad: ni con la garantía formal que nuestro Tribunal Constitucional atribuye al principio de legalidad, ni con el fundamento democrático de dicha garantía formal, ni, sobre todo, con su vertiente material, que consiste no sólo en la preexistencia del mandato o prohibición sino también en la exigencia de taxatividad” (“La sentencia de la Audiencia Nacional en el...”, *óp. cit.*, pp. 6-7). Ahora bien, una aplicación estricta del principio de legalidad supondría una vulneración de su versión de justicia o judicialidad. Si el crimen ya existía en el DI, a nivel convencional o consuetudinario, cuando fue cometido, el DI debería poder ser aplicado por los jueces internos y entender que el tratado internacional opera en el Estado desde el mismo momento en que, de acuerdo con la CE, éste es ratificado y publicado en el BOE pues, de lo contrario, ¿qué sentido tiene que exista tal crimen en un tratado internacional, del que los Estados son parte, si éste luego no está recogido a nivel interno?; o, ¿qué sentido tiene la existencia de una costumbre que ha sido creada con la práctica y la *opinio iuris* de los Estados si luego no se aplica pero si es reconocida, pues no hay práctica en contra?. Sin embargo, José Luís COLLANTES apunta el papel de la función de la tipicidad en DI: “La tipicidad es la adecuación de un hecho cometido a la descripción que de ese hecho hace la ley penal. En el DI, tal descripción y la responsabilidad que se deriva de la infracción no solo pueden provenir del Derecho positivo (convencional) sino también de la costumbre. Esta afirmación, que es también asumida por el Derecho de los países del *common law*, tropieza violentamente con el sistema penal de los países de tradición continental, en virtud de su concepción de la tipicidad y del principio de legalidad en tanto Derecho escrito. Sin embargo, ello no ha sido óbice para que, hasta el momento, países de ambos sistemas hayan reprimido los crímenes en cuestión” (*óp. cit.*, p. 66).

⁶⁷³ En este sentido, el *Proyecto de Código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad*, señala en el artículo 3: “Castigo: El responsable de un crimen contra la paz y la seguridad de la humanidad será sancionado con una pena. La pena será proporcional a la naturaleza y la gravedad del crimen”. La CDI, en los comentarios al mismo, ha señalado que: “Los autores del presente proyecto no han especificado una pena para cada crimen, ya que todo dependerá del régimen jurídico que se adopte para juzgar a las personas que cometan crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad”. Y añade: “En el caso de un régimen de jurisdicción universal, será cada Estado que afirme su competencia el que determinará la pena aplicable, la pena podrá tener, por ejemplo, un máximo y un mínimo y admitir o no circunstancias atenuantes o agravantes”, *Informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor realizada en su 48º...*, *óp. cit.*, p. 25. Además, la doctrina no ha visto ningún inconveniente respecto al *nullum crimen sine poena* para el caso de los crímenes internacionales de primer grado. Es cierto que, excepto contadas excepciones, el DI no prevé pena alguna para los responsables de tales crímenes. De ahí que la doctrina haya propuesto acudir a las *legislaciones de contraste* para cubrir las lagunas existentes en esta materia en el DI. De forma que, ante el ejercicio de la jurisdicción universal, se atenderá a la legislación del lugar de

señala también el TS que, atendiendo al artículo 10.2 de la CE⁶⁷⁴, la costumbre internacional que incluye delitos “contra el núcleo duro de los Derechos Humanos esenciales” no puede ser ignorada al interpretar y aplicar las normas internas, más aún cuando se trata de normas de *ius cogens*. De ahí que una condena por hechos recogidos en una costumbre internacional no supondría “una vulneración del principio de legalidad”⁶⁷⁵, y todo ello para perseguir hechos que, si bien están calificados en la ley española como delitos ordinarios van a ser interpretados como crímenes contra la humanidad⁶⁷⁶, recogidos en una costumbre internacional.

Así, parte de la doctrina ha aplaudido el *modus operandi* del TS cuando, al entender que no existía el crimen de lesa humanidad en una norma interna en nuestro ordenamiento en el momento de comisión de los hechos, idea una solución que, “en un ejercicio de imaginación que roza el malabarismo”, ha impedido la impunidad de los hechos aplicando tipos del Código Penal español en el contexto de un crimen de lesa humanidad para interponer penas más graves⁶⁷⁷. Las críticas,

comisión del crimen, del Estado que ejerce tal jurisdicción y del Estado de la nacionalidad del presunto autor, imponiéndose siempre la irretroactividad de la pena más grave. Manuel OLLÉ SESÉ se basa para ello en la decisión de inadmisión del TEDH, *Hisham Ibrahim Karmo v. Bulgaria*, de 9 de febrero de 2006 (*Justicia universal para...*, *óp. cit.*, pp. 179-182); MARTÍNEZ ALCANIZ, A., *óp. cit.*, p. 454; también MENDOZA CALDERÓN, S., “Algunas observaciones sobre la aplicación del principio de legalidad...”, *óp. cit.*, pp. 292-293.

⁶⁷⁴ Artículo 10.2: “Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España”, *Constitución Española de 1978*, BOE núm. 311, de 29 de diciembre de 1978.

⁶⁷⁵ Sentencia de la Sala 2ª, de Lo Penal del TS, núm. 798/2007, de 1 de octubre, Fundamento de Derecho 6º, 6.

⁶⁷⁶ MENDOZA CALDERÓN, S., “Algunas observaciones sobre la aplicación del principio de legalidad...”, *óp. cit.*, p. 299. “En definitiva para nuestro Tribunal Supremo es mejor aplicar un tipo penal que estuviese en el código de la época en que se cometieron los hechos delictivos (asesinato, detención, torturas, terrorismo...) que el tipo penal más adecuado al comportamiento (piratería, crímenes contra la humanidad, crímenes de guerra, genocidio...) que estuviese tipificado en el Derecho internacional consuetudinario. Se trata de una interpretación que, en mi opinión, es muy restrictiva y que tampoco supone una garantía en cuanto al principio de legalidad”, no pudiendo considerarse que la interpretación *retorcida* de los “tipos penales españoles sea un comportamiento garantista sino, en todo caso, nacionalista, pues su finalidad esencial no es otra que atenerse exclusivamente a lo aprobado por el legislador español en el código penal olvidando que en la formación de la costumbre España también ha contribuido, al menos en democracia, a la formación de dicho *corpus* normativo internacional” (FERNÁNDEZ LIESA, C. R., *óp. cit.*, pp. 362-363).

⁶⁷⁷ “Ciertamente los delitos contra la humanidad no son otra cosa que delitos contra bienes jurídicos fundamentales que adquieren el carácter de delito internacional al ser cometidos de forma masiva o sistemática con la participación o tolerancia del poder político *de iure* o *de facto*, siendo esta circunstancia la que supone una mayor gravedad de los injustos por un aumento del desvalor de la acción por facilitar dicho contexto la comisión del crimen y garantizar en cierta manera la impunidad del delincuente” (GIL GIL, A., “Principio de legalidad y crímenes internacionales...”, *óp. cit.*, pp. 401-402).

por otra parte, no se hicieron esperar pues, atendiendo al propio criterio del TS de no atender al principio de legalidad penal internacional porque supone una merma de las garantías de los enjuiciados, podría producir una mayor indefensión al presunto responsable el acudir a las normas penales de un ordenamiento nacional ajeno a él que al Derecho Internacional Penal consuetudinario⁶⁷⁸. Y tampoco parece muy acertado mantener esta interpretación del principio de legalidad interno cuando se trata de crímenes internacionales de *ius cogens*, con eficacia *erga omnes*, de persecución universal e imprescriptibles (*vid. supra* apdo. I, 1) por su propia naturaleza, lo que a su vez fundamentaría el ejercicio de una jurisdicción universal en su finalidad de lucha contra la impunidad de los crímenes más graves que afectan a la Comunidad Internacional (*vid. supra* Capítulo I, apdo. III).

2.1.2. ¿Dónde queda el principio de universalidad?

En relación al ejercicio del principio de jurisdicción universal, el problema que se nos plantea aquí es que, como hemos visto, en no pocas ocasiones los

⁶⁷⁸ MENDOZA CALDERÓN, S., "Algunas observaciones sobre la aplicación del principio de legalidad...", *óp. cit.*, pp. 269-316, p. 300. También Héctor OLÁSULO ALONSO ha señalado que "una aplicación formal de los requisitos *lex praevia, lex scripta, lex certa y lex stricta* (...) en lugar del juicio de conocimiento de la antijuridicidad material exigido por los requisitos de accesibilidad y previsibilidad, lleva a un resultado contrario al exigido por el principio *pro homine*, en relación con el ámbito de aplicación del Derecho al recurso judicial efectivo de aquellos que, encontrándose en situación de vulnerabilidad, han sufrido la violencia sistemática o generalizada de quienes han actuado bajo el amparo directo o indirecto de las instituciones públicas" ("El principio *nullum crimen sine iure...*", *óp. cit.*, p. 35). Carlos R. FERNÁNDEZ LIESA, por su parte, ha puesto de manifiesto que la interpretación restrictiva que el TS ha llevado a cabo de la función de la costumbre internacional en el Derecho interno penal no ayuda en la construcción de la adecuación del Derecho interno al DI en lo que respecta a la lucha contra la impunidad y que las garantías formales y materiales que el TS considera que exige el principio de legalidad pueden estar presentes en la evolución de la costumbre internacional (*óp. cit.*, p. 360-361). Xavier FERNÁNDEZ PONS también señala que las carencias legislativas en las jurisdicciones internas dan lugar a graves inconvenientes. "Así, es la imputación de un crimen de Derecho internacional en cuanto tal que permite fundar la represión penal de las conductas en cuestión bajo el singular régimen jurídico que establece el Derecho internacional para su represión, consagrando, en su caso, el principio de la jurisdicción universal, la imprescriptibilidad de la acción penal o la improcedencia de ciertas inmunidades. De este modo, si lo único que se imputa es un delito común, el régimen para su represión penal también será, en principio, el previsto con carácter general por la legislación penal de cada ordenamiento nacional. Esta fragmentaria y dispar incorporación de los tipos de los crímenes de Derecho internacional imputables a los individuos en las legislaciones internas, que acaba traducándose en la impunidad de muchos presuntos culpables, requiere que se siga profundizando en la "armonización" de los Derechos nacionales en la materia, tarea que puede verse favorecida por la reciente entrada en vigor del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional" ("El principio de legalidad penal...", *óp. cit.*, pp. 15-16).

crímenes de DI no están tipificados en las normas internas (antes o después del momento de su comisión) o, si lo están, se hace mediante una fórmula demasiado general que no recoge la evolución que la jurisprudencia internacional va llevando a cabo, con el consiguiente desfase conceptual entre el ordenamiento interno y el internacional⁶⁷⁹. Por tanto, la pregunta clave aquí es si, en el ejercicio de la jurisdicción universal, un juez o tribunal podría aplicar el tratado internacional o la costumbre directamente a un crimen de DI acaecido en un Estado cuya legislación interna no recoge un crimen internacional concreto.

La AN, en relación a la jurisdicción universal, señala su competencia tendiendo al carácter internacional del crimen⁶⁸⁰ pues, aunque es cierto que no existe la obligación de ejercerla, los Estados tienen el derecho de hacerlo, tal y como señalamos al hablar de la naturaleza del principio de jurisdicción universal (*vid. supra* Capítulo I, apdo. IV, 2). La cuestión que de inmediato surge, en lo que respecta al principio de jurisdicción universal, es si el presunto responsable conocía, podía o debía conocer los *crímenes internacionales de primer grado* recogidos en los ordenamientos de los diversos Estados que le pudieran afectar, esto es, si tenía *conscientia sceleris*.

“La respuesta, como crimen internacional de *ius cogens* previsible y accesible es clara; como delito recogido en el derecho interno, lo cierto es que la mayoría (si no casi todos) de los crímenes internacionales de primer grado “se instrumentan o contextualizan sobre delitos subyacentes” (asesinatos, lesiones, desapariciones forzadas, ...), por lo que dicha tipificación refuerza la legalidad internacional”⁶⁸¹.

Añade, además, la AN que no será posible la jurisdicción internacional si los tribunales del territorio ejercen su jurisdicción de forma efectiva, excepto que la jurisdicción esté reservada expresamente a los tribunales internacionales. Y señala que esta regla también puede ser aplicable cuando la jurisdicción internacional la

⁶⁷⁹ ORIHUELA CALATAYUD, E., “Justicia universal y...”, *óp. cit.*, p. 136.

⁶⁸⁰ Criticando Alicia GIL GIL que “a pesar de que la misma ni viene recogida expresamente en la Ley Orgánica del Poder Judicial, ni viene impuesta por ningún tratado internacional que permitiera su inclusión en el art. 23.4.i) ni tampoco se puede constatar que exista una norma internacional consuetudinaria que obligue a todos los Estados a perseguir los crímenes contra la humanidad cometidos por extranjeros fuera de su territorio, pues lo cierto es que si echamos un vistazo a la doctrina y a la práctica de los Estados resulta evidente que no existe ni la práctica ni la *opinio iuris* que sustente tal norma” (“Principio de legalidad y crímenes internacionales...”, *óp. cit.*, p. 396).

⁶⁸¹ OLLÉ SESÉ, M., *Justicia universal para...*, *óp. cit.*, pp. 178-179.

ejerce una jurisdicción nacional pues “la actuación eficaz de las autoridades competentes territorialmente vacía de contenido a la jurisdicción universal”, por lo que el principal problema es saber cuándo “efectivamente se ha ejercido jurisdicción eficaz”. Señala a tal fin los criterios recogidos en el artículo 17 del Estatuto de la CPI⁶⁸² (*vid. supra* apdo. II, 1, 1.1) para apuntar, a continuación:

“La injusticia material de las medidas de indulto, junto con las anteriores Leyes de Punto Final y Obediencia Debida, determinan un inadmisibles estado de impunidad que se mantiene subsistente hasta el presente y que, a tenor de los criterios expresados en el mencionado art. 17 del Estatuto de la CPI, permiten afirmar la falta de efectividad e inexistencia, por injerencias no legítimas de los otros poderes del Estado, de la respuesta judicial esperable”⁶⁸³.

Por eso, señala la AN, ante la falta de una *actuación eficaz* del Estado (argentino, en este caso) debido al “secuestro de la justicia”, la situación de impunidad de los presuntos responsables (argentinos) se ha convertido en irreversible, lo que justifica la actuación de la jurisdicción española, tanto más cuando víctimas españolas y el encausado se encuentra en territorio español y ha decidido ponerse a disposición de la justicia española⁶⁸⁴.

⁶⁸² Sentencia de la Sala de Lo Penal de la AN, núm. 16/2005, de 19 de abril, Fundamento de Derecho 1º, 6, 1.

⁶⁸³ Sentencia de la Sala de Lo Penal de la AN, núm. 16/2005, de 19 de abril, Fundamento de Derecho 1º, 6, 2.

⁶⁸⁴ Sentencia de la Sala de Lo Penal de la AN, núm. 16/2005, de 19 de abril, Fundamento de Derecho 1º, 6, 3 y 7. Por último, la AN señala la ejemplar cooperación judicial prestada tanto por la Administración pública como por el poder judicial argentino. “Se produce, por tanto, una tremenda contradicción entre esa modélica colaboración para que la jurisdicción de otro Estado juzgue hechos ocurridos en propio territorio, y la imposibilidad de ejercer la propia, por causa de inadmisibles -ilegales- normas, en el plano del derecho internacional, que tuvieron como único objeto procurar la impunidad de los culpables, al haber éstos proyectado su poder de coacción más allá del momento en que ocupaban éste y se produjeron los hechos. Más allá de cualquier otra, es esta circunstancia de imposibilidad o de dificultad extrema en la persecución penal de hechos singularmente graves, la que determina que sea la comunidad internacional la que asuma la incumbencia de hacer propios esta clase de crímenes para asegurar su castigo”, Sentencia de la Sala de Lo Penal de la AN, núm. 16/2005, de 19 de abril, Fundamento de Derecho 1º, 8. Así lo ha señalado también Margalida CAPELLÀ I ROIG al señalar las diversas razones que avalan el ejercicio de la jurisdicción universal por la AN: en primer lugar, atendiendo a la naturaleza internacional del crimen y la lucha que suponen estos crímenes para la Comunidad Internacional, el ejercicio de la jurisdicción universal no está prohibido; en segundo lugar, en Argentina no se estaban investigando, persiguiendo o castigando, estos crímenes, máxime si tenemos en cuenta la aprobación de las leyes de punto final y obediencia debida en los años 1986 y 1987, respectivamente, y los diversos indultos concedidos a lo largo de 1989. De ahí que la AN señalara la situación como de “secuestro de la justicia” lo que daría valor a cualquier acción del Derecho Internacional Penal; en tercer lugar, se alude a la existencia de víctimas españolas a pesar de que no

A propósito de la postura del TS respecto al ejercicio de la jurisdicción universal, recordemos que la solución que adopta es juzgar conforme a tipos del Código Penal español, pero en un contexto de crímenes de lesa humanidad, para imponer penas más graves. Lo que debemos preguntarnos ahora es si un ejercicio de la jurisdicción universal para tipos reconocidos en el Código Penal es correcto; es decir, ¿están estos delitos de homicidio y detención ilegal previstos en el artículo 23.4 de la LOPJ que habilita el ejercicio de la jurisdicción universal a los tribunales españoles? Debemos recordar, en primer lugar, que la jurisdicción universal no se ejerce por el contexto de los crímenes sino por la especial naturaleza de los mismos (ataques graves a los bienes y valores fundamentales de la Comunidad Internacional en su conjunto); y, en segundo lugar, que tal y como se ha dicho hasta ahora, los delitos (asesinatos, detenciones ilegales...) o crímenes (de lesa humanidad) que habilitan en el ordenamiento jurídico español el ejercicio de la jurisdicción universal deben estar contemplados en el artículo 23.4 de la LOPJ (y no lo están en este caso).

El periplo recorrido por el TS, en su intento de justificar la jurisdicción universal, plantea muchas cuestiones. En primer lugar, comienza señalando que el ejercicio del principio de universalidad es *inobjetable* cuando la jurisdicción universal es *incondicionada* y tiene su origen en un “Convenio Internacional o en una decisión de los órganos de Naciones Unidas” y que de no ser así “es conveniente la existencia de un elemento de conexión con los intereses nacionales que evite actuaciones desproporcionadas y justifique internacionalmente de forma suficiente la intervención de los órganos del poder Judicial de un Estado respecto de hechos que han tenido lugar en el territorio sometido a la soberanía de otro Estado”. Esos vínculos los ha encontrado el TS en la existencia “de víctimas españolas en el ámbito del ataque generalizado y de la persecución, y el acusado se encuentra en España”⁶⁸⁵. ¿Acaso obvia el TS que el principio jurisdiccional de personalidad pasiva (víctimas españolas) no está recogido en el ordenamiento jurídico español? En todo caso, si podría poner el acento en el hecho de que el

exista ninguna relación entre quien interpone la querrela y las mismas; por último, el ejercicio de la jurisdicción universal se apoya también en el hecho de que el *encausado* esté sujeto a la jurisdicción española (*óp. cit.*, pp. 11-12).

⁶⁸⁵ Sentencia de la Sala 2ª, de Lo Penal del TS, núm. 798/2007, de 1 de octubre, Fundamento de Derecho 7º, 1.

acusado se encuentra en España y que, de acuerdo con el principio *aut dedere aut iudicare*, en el caso de que se negara a extraditar o ante la inexistencia de solicitud de extradición sobre el encausado, estaría entonces obligado el Estado español a juzgar a través de la jurisdicción universal⁶⁸⁶, siempre y cuando la norma internacional recogiera el citado principio. Sin embargo, no parece posible dicha opción, pues el propio TS ya ha señalado que, en el momento de comisión de los hechos, no existía ese crimen internacional en la legislación española. Pero en su intento por justificar el ejercicio de la jurisdicción universal ante los delitos de asesinato y detenciones ilegales no contemplados en el artículo 23.4 de la LOPJ, continúa señalando que las normas procesales españolas que establecen la extensión territorial de la jurisdicción española no siempre toman como referencia el tipo delictivo y declara:

“En ocasiones la razón de la perseguibilidad, tal como se establece en la ley que determina la extensión de la jurisdicción, se encuentra en circunstancias extrañas al tipo, que la Ley tiene en cuenta expresamente, pero que, sin embargo, no forman parte de él”⁶⁸⁷.

Resulta sorprendente comprobar cómo el TS pone como ejemplos delitos contenidos en el artículo 23.2 y 23.3 de la LOPJ. Es decir, vuelve a confundir de nuevo esas “circunstancias extrañas”, que en realidad no son más que el principio de nacionalidad activa o principio real, con el principio de jurisdicción universal. No acaba aquí, empero, su análisis. El último paso dado consiste en señalar que, como en el artículo 23.4, que autoriza al ejercicio de la jurisdicción universal a nuestros tribunales, no se encuentran recogidos los crímenes contra la humanidad (recordemos que se ha condenado por delitos de asesinato y detención ilegal pero que, por sus circunstancias, constituyen internacionalmente crímenes contra la humanidad) y sí el genocidio y los crímenes de guerra:

⁶⁸⁶ Recordemos que, si bien los crímenes de lesa humanidad no vienen regulados en ningún tratado internacional, si que existe un amplio sector de la doctrina que hace alusión a un proceso de cristalización del principio *aut dedere aut iudicare* en una norma consuetudinaria cuando se trata de crímenes *stricto sensu*, entre los que se encontrarían los crímenes de lesa humanidad (*vid. supra* apdo. III, 1.1).

⁶⁸⁷ Sentencia de la Sala 2ª, de Lo Penal del TS, núm. 798/2007, de 1 de octubre, Fundamento de Derecho 7º, 3.

“En principio no parece razonable entender que la ley española excluye la jurisdicción de los Tribunales internos respecto de los crímenes contra la Humanidad cuando la acepta respecto del genocidio y de crímenes de guerra, infracciones esencialmente idénticas en su naturaleza y gravedad, y pertenecientes, todas ellas, al núcleo de los ataques más graves a los Derechos Humanos básicos. (...) profunda similitud, no solo en cuanto afecta a su naturaleza y gravedad, sino incluso en relación a su misma formulación típica en el Derecho interno español”⁶⁸⁸.

Lo que lleva a concluir al TS que nada impide una interpretación del 23.4 de la LOPJ para establecer la jurisdicción de los Tribunales españoles. Es decir, el TS juzga unos hechos de acuerdo a los tipos contemplados en el Código Penal español pero para poder aplicarles una pena más alta hace mención al contexto internacional, lo que le lleva a hablar de crimen internacional. Como ese crimen internacional no está recogido entre aquellos que pueden ser objeto de la jurisdicción universal, hace una equiparación entre este crimen y aquellos que sí lo están, atendiendo a la naturaleza y gravedad de los mismos, y amplía así la jurisdicción del TS a estos crímenes, pues “la prohibición de la analogía en el ámbito penal se refiere exclusivamente al marco sustantivo relativo a la descripción típica y a la punibilidad, sin que afecte a normas procesales u orgánicas”⁶⁸⁹. ¿Acaso desconoce el máximo órgano judicial la prohibición de “improrrogabilidad de jurisdicción”?⁶⁹⁰.

La solución adoptada por el TS nos resulta maniquea, prefiriendo la llevada a cabo por la AN, en nuestra opinión, más real. Incluso los Principios de Princeton,

⁶⁸⁸ Sentencia de la Sala 2ª, de Lo Penal del TS, núm. 798/2007, de 1 de octubre, Fundamento de Derecho 7º, 4 y 6.

⁶⁸⁹ Sentencia de la Sala 2ª, de Lo Penal del TS, núm. 798/2007, de 1 de octubre, Fundamento de Derecho 7º, 6.

⁶⁹⁰ Sin embargo, para la profesora Alicia GIL el problema que se plantea aquí no es la aplicación de la analogía en un tipo penal o en una pena, sino “la improrrogabilidad de la jurisdicción” de acuerdo con el artículo 9.1 de la LOPJ (“Los juzgados y tribunales ejercerán su jurisdicción exclusivamente en aquellos casos en que les venga atribuida por esta u otra ley”), artículo 9.6 de la LOPJ (“La jurisdicción es improrrogable”) y artículo 238 de la LOPJ (“Los actos procesales serán nulos de pleno derecho en los siguientes casos: 1. Cuando se produzcan por o ante tribunal con falta de jurisdicción o de competencia objetiva o funcional”. De forma que sólo la ley puede otorgar jurisdicción a los tribunales españoles; nunca el propio tribunal y, mucho menos, por analogía. De lo que se desprende que, hasta que los crímenes de lesa humanidad no aparezcan recogidos en el artículo 23.4 de la LOPJ que recoge el principio de jurisdicción universal, nuestros tribunales sólo podrán conocer de los mismos si éstos pueden incardinarse en el resto de principios jurisdiccionales (territorialidad, personalidad activa o de protección)” (“Principio de legalidad y crímenes internacionales...”, *óp. cit.*, pp. 406-407).

Principio 3 – Invocación de la jurisdicción universal en ausencia de legislación nacional, no dudan en señalar:

“Con respecto a los delitos graves de derecho internacional enumerados en el párrafo 1 del Principio 2, los órganos judiciales nacionales podrán invocar la jurisdicción universal incluso cuando su legislación nacional no lo disponga específicamente”⁶⁹¹.

A la vista de todo lo expuesto, debemos cuestionarnos qué se puede mejorar en la aplicación del principio de legalidad con respecto al ejercicio de la jurisdicción universal. Tres son las cuestiones que se pueden abordar. En primer lugar, Manuel OLLÉ SESÉ propone conjugar el principio de legalidad interna y el principio de legalidad internacional, interaccionando el sistema de fuentes de cada uno de ellos “para fundamentar y desarrollar su vigencia en esa otra disciplina de la que los dos son parte”. Para ello, el principio de legalidad ya no se puede considerar según el derecho interno, sino también el Derecho internacional, aceptando como fuentes del principio de legalidad tanto la ley *scripta* (fuente del derecho interno) como la norma internacional (tratados y costumbres)⁶⁹². En segundo lugar, señala Antonio REMIRO BROTONS, “cabe proponer que –a menos que la ley o los tratados dispongan expresamente otra cosa- la fecha decisiva para que pueda proceder a la persecución y castigo de un crimen internacional no es la

⁶⁹¹ En sus comentarios al Principio 3 podemos leer: “Cuando se conviene en que se ha creado una obligación en virtud de un tratado, los regímenes jurídicos acusan diferencias en la forma en que trasponen las obligaciones internacionales al derecho nacional. En muchos regímenes jurídicos, el poder judicial no puede aplicar la jurisdicción universal en ausencia de legislación nacional. En otros regímenes, la administración de justicia puede sustentar su decisión directamente en los tratados y en el derecho internacional consuetudinario, sin esperar a que se sancione ley de ejecución. (...) En consecuencia, en el Principio 3 se insta a los tribunales a que se funden en la jurisdicción universal en ausencia de legislación nacional, en la medida en que sus regímenes jurídicos los permitan”, *Principios de Princeton sobre la Jurisdicción Universal...*, *óp. cit.*, pp. 26-27.

⁶⁹² OLLÉ SESÉ, M., *Justicia universal...*, *óp. cit.*, p. 165. En este mismo sentido de interacción de ambos principios, Magdalena M. MARTÍN MARTÍNEZ ha señalado: “Este sendero no es ni llano ni unidireccional, ya que la aplicación del principio de legalidad origina tanto relaciones ascendentes como descendentes, de interacción y choque entre el Derecho Internacional y los derechos internos. Al igual que los valores que representa la legalidad penal se han integrado en el orden internacional mediante una internacionalización del principio, también los derechos y los tribunales nacionales han asumido e incorporado en sus derechos penales valores e intereses inherentes al principio de legalidad penal internacional. La protección de dichos valores puede exigir excepcionalmente el recurso a la costumbre como salida de emergencia en casos de extrema necesidad, a fin de garantizar que los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto no queden sin castigo” (“La configuración del principio de legalidad penal...”, *óp. cit.*, pp. 389-390).

de su incorporación a las normas internas ni la de su consentimiento en obligarse por tratados tipificadores de crímenes internacionales, sino la de su cristalización en las normas generales del Derecho internacional”⁶⁹³, normas generales entre las que, por supuesto, se encuentra la costumbre. Por último, es conveniente establecer de forma obligatoria la correcta transposición, en tiempo y en forma, de los crímenes internacionales a la normativa interna, más aún cuando se trata de crímenes de DI de primer grado. En nuestra opinión, la no transposición por un Estado a su ordenamiento interno de un crimen contenido en un tratado internacional *no self executing* del que el Estado es parte conllevaría su responsabilidad internacional. No pueden sufrir las consecuencias de las omisiones o incumplimientos estatales las víctimas de un crimen de DI, ganando la batalla la impunidad, por el simple hecho de entender que el principio de legalidad flexible concebido en el ámbito internacional no tiene cabida en el derecho interno, tal y como defendiera la AN en el caso *Scilingo*⁶⁹⁴. De forma que, si un crimen ha sido recogido y definido en un tratado internacional de forma *cierta* (esto es, de forma clara y comprensible), *expresa y previsible* y si el Estado parte en el propio tratado no lo ha recogido en su legislación interna, debería convertirse en un tratado *self-executing*⁶⁹⁵. Podríamos traer a colación aquí, *aún siendo conscientes de que se trata de cuestiones distintas*, el proceso de transposición de las directivas europeas que, si bien imponen un resultado (en nuestro caso, la lucha contra la impunidad), dependen (al menos, en la inmensa mayoría de casos) de un acto interno para poder desplegar sus efectos (tipificación de crímenes de DI en el ámbito interno o realización del principio de legalidad), siendo obligación del Estado la elección de la forma (ley, ley orgánica...) y los medios (ejercicio de la

⁶⁹³ REMIRO BROTONS, A., “Los crímenes de Derecho internacional...”, *óp. cit.*, pp. 67-150, p. 93.

⁶⁹⁴ “No puede haber mayor injusticia que llevar a cabo interpretaciones estrictas conducentes a la impunidad del sujeto”, Sentencia de la Sala de Lo Penal de la AN, núm. 16/2005, de 19 de abril, Fundamento de Derecho 1º, 1), 4. Resulta interesante al respecto el punto de vista expuesto por Carmen LAMARCA PÉREZ al señalar: “A mi modesto entender, y si es que las injusticias admiten comparaciones, la injusticia más notable vendría constituida por la condena de un inocente e inocente es tanto la persona que no cometió los hechos delictivos como la que no puede probarse que lo hizo o aquella cuya conducta, por muy inmoral o grave que pueda parecernos, no está previamente contemplada por la ley penal” (“Internacionalización del Derecho Penal y...”, *óp. cit.*, p. 8).

⁶⁹⁵ Como en el caso de las directivas en Derecho de la UE. Quizá estaría bien establecer en el propio tratado internacional un plazo a los Estados para registrar dicho crimen en su ordenamiento interno.

jurisdicción universal) para alcanzar aquel resultado en un plazo determinado (*plazo de trasposición*)⁶⁹⁶.

Ahora bien, como la directiva no transpuesta no puede ser aplicada directamente al Estado (al igual que el crimen recogido en un tratado internacional *non self executing* o en una norma consuetudinaria no transpuesta al ordenamiento jurídico de un Estado), para evitar perjuicios para los ciudadanos (impunidad), el Tribunal de Justicia de la Unión Europea señaló que si el contenido de una directiva es incondicional y lo suficientemente *clara y precisa*⁶⁹⁷ y el Estado miembro no ha transpuesto la directiva en el plazo otorgado (y sólo en este caso⁶⁹⁸) podrá la directiva ser invocada directamente ante los jueces nacionales⁶⁹⁹.

2.2 *Ne bis in idem*

Antes de entrar de lleno en el estudio del *ne bis in idem*⁷⁰⁰ debemos aclarar que no compartimos la idea de que éste sea un criterio que pueda regular la preferencia o prioridad entre las jurisdicciones nacionales, entre las jurisdicciones nacionales e internacionales o, incluso, entre las jurisdicciones internacionales entre sí, de ahí que no fuera estudiado en el epígrafe *La concurrencia de jurisdicciones* (*vid. supra* apdo. II). Al contrario, entendemos que el principio *ne bis*

⁶⁹⁶ “Si el Estado ya contara con normas internas sobre la materia en la que debe transponer la directiva, las normas que adopte serán de la misma naturaleza que las existentes; de no contar con ellas, las normas nacionales que adopte tendrán el rango que (...) su derecho interno disponga. Y, en fin, si el Estado entendiera que parte o la totalidad del resultado pretendido por la directiva ya está alcanzado con las normas internas que tiene, no será necesario o solo lo será en parte adoptar normativa de trasposición” (GUTIÉRREZ ESPADA, C., CERVELL HORTAL, M^a. J. y PIERNAS LÓPEZ, J. J., *La Unión Europea y su derecho*, 2^a ed., Trotta, Madrid, 2015, p. 183).

⁶⁹⁷ Sentencia del Tribunal de Justicia, asunto *Van Duyn*, núm. 41/74, de 4 de diciembre de 1974, disponible en <http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?text=&docid=88751&pageIndex=0&doclang=ES&mode=>.

⁶⁹⁸ GUTIÉRREZ ESPADA, C., CERVELL HORTAL, M^a. J. y PIERNAS LÓPEZ, J. J., *La Unión Europea...*, *óp. cit.*, pp. 183-184.

⁶⁹⁹ Sentencia del Tribunal de Justicia, asunto *Tullio Ratti*, núm. 148/78, de 5 de abril de 1979, disponible en <http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?text=&docid=90084&pageIndex=0&doclang=ES&mode=>.

⁷⁰⁰ Las expresiones latinas *ne bis in idem* y *non bis in idem* significan lo mismo. La primera de ellas representa el latín clásico, que utiliza el *ne* para negar ante un subjuntivo -utilizado por el TJUE-, mientras que el *non* es una fórmula más moderna -la utilizada por nuestro TC-. Sin embargo, el origen del principio no es latino sino griego, siendo la Constitución de Atenas o *Athenaion Politeia*, del S. VI a. C., la primera en referirlo.

in idem es una garantía procesal para el encausado y, por ello, se aborda junto al principio *nullum crimen sine iure*⁷⁰¹ en este apartado.

Tras esta breve aclaración sistemática, debe señalarse que el principio *ne bis in idem* cobra un especial protagonismo debido a la extensión de la jurisdicción como consecuencia de la evolución del Derecho Internacional Penal, esto es, el hecho de que no sólo los tribunales internos de los Estados, sino también los tribunales internacionales, puedan ejercer el *ius puniendi*⁷⁰². En este sentido, como hemos señalado, el principio *ne bis in idem* se configura no sólo como una garantía procesal para el sujeto encausado que se encuentra en el curso de un procedimiento judicial, sino que también se convierte en un requisito *casi absoluto* para poder ejercer la jurisdicción universal. Y decimos *casi* porque hay excepciones al principio.

Podemos definir el principio de *ne bis in idem* como el derecho de toda persona a no ser enjuiciada o castigada dos veces por unos mismos hechos a través de sentencia firme, absolutoria o condenatoria⁷⁰³. De su concepto se puede

⁷⁰¹ Y es que no se puede confundir una garantía procesal con una regla de establecimiento de jurisdicciones, pues mientras aquélla aparece y es efectiva tras sentencias firmes, condenatorias o absolutorias, las reglas que resuelven los conflictos de jurisdicciones actúan antes de que se dé una sentencia firme al entender dos o más órganos judiciales (nacionales o internacionales) que tienen jurisdicción sobre unos mismos hechos. Es por ello que “no debemos confundir la garantía del *non bis in idem* con los principios de preferencia de los tribunales internacionales *ad hoc* y complementariedad de la CPI, que constituyen la piedra angular para resolver los conflictos de jurisdicción existentes entre órganos judiciales internacionales y nacionales” (MARTÍNEZ ALCAÑIZ, A, *óp. cit.*, pp. 360-361). En el mismo sentido, F. JESSBERGER y W. KALECK: “La mera existencia de investigaciones en curso únicamente supondrá un conflicto de jurisdicciones o *litis pendency*, que, a diferencia del *ne bis in idem*, no prohíbe que otra jurisdicción investigue o enjuicie por un mismo caso” (*óp. cit.*, p. 11).

⁷⁰² El fenómeno de la globalización produce una extensión de la jurisdicción debido, por un lado, a los diversos principios jurisdiccionales con los que cuentan los Estados para ejercer su *ius puniendi* más allá de sus fronteras; por otro, a la definición del *locus delicti* en relación, sobre todo, a los efectos de los delitos transnacionales (DE LA CUESTA, J. L., *óp. cit.*, p. 768). A ello podemos añadir “la realidad creada por las nuevas tecnologías” pues las diferentes acciones que se llevan a cabo en el *espacio virtual* suponen cada día nuevos retos jurisdiccionales (MORÁN MARTÍNEZ, R. A., “Conflictos de jurisdicción, “ne bis in idem” y transferencia de procedimientos”, CARMONA RUANO, M., GONZÁLEZ VEGA, I. U. y MORENO CATENA, V. (Dir.), *Cooperación judicial penal en Europa*, 2013, pp. 999-1033, p. 1000, disponible en https://e-archivo.uc3m.es/bitstream/handle/10016/18330/cooperacion_judicial_2013.pdf?sequence=1).

⁷⁰³ En el mismo sentido apunta la CDI en sus comentarios al artículo 12. *Non bis in idem*: “el principio *non bis in idem* se aplicará sólo a una decisión definitiva sobre el fondo de las acusaciones contra un acusado, que no sea susceptible de ulterior apelación o reexamen. En particular, la palabra “absuelto” se refiere a una absolución resultante de una sentencia sobre el fondo, pero no al sobreseimiento de las actuaciones”, *Proyecto de Código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad, Informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor realizada en su 48º...*, *óp. cit.*, p. 41. “Solo aquellas resoluciones judiciales que deciden el fondo de la causa instruida pueden alcanzar el *status* de *res iudicata*”. En derecho español alcanzan este *status* las sentencias firmes y

deducir, por un lado, que está compuesto por tres elementos concurrentes; y, por otro, que está formado por dos dimensiones o manifestaciones. Veamos ambos extremos.

Respecto a los elementos concurrentes, puede identificarse la identidad subjetiva, la identidad objetiva y la identidad de fundamento:

- Identidad subjetiva, esto es, que los sujetos activos en ambos procesos sean los mismos⁷⁰⁴.
- Identidad objetiva (o fáctica). Consiste en que los hechos que se hayan juzgado una vez no sean juzgados de nuevo en un proceso penal *a posteriori*⁷⁰⁵. Y quizá el principal problema en la aplicación horizontal del principio tenga que ver con qué entendemos exactamente por *idem*⁷⁰⁶, atendiendo a las diferencias que existen entre las diversas *disposiciones* penales nacionales y teniendo en cuenta no la calificación jurídica de los hechos producidos sino el criterio de identidad del *hecho histórico* propiamente dicho⁷⁰⁷. Así, la doctrina y la jurisprudencia han entendido que no nos estamos refiriendo a ilícitos penales sino a hechos⁷⁰⁸.

los autos de sobreseimiento definitivos o libres firmes (MARTÍNEZ ALCANIZ, A, *óp. cit.*, p. 370). También DÍAZ PITA, M^a. del M.: “No ocurre así con las causas sobreseídas provisionalmente, que no producen el efecto de cosa juzgada. Por el contrario, el archivo de un proceso penal en fase previa o de instrucción por entender que los hechos no son típicos o, dicho de otro modo, que los hechos no revisten carácter de delito, producirá efecto de cosa juzgada cuando ese archivo devenga firme, por lo que no se podrá acusar a esa persona por esos hechos”. Lo importante es que las sentencias devengan firmes, no definitivas (las que aún pueden ser revisadas) (“España, informe sobre el principio *non bis in idem* y la concurrencia de jurisdicciones entre los tribunales penales españoles y los tribunales penales internacionales”, *Revue Internationale de droit pénal*, núm. 3, vol. 73, 2002, pp. 737-769, p. 880, disponible en <https://www.cairn.info/revue-internationale-de-droit-penal-2002-3.htm>).

⁷⁰⁴ “El requisito de la identidad subjetiva está ligado a la formalidad de la resolución judicial que pone fin al proceso, ya que sólo aquellas personas que son condenadas o absueltas mediante dicha resolución alcanzan la condición de persona juzgada o enjuiciada anteriormente” (MARTÍNEZ ALCANIZ, A., *óp. cit.*, nota a pie 1180, p. 368).

⁷⁰⁵ “Es indudable que dicho principio [*el non bis in idem*] no resulta vulnerado cuando las penas se aplican por acciones típicas diversas. (...) La punibilidad acumulativa que se fundamenta en un concurso real de delitos (...) no determina, como es sabido, vulneración alguna del principio *non bis in idem*, precisamente por la diversidad de las acciones sancionadas”, Sentencia de la Sala de lo Penal del TS, núm. 8113/1990, de 10 de noviembre, Fundamento de Derecho 7^o.

⁷⁰⁶ En la doctrina procesalista encontramos tres posiciones: una mayoritaria, en la que el *idem* se correspondería con el hecho desnudo o hecho natural; otra minoritaria, que entendería por *idem* el hecho ya calificado; y, por último, una intermedia que apunta a la consideración del hecho natural pero interpretado de acuerdo al tipo penal. “La posibilidad, pues, de que un hecho acaecido sea subsumible en una norma y que esa subsunción permita la imposición de la sanción es lo que determina la identidad del hecho en la que se fundamenta la prohibición del *non bis in idem*” (DÍAZ PITA, M^a. del M., “España, informe sobre el principio *non bis in idem*...”, *óp. cit.*, p. 879).

⁷⁰⁷ Incluso, si hubiera un conflicto en cuanto a la calificación jurídica de los hechos, entre una jurisdicción nacional y una jurisdicción internacional, los propios informes de los Estados (Argelia y

- Identidad de fundamento (o identidad causal), que “implica que las medidas sancionadoras no pueden concurrir si responden a una misma naturaleza, es decir, participan de una misma fundamentación teleológica”⁷⁰⁹. Si bien no ha sido establecida por el TC, podría estar refiriéndose a la identidad de un mismo bien jurídico, no en abstracto, sino concretizado en la razón jurídica de la norma que se ha aplicado⁷¹⁰.

Respecto de las dimensiones que mencionamos, son dos, una formal y otra material⁷¹¹:

- Dimensión formal o procesal, que sería aquella que hace referencia al proceso, es decir, la que evitaría ser enjuiciado dos veces por los mismos hechos (también conocida como cosa juzgada, *res iudicata* o *double jeopardy*) propia de los sistemas del *common law*⁷¹².
- Dimensión material o penal, referida a la pena, que es aquella que se refiere a la imposibilidad de imponer, por unos mismos hechos ya castigados, un doble castigo (doble pena), siempre y cuando exista identidad de sujeto, hecho y fundamento, por lo que este aspecto desplegará su eficacia *ex post*⁷¹³.

Grecia) apuntan a la interpretación declarada en el Derecho nacional (DE LA CUESTA, J. L., óp. cit., pp. 752-753).

⁷⁰⁸ Además, “la identidad debe ser absoluta, no semejante u homogénea”. Lo que conlleva importantes consecuencias en el concurso de delitos ideal, esto es, cuando una misma acción puede dar lugar a varios delitos (MARTÍNEZ ALCANIZ, A., óp. cit., nota a pie 1180, p. 368).

⁷⁰⁹ VELASCO NUÑEZ, E., “Principio *non bis in idem*”, *Diario La Ley*, núm. 7250, Sección Esquemas legales, 28 de septiembre de 2009, p. 3.

⁷¹⁰ MARTÍNEZ ALCANIZ, A., óp. cit., nota a pie 1180, p. 370.

⁷¹¹ El extremo procesal estaría representado por la fórmula latina *nemo debet bis vexari pro una et aedam causa*, mientras que la penal haría lo propio con la fórmula *nemo debet bis punire pro uno delicto*. Si bien la doctrina mayoritaria apunta que el *ne bis in idem* deriva de la cosa juzgada o *res iudicata*, apunta Abraham MARTÍNEZ ALCANIZ que en su opinión es justo lo contrario: “La finalidad de la *res iudicata* no sería otra que garantizar la evitación del *bis in idem* o doble sanción. En definitiva, la garantía forma estaría al servicio de la garantía material” (óp. cit., nota a pie 1180, p. 352). Ambas vertientes, la material y la procesal se encuentran interrelacionadas lo que, a su vez, da lugar a la supremacía de una sobre otra.

⁷¹² Este aspecto va dirigido hacia un respeto escrupuloso de la *res iudicata*, siendo sus principales consecuencias la supremacía penal sobre la administrativa y la vinculación a la jurisdicción penal, y no administrativa, en cuanto al establecimiento de los hechos (DÍAZ PITA, M^a. del M., “España, informe sobre el principio *non bis in idem*...”, óp. cit., p. 875).

⁷¹³ VELASCO NUÑEZ, E., “Principio *non bis...*”, óp. cit., p. 2. “El principio *non bis in idem* es aplicable también dentro de un mismo proceso o procedimiento a una pluralidad de sanciones principales ante una identidad de sujetos, hechos o fundamento, objeto o causa material y acción punitiva. Se impide sancionar dos veces por un mismo delito, desde la misma perspectiva de defensa social, o sea, que por un mismo delito recaiga sobre un sujeto una sanción penal principal doble o plural, lo que también contradiría el principio de proporcionalidad entre la infracción y la sanción que exige mantener una adecuación entre la gravedad de la sanción y la de la infracción”, Sentencia de la Sala del TC, núm. 154/1990, de 15 de octubre, Fundamento de Derecho 3^o.

Conforme todo lo anteriormente apuntado, podemos señalar que las principales consecuencias que se derivan del principio *ne bis in idem* son, por el lado procesal, la cosa juzgada o el hecho de impedir que se puedan celebrar más procesos por esos mismos hechos contra el mismo condenado, o absuelto, salvo en el caso de las excepciones que trataremos más adelante⁷¹⁴; por el lado sustantivo, no poder ser penado dos veces⁷¹⁵. Ahora bien, la principal consecuencia jurídica del principio *ne bis in idem* tiene que ver, en relación al principio de exclusión total, con “la prohibición (e inadmisibilidad) de procesos subsiguientes sobre los mismos hechos”, esto es, la imposibilidad de juzgar a nadie que ya haya sido condenado o absuelto por sentencia firme⁷¹⁶.

Por lo que respecta a la fundamentación del *ne bis in idem*, ésta es múltiple, incluyéndose en la misma “la libertad individual, la protección de los derechos humanos, la protección del individuo frente a los abusos del Estado o frente a la carga de ser perseguido tal vez *ad infinitum* por la misma infracción, la justicia, la proporcionalidad, el estado de derecho, la certidumbre legal, la seguridad jurídica, el proceso debido, el respeto de las decisiones judiciales del pasado (*res judicata*), no impedir la rehabilitación”, considerándose como criterios clave “la justicia, la certeza legal, el respeto de las decisiones judiciales previas y el estado de derecho”⁷¹⁷. En este sentido, a pesar de no estar recogido el principio de *ne bis in idem* en la CE⁷¹⁸, el TC ha señalado que son el principio de legalidad, el principio de proporcionalidad, el principio de seguridad jurídica y el de tipicidad, recogidos en el artículo 25 de la CE, los que lo fundamentan. Todos ellos constituyen fundamentalmente una garantía para el sujeto en el proceso penal, de ahí que el

⁷¹⁴ En España se permite la posibilidad de revisar, por motivos tasados, la sentencia condenatoria firme a través del recurso de revisión regulado en los artículos 954 a 961 del *Real Decreto de 14 de septiembre de 1882, aprobatorio de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, Gaceta*, de 17 de septiembre de 1882.

⁷¹⁵ DE LA CUESTA, J. L., *óp. cit.*, pp. 740-741.

⁷¹⁶ No valen las decisiones que se adoptan durante el proceso de forma provisional y, mucho menos, aquellas dictadas durante la fase preliminar. Como ya hemos señalado, “en general, para impedir un nuevo proceso la *fase alcanzada por el primer proceso* debe ser una sentencia firme”. Debe tratarse de una decisión final y firme sobre el fondo (DE LA CUESTA, J. L., *óp. cit.*, pp. 743-744). En definitiva una resolución irrevocable, sin posibilidad alguna de revisión posterior.

⁷¹⁷ DE LA CUESTA, J. L., *óp. cit.*, p. 740-741.

⁷¹⁸ “El principio *non bis in idem* no aparece constitucionalmente consagrado de manera expresa, pero esta omisión no impide reconocer su vigencia en nuestro ordenamiento, porque, como ha declarado este Tribunal, desde su Sentencia 2/1981, de 30 de enero, dicho principio está íntimamente unido a los de legalidad y tipicidad de las infracciones recogidas en el art. 25 de la C.E.”, Sentencia del Pleno del TC, núm. 94/1986, de 8 de julio de 1986, Fundamento de Derecho 4º.

principio *ne bis in idem* haya sido considerado por nuestro máximo intérprete de la CE como un Derecho Fundamental contenido en el artículo 25 de la Constitución⁷¹⁹ y la naturaleza señalada lo convierte en un Derecho absoluto⁷²⁰. Así, podríamos resumir el fundamento del principio *ne bis in idem* en dos *ratios*⁷²¹: el principio de seguridad jurídica, pues todo ciudadano que ha sido condenado a través de un proceso justo por unos hechos delictivos confía en que no volverá a ser condenado por esos mismo hechos, convirtiéndose así en un Derecho fundamental para los ciudadanos; y el principio de proporcionalidad de las penas frente a los delitos, de forma que la imposición de dos penas por un delito vulneraría el principio de proporcionalidad⁷²².

Para comprender bien el contenido, la naturaleza y la fundamentación ya analizados, debemos ser conscientes de que en su origen este principio fue concebido en el Derecho Penal de los Estados como una norma que estructura el

⁷¹⁹ “Desde esta perspectiva sustancial, el principio de *ne bis in idem* se configura como un derecho fundamental del ciudadano frente a la decisión de un poder público de castigarlo por unos hechos que ya fueron objeto de sanción, como consecuencia del anterior ejercicio del *ius puniendi* del Estado” (Sentencia de la Sala Segunda del TC, núm. 177/1999, de 11 de octubre, Fundamento de Derecho 3º) y “si bien no se encuentra recogido expresamente en los arts. 14 a 30 de la Constitución, que reconocen los derechos y libertades susceptibles de amparo (art. 53.2 de la Constitución y art. 41 de la LOTC) no por ello cabe silenciar que, como entendieron los parlamentarios en la Comisión de Asuntos Constitucionales y Libertades Públicas del Congreso al prescindir de él en la redacción del artículo 9 del Anteproyecto de Constitución, va íntimamente unido a los principios de legalidad y tipicidad de las infracciones recogidos principalmente en el art. 25 de la Constitución”, Sentencia de la Sala Primera del TC, núm. 2/1981, de 30 de enero, Fundamento de Derecho 4º, disponible en <http://hj.tribunalconstitucional.es/ca/Resolucion/Show/2>.

⁷²⁰ Si bien, es interesante destacar aquí la crítica que lleva a cabo Abraham MARTÍNEZ ALCAÑIZ al poner de manifiesto cómo el PIDCP señala en su artículo 4 que determinadas situaciones excepcionales, “que pongan en peligro la vida de la nación y cuya existencia haya sido proclamada oficialmente”, pueden dar lugar a la suspensión de una serie de obligaciones recogidas en el Pacto, excepto ciertos derechos fundamentales, entre los que no figura el principio de *ne bis in idem*. “En suma, podríamos presenciar como en situaciones de conflicto armado se condena a una persona dos veces por un mismo hecho, toda vez que en dichas situaciones extremas es posible que las garantías procesales y judiciales se limiten de manera inusual”, considerando en este caso que aquellos procedimientos penales que permitieran la suspensión de estos derechos podrían ser nulos (óp. cit., nota a pie 1180, p. 367).

⁷²¹ DÍAZ PITA, Mª. del M., “España, informe sobre el principio *non bis in idem*...”, óp. cit., p. 879.

⁷²² “Esa adecuación lleva al legislador a calificar el delito en un determinado nivel de gravedad fijando unas sanciones proporcionales a tal calificación, dentro de los que habrán de actuar los criterios de graduación, pero aplicada una determinada sanción a una específica prohibición, la reacción punitiva ha quedado agotada. Dicha reacción ha tenido que estar en armonía o consonancia con la acción delictiva, y la correspondiente condena ha de considerarse como “autosuficiente” desde una perspectiva punitiva, por lo que aplicar otra sanción en el mismo orden punitivo representaría la ruptura de esa proporcionalidad, una reacción excesiva del ordenamiento jurídico al infligirse al condenado una sanción desproporcionada respecto a la infracción que ha cometido”, Sentencia de la Sala Segunda del TC, núm. 154/1990, de 15 de octubre, Fundamento Jurídico 3º.

poder sancionador penal y el poder sancionador administrativo⁷²³. En el caso de España, como ya hemos apuntado, al no aparecer en la Constitución se ha ido configurando a través de la jurisprudencia del TC y, a pesar de que parte de la doctrina apunta a que de forma implícita también se ha configurado a través de la LOPJ (artículos 23.2.c y 23.5⁷²⁴), lo cierto es que al analizar los preceptos, se vuelven a confundir las reglas que regulan la concurrencia jurisdiccional con la

⁷²³ VELASCO NUÑEZ, E., "Principio *non bis...*", *óp. cit.*, pp. 4-5. "Este principio ha venido siendo aplicado fundamentalmente para determinar una interdicción de duplicidad de sanciones administrativas y penales respecto de unos mismos hechos, pero ello no significa que sólo incluya la incompatibilidad de sanciones penal y administrativa por un mismo hecho en procedimientos distintos correspondientes a órdenes jurídicos sancionadores diversos", Sentencia del TC, núm. 154/1990, de 15 de octubre, Fundamento de Derecho 3º.

⁷²⁴ Art. 23.2.c) de la LOPJ: "2. También conocerá la jurisdicción española de los delitos que hayan sido cometidos fuera del territorio nacional, siempre que los criminalmente responsables fueren españoles o extranjeros que hubieran adquirido la nacionalidad española con posterioridad a la comisión del hecho y concurrieren los siguientes requisitos: a) Que el hecho sea punible en el lugar de ejecución, salvo que, en virtud de un Tratado internacional o de un acto normativo de una Organización internacional de la que España sea parte, no resulte necesario dicho requisito, sin perjuicio de lo dispuesto en los apartados siguientes. b) Que el agraviado o el Ministerio Fiscal interpongan querrela ante los Tribunales españoles. c) Que el delincuente no haya sido absuelto, indultado o penado en el extranjero, o, en este último caso, no haya cumplido la condena. Si sólo la hubiere cumplido en parte, se le tendrá en cuenta para rebajarle proporcionalmente la que le corresponda"; y 23.5 de la LOPJ: "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". Ambas disposiciones han sido redactadas por el apartado uno del artículo único de la LO 1/2014, de 13 de marzo, de modificación de la L.O. 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, relativa a la justicia universal, BOE núm. 63, de 14 marzo de 2014.

finalidad del *ne bis in idem* como garantía penal para el responsable de un ilícito penal ya juzgado, absuelto o no.

En el ámbito internacional, a pesar de una doctrina minoritaria que señala que cada Estado dispone y regula lo que considera, sin que exista una única forma, lo cierto es que su reconocimiento en el DI está fuera de toda duda⁷²⁵. Así, entre los textos internacionales que recogen el *ne bis in idem* encontramos el PIDCP, que señala en su artículo 14.7:

“Nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un delito por el cual haya sido ya condenado o absuelto por una sentencia firme de acuerdo con la ley y el procedimiento penal de cada país”⁷²⁶.

También, a nivel regional, el Protocolo número 7 al *Convenio Europeo sobre Derechos Humanos y Libertades Fundamentales* de 1950 señala, en su artículo 4:

⁷²⁵ AMBOS K., “The international Criminal Court and the traditional principles of international cooperation in criminal matters”, *Finnish Yearbook of International Law*, vol. IX, 1998, pp. 413-426, p. 420, disponible en <https://www.legal-tools.org/doc/a71d61/pdf/>. En este sentido, Abraham MARTÍNEZ ALCAÑIZ señala que “si bien es cierto que pueden existir ciertas diferencias entre los Estados de la comunidad internacional a la hora de determinar el alcance de esta garantía procesal y penal, no es menos cierto que la finalidad de la misma es coincidente en todas ellas, es decir, evitar un nuevo proceso o condena por unos hechos idénticos ya juzgados”, de ahí que considere que existe, en el DI, el principio *ne bis in idem*, “aunque sería recomendable que sus particularidades fuesen coincidentes en todos los ordenamientos jurídicos, a fin de evitar contradicciones o conflictos en la aplicación del mismo” (*óp. cit.*, nota a pie 1180, pp. 352-353). A este respecto es interesante el *Proyecto de resolución sobre competencias penales nacionales e internacionales concurrentes y el principio ne bis in idem* (“Competencias penales nacionales e internacionales concurrentes y el principio ne bis in idem. Proyecto de resolución”, *Revue Internationale de droit pénal*, núm. 3, vol. 73, 2002, pp. 1185-1190, disponible en <https://www.cairn.info/revue-internationale-de-droit-penal-2002-3.htm>).

⁷²⁶ *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos* de 16 de diciembre de 1966, *BOE* núm. 103, de 30 de abril de 1977. El artículo 14.7 contempla las dos dimensiones del principio, la formal y la material y respecto de la absolución o la condena siempre que se haya establecido en una sentencia firme. Sin embargo, sólo hace referencia a los tribunales estatales, sin contemplar el principio respecto a las decisiones firmes de los tribunales internacionales. *Prima facie*, parece que el principio, así redactado, no admite excepciones. Sin embargo, ya la *Observación General núm. 13*, relativa al artículo 14 del PIDCP del Comité de Derechos Humanos (Doc.HRI/GEN/1/Rev.7) encargado de la interpretación y protección del PIDCP señaló, el 13 de abril de 1984, en relación a las opiniones realizadas por algunos Estados sobre formular reservas sobre los procedimientos para la reanudación de procesos penales, que: “El Comité estima que la mayoría de los Estados Partes establecen una clara distinción entre la reanudación de un proceso justificada por circunstancias excepcionales y la incoación de un nuevo proceso, cosa prohibida en virtud del principio *ne bis in idem* contenido en el párrafo 7”. Otros convenios internacionales universales que contemplan el *ne bis in idem* son la *Convención única de 1961 sobre estupefacientes*, enmendada por el Protocolo que modifica la Convención única de 1961 sobre estupefacientes de 8 de agosto de 1975, *BOE* núm. 264, de 4 de noviembre de 1981 (art. 36.2) y el *Convenio para la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales*, de 14 de noviembre de 1950, *BOE* núm. 243, de 10 de octubre de 1979.

- “1. Nadie podrá ser inculpado o sancionado penalmente por un órgano jurisdiccional del mismo Estado, por una infracción de la que ya hubiere sido anteriormente absuelto o condenado en virtud de sentencia definitiva conforme a la ley y al procedimiento penal de ese Estado.
2. Lo dispuesto en el párrafo anterior no impedirá la reapertura del proceso, conforme a la ley y al procedimiento penal del Estado interesado, si hechos nuevos o nuevas revelaciones o un vicio esencial en el proceso anterior pudieran afectar a la sentencia dictada.
3. No se autorizará ninguna derogación alguna del presente artículo invocando el artículo 15 del Convenio” ⁷²⁷.

También puede encontrarse el principio en el Estatuto del TPIY (artículo 10) y del TPIR (artículo 9). Sus redacciones, idénticas, establecen, ahora sí, no sólo efectos intraestatales o interestatales, sino también la eficacia del principio entre los tribunales de un Estado y los propios tribunales *ad hoc*⁷²⁸. En el mismo sentido

⁷²⁷ Protocolo núm. 7 al Convenio para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (Convenio núm. 117 del Consejo de Europa), hecho en Estrasburgo el 22 de noviembre de 1984, BOE núm. 249, de 15 de octubre de 2009. El *ne bis in idem* no se encuentra recogido en el Convenio Europeo de Derechos Humanos de 1950, sino que fue introducido más tarde en el Protocolo núm. 7 reseñado. Contempla, al igual que el artículo 14.7 del PIDCP, únicamente el principio en relación a las sentencias de un Estado, es decir, tiene un efecto intraestatal y no interestatal” y además, presenta dos diferencias con el texto del PIDCP: el Protocolo núm. 7 permite volver a abrir un proceso penal si hubieran aparecido hechos nuevos relevantes y no se establece un principio absoluto sino que admite excepciones cuando hayan existido “graves defectos en la tramitación del procedimiento”, como causas de nulidad o procesos fraudulentos con el objetivo de sustraer al encausado de los mismos (MARTÍNEZ ALCANIZ, A., *óp. cit.*, p. 355). Otros tratados internacionales regionales que contemplan el principio *ne bis in idem* en la UE son: la *Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea*, BOE núm. 184, de 31 de julio de 2008, artículo 50; el *Convenio de Aplicación del Acuerdo Schengen*, de 14 de junio de 1985, BOE núm. 81, de 5 de abril de 1994 (arts. 53 a 57), ahora sí, con efectos interestatales, pero haciendo referencia sólo a la prohibición del doble proceso, no de la doble pena; *Convenio Europeo número 70 sobre el valor internacional de las sentencias penales*, hecho en La Haya el 28 de mayo de 1970, BOE núm. 78, de 30 de marzo de 1996, artículos 53 a 55. Se incluye, ahora sí, la prohibición del doble proceso y de la doble pena e incluye, como novedad, los indultos, las amnistías o las prescripciones del delito; o la *Convención Americana sobre Derechos Humanos* o Pacto de San José de Costa Rica, de 22 de noviembre de 1969, artículo 8.4: “El inculpado absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos”. Vemos como únicamente contempla la garantía procesal (*res iudicata*) y ninguna excepción, de ahí que la jurisprudencia de la CIDH haya manifestado dos excepciones: “Por un lado, la cuestión relativa al proceso equitativo puede desembocar en la invalidez del proceso judicial si se demuestra que no se respetaron las garantías esenciales, pudiéndose realizar una persecución nueva. (...) Por otro lado, si se advierte que el Estado ha incumplido las obligaciones derivadas de la Carta Americana de Derechos Humanos relativas al deber de investigar y sancionar las violaciones de los derechos contenidos en aquélla, podría volverse a repetir el proceso” (MARTÍNEZ ALCANIZ, A., *óp. cit.*, pp. 358-359).

⁷²⁸ Artículo 10 del TPIY: “1. Nadie puede ser convocado ante una jurisdicción nacional por hechos constituyentes de graves violaciones del derecho internacional humanitario en el sentido entendido en el presente Estatuto si ya ha sido juzgado por esos mismos hechos por el Tribunal Internacional.

lo recogen también los Estatutos de los tribunales especiales para Sierra Leona (artículo 8), para el Líbano (artículos 4 y 5) y para Timor Leste (artículo 11). La excepción la encontramos en el Estatuto de las Salas Extraordinarias para el enjuiciamiento de los crímenes cometidos durante el período de la Kampuchea democrática en Camboya, al remitirse (artículo 33) a las garantías procesales contenidas en el artículo 14 del PIDCP. En todos ellos se recoge el aspecto formal o procesal del principio, es decir, la cosa juzgada ⁷²⁹, sin olvidar que, jurisdiccionalmente, éstos tienen preferencia sobre los tribunales nacionales, como ya vimos (*vid. supra* apdo. II, 1, 1.2).

La diferencia la marca el Estatuto de la CPI cuando acoge en su artículo 20 la *Cosa juzgada*⁷³⁰ que, a pesar de su título, incluye tanto la garantía procesal como la

2. Quienquiera haya sido convocado ante una jurisdicción nacional por hechos constitutivos de graves violaciones del derecho internacional humanitario no puede ser subsecuentemente llevado ante el Tribunal Internacional, excepto si: a) El hecho por el cual ha sido juzgado estaba calificado como crimen de derecho común; ó b) La jurisdicción nacional no ha resuelto de forma imparcial o independiente; la finalidad de los procedimientos llevados a cabo ante ella era sustraer al acusado de su responsabilidad penal internacional; o las diligencias no fueron llevadas a cabo correctamente. 3. Para decidir la pena a imponer a una persona condenada por un crimen contemplado en el presente Estatuto, el Tribunal Internacional debe tener en cuenta la pena que dicha persona haya podido cumplir ya por el mismo hecho, y que le haya sido impuesta por una jurisdicción nacional". Y artículo 9 del TPIR: "1. Ninguna persona será sometida a juicio en un tribunal nacional por actos que constituyan violaciones graves del derecho internacional humanitario con arreglo al presente Estatuto respecto de los cuales ya haya sido juzgada por el Tribunal Internacional para Ruanda. 2. Una persona que haya sido juzgada por un tribunal nacional por actos que constituyan violaciones graves del derecho internacional humanitario podrá ser juzgada posteriormente por el Tribunal para Ruanda solamente si: a) El acto por el cual se la sometió a juicio fue considerado delito ordinario; o b) La vista de la causa por el tribunal nacional no fue ni imparcial ni independiente, tuvo por objeto proteger al acusado de la responsabilidad penal internacional, o la causa no se tramitó con la diligencia necesaria. 3. Al considerar la pena que ha de imponerse a una persona declarada culpable de un crimen con arreglo al presente Estatuto, el Tribunal Internacional para Ruanda tendrá en cuenta la medida en que una pena impuesta por un tribunal nacional a la misma persona por el mismo acto ya había sido cumplida".

⁷²⁹ MARTÍNEZ ALCAÑIZ, A., *óp. cit.*, pp. 362-363.

⁷³⁰ Artículo 20 del ECPI: "1. Salvo que en el presente Estatuto se disponga otra cosa, nadie será procesado por la Corte en razón de conductas constitutivas de crímenes por los cuales ya hubiere sido condenado o absuelto por la Corte. 2. Nadie será procesado por otro tribunal en razón de uno de los crímenes mencionados en el artículo 5 por el cual la corte ya le hubiere condenado o absuelto. 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 u 8 a menos que el proceso en el otro tribunal: a) Obedeciera al propósito de sustraer al acusado de su responsabilidad penal por crímenes de la competencia de la Corte; o b) No hubiere sido instruido en forma independiente o imparcial de conformidad con las debidas garantías procesales reconocidas por el derecho internacional o lo hubiere sido de alguna manera que, en las circunstancias del caso, fuere incompatible con la intención de someter a la persona a la acción de la justicia". Párrafo 3º que pone en riesgo de convertir a la CPI en una especie de última instancia sobre las jurisdicciones nacionales, permitiendo desentrañar los supuestos en los que, bajo la cobertura de la seguridad jurídica que fundamenta la figura de cosa juzgada, lo que se esconde es la falta de voluntad del Estado competente para el enjuiciamiento de estos hechos, cuando no la sustracción a la

penal⁷³¹. Debemos recordar que las relaciones entre los Estados y la CPI están reguladas por el principio de complementariedad (*vid. supra* apdo. II, 1, 1.1), de ahí que el artículo 20 haga alusión al enjuiciamiento y pena de los crímenes internacionales contemplados en su Estatuto⁷³², señalando tres excepciones al *ne bis in idem*: cuando el juicio se realiza para sustraer al acusado de su responsabilidad penal, cuando el proceso no se hubiere llevado a cabo de forma imparcial o independiente o cuando se hubiere llevado a cabo de forma incompatible con la intención de someter a esa persona a la justicia. Éstas excepciones permiten a la Corte intervenir a pesar de la existencia de un enjuiciamiento previo por un tribunal nacional sobre los mismos hechos, siempre y cuando el proceso anterior no “cumpla con determinadas condiciones de efectividad y justicia”⁷³³. Estaríamos, en estos casos, ante un proceso considerado *fraudulento*, también conocido como “persecuciones simbólicas” o *shame proceedings*, que son aquellos que obedecen “al propósito de sustraer al acusado de su responsabilidad o por no haberse instruido la causa penal con las garantías procesales debidas”⁷³⁴.

Ahora bien, este *proceso-fraude* no sólo puede surgir entre la CPI y los tribunales nacionales, sino que puede darse también al otorgar preferencia al principio de territorialidad frente al ejercicio de la jurisdicción universal por cualquier otro Estado, llevando a cabo en el lugar de comisión de los hechos

competencia de la propia Corte o bien un enjuiciamiento parcial y carente de las mínimas garantías procesales” (RODRÍGUEZ YAGÜE, C., “La justicia universal y el principio...”, *óp. cit.*, p. 19).

⁷³¹ “Esta garantía penal y procesal se halla encuadrada en la Parte II del Estatuto de la CPI, relativa a la competencia, admisibilidad y derecho aplicable, cuando lo idóneo hubiese sido que estuviera incardinada en la Parte III concerniente a los principios generales del derecho penal. La finalidad de esta garantía en el Estatuto de la CPI se encuentra más cercana a una manifestación del principio de complementariedad, siendo más bien un obstáculo procesal para la jurisdicción de la Corte que una garantía relacionada con los principios generales del derecho penal” (MARTÍNEZ ALCANIZ, A., *óp. cit.*, p. 363).

⁷³² Debemos subrayar que la CPI sólo enjuicia crímenes internacionales. “Cuestión distinta es si el injusto cometido por el imputado lesionó otra serie de bienes jurídicos que no están protegidos en los tipos penales del Estatuto de Roma siendo constitutivos de delitos ordinarios. En este supuesto sí podría ser posible un nuevo proceso ante los tribunales nacionales, exclusivamente para depurar la comisión de delitos ordinarios, debiéndose tener en cuenta los hechos declarados probados por la Corte y también la pena impuesta, a fin de evitar un doble perjuicio al imputado y garantizar en la medida de lo posible el principio de proporcionalidad” (MARTÍNEZ ALCANIZ, A., *óp. cit.*, pp. 363-364).

⁷³³ Estas tres excepciones, en opinión de Elena MACULÁN “se parecen mucho a aquéllas que denotan la “falta de voluntad” descritas por el artículo 17.2 del ECPI”, ya estudiado (“La Corte Penal Internacional”, en GIL GIL, A. y MACULAN, E. (Dirs.), *Derecho penal internacional*, Dykinson, Madrid, 2016, pp. 79-103, pp. 89-90).

⁷³⁴ MARTÍNEZ ALCANIZ, A., *óp. cit.*, p. 373.

procesos sin eficacia (fraudulentos), que permitan alegar el *ne bis in idem* y evitar así un proceso efectivo que se hubiera iniciado por el principio de jurisdicción universal⁷³⁵.

La CDI, en su Proyecto de Código de crímenes de 1996 también ha dedicado el artículo 12 al principio *non bis in idem*:

“1. Nadie será juzgado en razón de un crimen contra la paz y la seguridad de la humanidad por el que ya hubiere sido absuelto o condenado en virtud de sentencia firme por un tribunal penal internacional.

2. Una persona no podrá ser juzgada de nuevo por un crimen por el que ya hubiere sido absuelta o condenada en virtud de sentencia firme por un tribunal nacional, excepto en los casos siguientes:

a) Podrá ser juzgado de nuevo por un tribunal penal internacional:

i) cuando el hecho sobre el que hubiere recaído la sentencia del tribunal nacional haya sido calificado de crimen ordinario por ese tribunal y no de crimen contra la paz y la seguridad de la humanidad; o

ii) cuando las actuaciones del tribunal nacional no hubieren sido imparciales o independientes, hubieren estado destinadas a exonerar al acusado de responsabilidad penal internacional o no se hubiere instruido la causa con la debida diligencia;

b) Podrá ser juzgado de nuevo por un tribunal nacional de otro Estado:

i) cuando el hecho sobre el que hubiere recaído la sentencia anterior haya tenido lugar en el territorio de ese Estado; o

ii) cuando ese Estado haya sido la víctima principal del crimen.

3. En caso de nueva condena en virtud del presente Código, el tribunal, al dictar sentencia, tomará en cuenta la medida en que se haya cumplido cualquier pena impuesta por un tribunal nacional a la misma persona por el mismo hecho”⁷³⁶.

En sus comentarios, la CDI ya apuntó que era un tema que planteaba diversas cuestiones teóricas y prácticas. Respecto a las teóricas, señala que el *ne bis in idem* es un principio que se aplica en los ordenamientos internos y en relación con las sentencias definitivas dictadas por otro Estado, pero que el DI “no obliga a los Estados a reconocer las sentencias penales dictadas en un Estado extranjero”.

⁷³⁵ OLLÉ SESÉ, *Justicia universal para...*, óp. cit., p. 410. En el mismo sentido, RODRÍGUEZ YAGÜE, C., “La justicia universal y el principio...”, óp. cit., p. 17.

⁷³⁶ *Proyecto de Código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad, Informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor realizada en su 48º...*, óp. cit., p. 40.

La práctica, por otro lado, podría llevar a proteger a un individuo que hubiera cometido un crimen y, encontrándose en su territorio, los órganos judiciales de su Estado lo absolvieran “en un simulacro de juicio” o lo condenaran “a una pena no proporcional en absoluto a la gravedad del crimen” lo que impediría que otro Estado pudiera condenarlo o que lo condenara a una pena más grave, sobre todo el Estado del *locus delicti* o del de la nacionalidad de la víctima. Estas preocupaciones hicieron que la CDI incluyera el principio *ne bis in idem* en el Proyecto de Código de crímenes de 1996, pero con ciertas excepciones estableciendo “el debido equilibrio entre la necesidad de preservar en la mayor medida posible la integridad del principio *non bis in idem*, por una parte, y las exigencias de la recta administración de justicia, por otra”.

Para ello, la CDI ha previsto la aplicación del principio en dos situaciones diferentes, dependiendo de que haya sido un tribunal internacional o un tribunal nacional el encargado de juzgar al responsable. En el primer caso, un tribunal internacional declara culpable o absuelve a una persona de un crimen de los contenidos en el Proyecto de Código de 1996, de forma que, en aplicación del *ne bis in idem*, dicho sujeto no podrá volver a ser enjuiciado por ese mismo crimen por ningún otro tribunal, ya sea internacional o nacional. Se trataría de una aplicación estricta del *ne bis in idem*, que no admitiría excepción alguna. El segundo caso, el individuo que haya sido juzgado por un órgano judicial nacional, no podría volver a ser enjuiciado excepto en dos situaciones:

- a) La primera hace referencia, por un lado, a la posibilidad de que pueda volver a ser enjuiciado por un tribunal internacional cuando su calificación sea de delito ordinario y no de crimen internacional (pues “el individuo no ha sido juzgado o castigado por el mismo crimen sino por un “crimen más leve” que no comprende en toda su magnitud su conducta criminal”) pero, también cuando se entienda que las acciones del tribunal nacional no han sido imparciales, independientes o diligentes, sin que éste haya sido “debidamente juzgado o castigado por la misma acción o el mismo crimen a causa del abuso de poder o de la incorrecta administración de justicia por las autoridades nacionales en la persecución del caso o sustanciación de la causa”, de forma que la Comunidad Internacional “no está obligada a reconocer una decisión resultante de una transgresión tan grave del procedimiento de justicia penal”.

b) La segunda excepción contempla la posibilidad de ser juzgado de nuevo por otro tribunal nacional, el del Estado del *locus delicti* o el del Estado de nacionalidad de la víctima. Y es que, aunque cualquier Estado que sea parte en el Proyecto de Código de crímenes podría enjuiciar al sujeto, se entiende que el Estado donde se cometió el delito y el Estado de donde la víctima es nacional tendrían un especial interés en la causa.

Por último, la CDI señala que, en el caso de que haya vuelto a ser juzgado por un tribunal nacional o por un tribunal internacional, habrá de tenerse en cuenta la pena impuesta en el primer proceso, lo que podría hacerse de dos maneras: la primera sería imponer la pena que corresponda al crimen en el código por el nuevo proceso y señalar que deberá cumplir con esa pena teniendo en cuenta la pena que ya haya cumplido; la segunda, imponer directamente una pena menor en la que ya esté contemplada la pena cumplida⁷³⁷.

En lo que respecta a la relación entre el principio de jurisdicción universal y el *ne bis in idem*, debemos señalar que éste ha sido recogido tanto por los *Principios de Princeton* (principio 9)⁷³⁸ como por los *Principios de Madrid-Buenos Aires* (principio 16)⁷³⁹. En ambos se establecen excepciones al ejercicio de la jurisdicción por un segundo tribunal cuando el primer proceso se ha llevado a cabo de forma

⁷³⁷ Proyecto de Código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad, Informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor realizada en su 48º..., *óp. cit.*, pp. 40-42.

⁷³⁸ "Principio 9 - El Principio de *non bis in idem* o prohibición del segundo procesamiento por el mismo delito: 1. En el ejercicio de la jurisdicción universal, el Estado o sus órganos judiciales velarán por que la persona que sea objeto de actuaciones penales no quede expuesta a enjuiciamientos o penas múltiples por el mismo acto delictivo cuando las actuaciones penales anteriores u otros procedimientos de imputación de responsabilidad se hayan incoado de buena fe y de acuerdo con las normas y criterios internacionales. No se considerará que entran dentro del ámbito del presente Principio los enjuiciamientos ficticios o las penas irrisorias dimanadas de una condena u otras actuaciones de imputación de la responsabilidad. 2. El Estado reconocerá la validez del debido ejercicio de la jurisdicción universal por parte de otro Estado y reconocerá la sentencia definitiva del órgano judicial nacional ordinario y competente o del órgano judicial internacional competente que ejerza esa jurisdicción de acuerdo con las garantías procesales internacionales. 3. El encausado o condenado por un Estado que ejerza la jurisdicción universal sobre los delitos graves de delito internacional que se enumeran en el párrafo 1 del Principio 2 tendrá derecho y legitimación para oponer ante cualquier órgano judicial nacional o internacional la defensa de *non bis in idem* contra un nuevo enjuiciamiento penal", *Principios de Princeton sobre la Jurisdicción Universal...*, *óp. cit.*, p. 28.

⁷³⁹ "Principio 16- *Ne bis in idem*: Los Estados que apliquen el Principio de Jurisdicción Universal no enjuiciarán a nadie que haya sido juzgado por otro tribunal a menos que el proceso penal ante éste hubiese estado dirigido a sustraer al acusado de sus responsabilidades por los crímenes cometidos", *Principios de Madrid - Buenos Aires de Jurisdicción Universal*, FIBGAR, 2015. Los principios redactados por FIBGAR recogen solamente la dimensión formal o procesal.

fraudulenta: enjuiciamientos ficticios y penas irrisorias (Princeton) y sustraer al acusado de sus responsabilidades penales (FIBGAR).

En el caso de la aplicación del principio *ne bis in idem* entre las jurisdicciones estatales (conurrencia horizontal), si un Estado (normalmente el del lugar de los hechos) ya ha emitido una resolución judicial firme (condenatoria o absolutoria) con todas las garantías en un proceso penal sin que suponga un enjuiciamiento ficticio, no podrá otro Estado, a través del principio universal o de ningún otro título jurisdiccional válido, llevar a cabo un proceso sobre los mismos hechos si existe identidad subjetiva e identidad de fundamento, pues conllevaría una vulneración del *ne bis in idem*⁷⁴⁰.

Por otro lado, en el caso de la aplicación del *ne bis in idem* entre una jurisdicción nacional y un tribunal internacional (conurrencia vertical), pueden darse dos situaciones:

- En el caso de la CPI (artículo 20.III del ECPI), si el Estado emite una resolución judicial a través de un proceso justo y equitativo sobre un crimen internacional contemplado en el Estatuto de Roma, recordemos que rige el principio de complementariedad, con lo que el sujeto no podrá ser juzgado de nuevo por la CPI (*bloqueo “de abajo a arriba”*) salvo que, por un lado, el tribunal nacional haya juzgado por delitos ordinarios y la CPI juzgue esos mismos hechos como crímenes internacionales, atendiendo a un bien jurídico protegido diverso (no hay identidad causal)⁷⁴¹; y, por otro, que exista falta de imparcialidad o independencia en el proceso nacional o éste se celebre con el objetivo de sustraer de sus responsabilidades penales al condenado. El mismo argumento funciona en sentido inverso; es decir, los crímenes internacionales juzgados por la CPI no podrán ser juzgados de nuevo por un tribunal nacional si existe

⁷⁴⁰ Al contrario, cuando es otro Estado distinto al del *locus delicti* el que emite la resolución judicial firme y el Estado del lugar de comisión de los hechos también quiere llevar a cabo un proceso, básicamente lo que tenemos es una “cierta falta de confianza en la jurisdicción extranjera” que se “justifica en términos de soberanía penal y por razones prácticas”. Este *ne bis in idem* transnacional “encuentra una extensión en algunos países a través de convenios internacionales” e incluso, convenios bilaterales “relativos a la extradición y al auxilio legal” (DE LA CUESTA, J. L., *óp. cit.*, pp. 748 y 752).

⁷⁴¹ En este caso, la situación puede resultar realmente injusta para el acusado teniendo en cuenta, además, que no se hace referencia alguna al principio de compensación, esto es, tener en cuenta la pena establecida por los tribunales nacionales (DE LA CUESTA, J. L., *óp. cit.*, p. 764). Principio de compensación que sí se tenía en cuenta, como hemos visto, en el Proyecto de Código de crímenes de la CDI.

identidad de sujetos y de fundamento. Si podría darse, en esta última situación, que un tribunal nacional juzgara parte de aquellos crímenes internacionales como delitos ordinarios que no tenían cabida en el Estatuto⁷⁴². En este caso, debería tener en cuenta el Estado la pena ya cumplida ante la CPI.

- En el caso de los tribunales *ad hoc* (recordemos que éstos se rigen por la primacía concurrente), los diversos Estatutos señalan que una vez que éstos han emitido sentencia firme sobre *el fondo* de un asunto relativo a un crimen de DI, el principio *ne bis in idem* surte plenos efectos⁷⁴³. Ahora bien, si es el tribunal nacional el que emite sentencia firme sobre el fondo, podrán los tribunales *ad hoc* volver a enjuiciar en tres situaciones: cuando se juzgó por delito ordinario, cuando faltó diligencia, imparcialidad o independencia en el proceso nacional y, por último, cuando se trataba un proceso dirigido a eximir de responsabilidad al acusado⁷⁴⁴. Es interesante aquí poner de manifiesto que cuando un crimen internacional del que está conociendo un tribunal *ad hoc* sea complejo (compuesto por diversos hechos), en el caso de que éste sólo juzgue algunos de ellos, ¿supone que podrá otro tribunal juzgar el resto de hechos o la sentencia firme sobre el fondo conlleva un efecto-barrera que lo impediría? Al respecto, las *Reglas de Procedimiento y Prueba* del TPIY y del TPIR sólo señalan, artículo 13, que el Presidente del Tribunal deberá enviar un informe al Consejo de Seguridad⁷⁴⁵.

Podríamos concluir, en atención a todo lo expuesto, que el principio *ne bis in idem* formulado en los ordenamientos jurídicos de los Estados y en el DI no es un

⁷⁴² Si bien, en este caso, “en realidad no se trataría de un *ne bis in idem*, sino de una ampliación del catálogo de sanciones a imponer, toda vez que de lo contrario las mismas podrían quedar impunes” (MARTÍNEZ ALCANIZ, A., *óp. cit.*, p. 373).

⁷⁴³ Se podría comenzar una nueva investigación pero nuevas medidas de persecución o un nuevo juicio irían totalmente en contra del principio *ne bis in idem*. No supondrían ningún obstáculo, por el contrario, la no persecución por parte del Fiscal o decisiones que pusieran fin al proceso basadas en razones formales o de procedimiento (DE LA CUESTA, J. L., *óp. cit.*, pp. 761-762).

⁷⁴⁴ Artículo 10.II del TPIY y artículo 9.II del TPIR. Sin embargo, no surtirá plenos efectos el *ne bis in idem* cuando se trate de una decisión del Fiscal de acabar con el proceso o de no proceder por falta de prueba, ante la amnistía o medidas estatales de gracia (DE LA CUESTA, J. L., *óp. cit.*, pp. 762-763).

⁷⁴⁵ Rule 13. Non Bis in Idem: “When the President receives reliable information to show that criminal proceedings have been instituted against a person before court of any State for a crime for which that person has already been tried by the Tribunal, a Trial Chamber shall, following mutatis mutandis the procedure provided in Rule 10, issue a reasoned order requesting that court permanently to discontinue its proceedings. If that court fails to do so, the President may report the matter to the Security Council”, *Rules of Procedure and Evidence*, IT/32/Rev. 49, de 22 de mayo de 2013, p. 10, disponible en http://www.icty.org/x/file/Legal%20Library/Rules_procedure_evidence/IT032Rev49_en.pdf.

principio absoluto. Al contrario, éste cederá ante las diversas excepciones que los diversos ordenamientos jurídicos o tratados internacionales, universales y regionales, hayan señalado. A saber, cuando se trate de establecer un procedimiento con el objetivo de sustraer de la justicia al encausado o de evitar que cumpla con su responsabilidad; cuando se trate de un procedimiento ficticio que busque evitar que otras jurisdicciones, nacionales o internacionales, puedan juzgarlo; cuando se interpongan penas irrisorias al sujeto condenado; o cuando en el proceso no haya habido imparcialidad o independencia con relación a las garantías procesales⁷⁴⁶. En todos estos supuestos operaría la excepción de *cosa juzgada fraudulenta*⁷⁴⁷.

IV. ¿PARA QUÉ SIRVES, JURISDICCIÓN UNIVERSAL?

La respuesta inmediata al para qué del principio de jurisdicción universal es evidente: la lucha contra la impunidad⁷⁴⁸. Sin embargo, entendemos que la

⁷⁴⁶ La Sentencia de la CIDH en el asunto *Almonacid Arellano y otros v. Chile*, señala: “Una sentencia pronunciada en las circunstancias indicadas produce una cosa juzgada “aparente” o “fraudulenta”. Y añade: “si aparecen nuevos hechos o pruebas que puedan permitir la determinación de los responsables de violaciones a los derechos humanos, y más aún, de los responsables de crímenes de lesa humanidad, pueden ser reabiertas las investigaciones, incluso si existe una sentencia absolutoria en calidad de cosa juzgada, puesto que las exigencias de la justicia, los derechos de las víctimas y la letra y espíritu de la Convención Americana desplaza la protección del *ne bis in idem*”, Sentencia de 26 de septiembre de 2006, Serie C, núm. 154, párr. 131.

⁷⁴⁷ El Auto del TS, de 20 de abril de 2015, en el asunto *Jesuitas*, reconoció *tácitamente* que el proceso llevado a cabo contra los asesinos de los seis sacerdotes jesuitas y los dos civiles en El Salvador, teniendo en cuenta las irregularidades que se habían observado en la investigación del proceso los tribunales españoles, fue un proceso fraudulento que “no garantizó el castigo efectivo de sus responsables, sino que, por el contrario, pudo tratar de sustraerlos a la acción de la justicia” ante la ausencia de las garantías necesarias de independencia e imparcialidad”. Señala también el autor el asunto *Fybeca*, ante la Corte Nacional de Justicia de Ecuador considerado un proceso aparente o fraudulento y utilizando para ello los artículos 17 y 20 del Estatuto de la CPI (Corte Nacional de Justicia, Sala especializada de lo Penal, Penal Militar; Penal Policial y Tránsito, Sentencia de 16 de diciembre de 2014, Fundamento de Derecho 8º) y los asuntos desarrollados ante la CIDH *Almonacid Arellano y otro v. Chile* (Sentencia de 26 de septiembre de 2006, serie C, núm. 154) y *Carpio Nicolle y otros v. Guatemala* (Sentencia de 22 de noviembre de 2004, serie C, núm. 117), al dictar esta última “fallo condenatorio por ejecución extrajudicial en el contexto de graves violaciones a los derechos humanos” (OLLÉ SESÉ, M., “La aplicación del Derecho Penal...”, *óp. cit.*, pp. 153-154).

⁷⁴⁸ “La combinación de fuentes de derecho internacional y nacional ha producido un efecto acumulativo suficiente para justificar el reconocimiento de la jurisdicción universal para los crímenes de *jus cogens*. La jurisdicción universal representa el método más efectivo para frenar y prevenir los crímenes internacionales mediante el incremento de la probabilidad de procesamiento y castigo de sus autores” (BASSIOUNI, M. CH., “Universal Jurisdiction for International Crimes...”, *op.*

prevención de la impunidad conlleva, a su vez, múltiples *micro-finalidades*. Algunas de ellas, en relación a la responsabilidad de los presuntos responsables o a los derechos de las víctimas; otras, en relación a un sistema de justicia penal internacional e, incluso, con el orden interno estatal.

El artículo 2 del *Proyecto de Código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad* de 1996 deja entrever ese fin último de lucha contra la impunidad, al declarar la responsabilidad de quien cometa uno de esos crímenes.

La CDI, en los comentarios al Proyecto de Código, reitera que el principio de responsabilidad individual penal (*vid. supra* Capítulo I, apdo. II, 2) “estableció el procesamiento y castigo de las personas que hubieran cometido crímenes contra la paz, crímenes de guerra o crímenes de lesa humanidad” y que cuando hablamos de personas “hablamos de personas naturales”, si bien es cierto que la responsabilidad individual podría atribuirse también a un Estado si la persona hubiera actuado como “agente del Estado”, “por cuenta del Estado”, “en nombre del Estado” o en calidad de agente de hechos, sin mandato legal⁷⁴⁹. De acuerdo con todo ello, al hablar de impunidad en el ámbito del Derecho Internacional Penal nos estamos refiriendo a la ausencia de pena o sanción penal⁷⁵⁰. Sin embargo, el concepto de

cit., p. 59). Aunque en esta Tesis Doctoral nos referiremos a la impunidad siempre desde un punto de vista jurídico, lo cierto es que la impunidad no sólo puede ser jurídica, sino que ésta también alcanza tintes sociales, morales e históricos (AMBOS, K., *Impunidad y derecho penal internacional*, Ed. AD-HOC SRL, Argentina, 1999, p. 29).

⁷⁴⁹ Por ello se establece en el artículo 4 (*Responsabilidad de los Estados*) que la responsabilidad penal de las personas “no prejuzga ninguna cuestión de la responsabilidad de los Estados en virtud del derecho internacional”, y añade que “la fuerza y el efecto jurídico de la prohibición de los crímenes previstos por el derecho internacional se debilitarían sustancialmente en ausencia de toda responsabilidad o castigo de los autores efectivos de esos crímenes odiosos y, por tanto, de toda disuasión frente a los autores potenciales de los mismos”, *Proyecto de Código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad, Informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor realizada en su 48º...*, *óp. cit.*, pp. 21-22 y 32.

⁷⁵⁰ Siguiendo a Javier CHINCHÓN ÁLVAREZ, la impunidad entendida en el ámbito del Derecho Internacional Penal puede ser de dos tipos, atendiendo a sus causas: fáctica y normativa. Mientras que la primera de ellas hace alusión a la existencia de normas que, por diversas razones, no se aplican, impidiéndose el enjuiciamiento de los presuntos responsables, la impunidad normativa tiene que ver con aquellas normas cuyo objetivo es excluir directamente el enjuiciamiento de los responsables, como serían las normas de amnistía (*vid. infra* Capítulo III, apdo. I, 1, 1.4); y advierte que “la primera manifestación reseñada, la impunidad fáctica, ha merecido y merece censuras generales, la segunda, la impunidad normativa, ha solidado y en parte aún suele concitar ciertos apoyos” (“El concepto de impunidad a la luz del Derecho Internacional: una aproximación sistémica desde el Derecho Internacional Penal y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos”, *REEI*, núm. 24, 2012, pp. 3-8). Para Maria Chiara MARULLO, la impunidad es un fenómeno complejo con facetas que pueden ser divididas en dos categorías: una normativa, “que nace directa o indirectamente de un ordenamiento estatal y está proclamada por el órgano legislativo”; y otra de naturaleza más práctica, “siendo el resultado de un mecanismo que en sustancia intenta excluir la

impunidad es más amplio en el ámbito del DI de los DDHH. Así, la Comisión de Derechos Humanos de la ONU, al aprobar el *Conjunto de principios actualizados para la protección y promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad* de 2005:

“La inexistencia, de hecho o de derecho, de responsabilidad penal por parte de los autores de violaciones, así como de responsabilidad civil, administrativa o disciplinaria, porque escapan a toda investigación con miras a su inculpación, detención, procesamiento y, en caso de ser reconocidos culpables, condena a penas apropiadas, incluso a indemnización del daño causado a sus víctimas”⁷⁵¹.

En el principio 1 de ese documento se declara, además, que:

“La impunidad constituye una infracción de las obligaciones que tienen los Estados de investigar las violaciones, adoptar medidas apropiadas respecto de sus autores, especialmente en la esfera de la justicia, para que las personas sospechosas de responsabilidad penal sean procesadas, juzgadas y condenadas a penas apropiadas, de garantizar el derecho inalienable a conocer la verdad y de tomar las medidas necesarias para evitar la repetición de dichas violaciones”⁷⁵².

instauración de un procedimiento penal y/o la sucesiva sanción” (“La lucha contra la impunidad...”, *óp. cit.*, p. 7).

⁷⁵¹ *Conjunto de principios para la protección y promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad*, E/CN.4/2005/102/Add.1, 8 de febrero de 2005, p. 6, definición A. El texto, ya mencionado (*vid. supra* Capítulo I, IV, 3), está anexado a un estudio que, en 1991, el francés Louis JOINET (miembro de la Subcomisión de Prevención de Discriminación y Protección a las Minorías de la ONU) llevó a cabo sobre la impunidad en el caso de perpetraciones de crímenes contra los DDHH. Texto que fue revisado más tarde por Diane ORENTLICHER, disponible en <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G05/109/03/PDF/G0510903.pdf?OpenElement>.

⁷⁵² *Conjunto de principios para la protección y promoción de los derechos humanos...*, *óp. cit.*, p. 7. En 2009, también la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa señalaba: “The assembly considers the fight against the impunity of perpetrators of serious human rights violations as a priority for the Council of Europe and all national and international law-enforcement bodies. Impunity must be eradicated both as a matter of individual justice and as a deterrent to future human rights violations”, *State of human rights in Europe: the need to eradicate impunity*, Resolución 1675(2009), de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, de 24 de junio de 2009, párr. 6, disponible en <http://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/Xref-XML2HTML-EN.asp?fileid=17756&lang=en>. Mientras que, en 2011, las *Guidelines of the Committee of Ministers of the Council of Europe on eradicating impunity for serious human rights' violation* apuntaban: “States are to combat impunity as a matter of justice for the victims, as a deterrent with respect to future human rights violations and in order to uphold the rule of law and public trust in the justice system”, *Guidelines of the Committee of Ministers of the Council of Europe on eradicating impunity for serious human rights' violation*, CM/Del/Dec(2011)1110, de 4 de abril de 2011, punto 1.3, p. 7, disponible en <http://policehumanrightsresources.org/wp-content/uploads/2016/06/CoE-Guidelines-on-Eradicating-impunity.pdf>.

También el Preámbulo de los *Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones* (2005) de la AG señala lo siguiente:

“Observando que, al hacer valer el derecho de las víctimas a interponer recursos y obtener reparaciones, la comunidad internacional hace honor a su palabra respecto del sufrimiento de las víctimas, los supervivientes y las generaciones futuras y reafirma los principios jurídicos internacionales de responsabilidad, justicia y Estado de derecho,

Convencida de que, al adoptar un enfoque orientado a las víctimas, la comunidad internacional afirma su solidaridad humana con las víctimas de violaciones del derecho internacional, incluidas las violaciones de las normas internacionales de derechos humanos y del derecho internacional humanitario, así como con la humanidad en general, de conformidad con los siguientes Principios y directrices básicos”⁷⁵³.

Podemos observar cómo al hablar de impunidad en relación al Derecho Internacional Penal nos estamos refiriendo a la ausencia de una pena o sanción penal para el responsable de un crimen de DI. Sin embargo, cuando hablamos de impunidad en el DI de los DDHH se va más allá de la simple omisión de una pena aunando también las obligaciones estatales de derecho a la verdad, la reparación y la justicia; esto es, de investigar los crímenes, de enjuiciar a sus presuntos responsables y ofrecer justicia a las víctimas, haciéndolas conocedoras de la verdad y otorgándoles una reparación, así como adoptar medidas que impidan la comisión de tales hechos en el futuro⁷⁵⁴.

⁷⁵³ *Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones de las normas internacionales de derechos humanos y del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones*, anexos a la Resolución de la Comisión de Derechos Humanos 2005/35, de 19 de abril de 2005, párrs. 10^o y 11^o, disponible en <http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/RemedyAndReparation.aspx>.

⁷⁵⁴ Este concepto de impunidad en el ámbito de los DDHH ha sido asumido tanto por el sistema universal como por algunos sistemas regionales, en concreto, el europeo (TEDH) y el interamericano (Comisión Interamericana de Derechos Humanos). No ha ocurrido así en el sistema africano, en que se adopta un concepto de impunidad más cercano al que se utiliza en el Derecho Penal Internacional en relación exclusivamente a la falta de sanción penal (CHINCHÓN ÁLVAREZ, J., “El concepto de impunidad a la luz del Derecho Internacional...”, *óp. cit.*, pp. 20-29).

“*Reafirmando* el deber de todos los Estados de poner fin a la impunidad y de enjuiciar o extraditar, de conformidad con las obligaciones que han adquirido en virtud del derecho internacional, a los responsables de todas las violaciones de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario que constituyan delito, incluidos el genocidio, los crímenes de lesa humanidad y los crímenes de guerra, para ponerlos a disposición de la justicia, promover la transparencia, el respeto del derecho internacional y la justicia para las víctimas, desalentar la comisión de esos delitos y cumplir la obligación de los Estados de proteger a todas las personas contra esa clase de delitos. (...)”

Convencida también de que exponen la verdad en lo que respecta a las violaciones de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario que constituyen delito, la entrega a la justicia de sus autores, incluidos sus cómplices, la obtención de justicia y de una reparación efectiva para las víctimas, y su protección, así como el mantenimiento de archivos históricos de esas violaciones y la restitución de la dignidad a las víctimas mediante el reconocimiento público y la conmemoración de sus padecimientos forman parte integrante de la promoción y el ejercicio efectivo de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario y de la prevención de futuras violaciones y son un factor fundamental para garantizar un sistema de justicia justo y equitativo y, en definitiva, promover una reconciliación y una estabilidad justas en todas las sociedades, inclusive en las que se encuentran en situación de conflicto o posconflicto, y pertinente en el contexto de los procesos de transición”⁷⁵⁵.

Esa visión más amplia de la impunidad en el DI de los DDHH es la que justifica que, al tratar la naturaleza de la jurisdicción universal (*vid. supra* Capítulo I, apdo. IV, 3), nos refiramos también a su ejercicio como el derecho que tienen las víctimas a la tutela judicial efectiva y que está previsto tanto en el PIDCP como en el CEDH⁷⁵⁶ pues, al pretender el principio de jurisdicción universal combatir la impunidad en el ámbito de los DDHH, se convierte en una *medida nacional* y en un

⁷⁵⁵ *Impunidad*, Resolución de la Comisión de Derechos Humanos 2005/81, de 21 de abril de 2005, párrs. 1º y 3º, disponible en <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/BDL/2006/4347.pdf?view=1>.

⁷⁵⁶ Así, aunque Teresa VICENTE GIMÉNEZ señala que “el Principio de la Jurisdicción Universal, que sirve como instrumento de lucha contra la impunidad por crímenes contra la humanidad y la comunidad internacional, se amplía ahora, del castigo a los culpables, al reconocimiento de las víctimas a obtener justicia, verdad y reparación”, en nuestra opinión no se trata de una ampliación propiamente dicha, sino de una función intrínseca a la propia lucha contra la impunidad (“Sobre los nuevos paradigmas de la justicia penal: La justicia universal, la justicia restaurativa y la justicia transicional”, ORIHUELA CALATAYUD, E. (Coord.), *Crímenes internacionales y justicia penal. Principales desafíos*, Aranzadi, Navarra, 2016, pp. 23-50, p. 34).

instrumento útil de cooperación estatal⁷⁵⁷. Ya lo señaló el citado *Conjunto de principios actualizados para la protección y promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad*:

“la necesidad de adoptar (...) medidas nacionales e internacionales para que, en interés de las víctimas de violaciones de los derechos humanos, se asegure conjuntamente el respeto efectivo del derecho a saber que entraña el derecho a la verdad, el derecho a la justicia y el derecho a obtener reparación, sin los cuales no puede haber recurso eficaz contra las consecuencias nefastas de la impunidad”⁷⁵⁸.

Así, cuando un Estado prevé en su ordenamiento interno el ejercicio del principio de jurisdicción universal, está, por un lado, cooperando con el resto de Estados en la consecución de un necesario sistema penal internacional horizontal y, por otro, afirmando su solidaridad humana con las víctimas de los crímenes internacionales, lo que contribuye a reforzar la confianza de los ciudadanos en la justicia⁷⁵⁹. El ejercicio de la jurisdicción universal ayuda, en definitiva, a reducir aquellos lugares en los que los perpetradores de los crímenes más graves puedan esconderse y sentirse seguros⁷⁶⁰, reforzando así la prevención de violaciones de DDHH o DIH⁷⁶¹.

⁷⁵⁷ El principio de jurisdicción universal responde a la idea contemplada en el párrafo 4º del Estatuto de la CPI relativo a la adopción de medidas que intensifiquen la cooperación, siendo la adopción de tales medidas el objetivo de la justicia penal internacional. Su objetivo “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. Los principios del derecho internacional, que el sistema penal aporta, se translucen en herramientas adicionales que los Estados poseen para combatir la criminalidad transnacional o inclusive evitar que el mismo Estado incurra en abusos de autoridad” (CORZO, V. y CORZO, E., *óp. cit.*, p. 2).

⁷⁵⁸ *Conjunto de principios actualizados para la protección y promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad*, Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, E/CN.4/2005/102/Add.1, 8 de febrero de 2005, Preámbulo, párr. 8º, p. 1, disponible en http://ap.ohchr.org/documents/dpage_s.aspx?si=E/cn.4/2005/102/Add.1. Concluye Javier CHINCHÓN ÁLVAREZ que: “cuando referimos el concepto de impunidad a comportamientos calificables como crímenes de derecho internacional/violaciones a los derechos humanos su significado completo trasciende notablemente de la mera ausencia de castigo” (“El concepto de impunidad...”, *óp. cit.*, p. 30).

⁷⁵⁹ Y es que, “en el ámbito de la jurisdicción universal, la pena contribuye a reforzar la confianza de los ciudadanos en la efectividad y la tutela de la administración de justicia internacional y nacional, así como a intensificar la lucha contra la impunidad, demostrando que es posible combatirla desde la legalidad nacional e internacional, y a la protección de la paz, la seguridad y el bienestar de la humanidad” (PÉREZ CEPEDA, A., “Principio de Justicia penal universal *versus*...”, *óp. cit.*, p. 99).

⁷⁶⁰ “Es indispensable hacer saber claramente a los criminales contra la Humanidad que no podrán vivir tranquilos en ningún rincón de la tierra; que les será impedida la circulación o la estancia en cualquier Estado democrático. Esto debe formar parte, no sólo de una concesión a una opinión

Es en esa lucha contra la impunidad a través de medidas nacionales donde se reafirman los diversos principios jurídicos internacionales, entre los que destaca el de responsabilidad penal y el de jurisdicción universal⁷⁶², y se afianzan el Estado de Derecho y las libertades fundamentales de la persona humana en la Comunidad Internacional⁷⁶³. Y es que, en muchas ocasiones, los crímenes se llevan a cabo a través del propio aparato estatal, *de iure* o *de facto*, otorgándose el responsable *autoprotección* frente a la propia acción penal del Estado, lo que

pública indignada por actos de barbarie, sino de una política claramente definida. La forma más efectiva de aplicar el derecho internacional humanitario es la persecución y castigo de los delincuentes, a través de jurisdicciones nacionales o internacionales. En realidad, el derecho internacional depende precisamente de esa persecución y castigo” (LÓPEZ GARRIDO, D., “La impunidad nacional de los delitos de genocidio, terrorismo y tortura cometidos en Chile”, GARCÍA ARÁN, M. y LÓPEZ GARRIDO, D. (Coords.), *Crímen internacional y jurisdicción universal. El caso Pinochet*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, p. 60). En el mismo sentido, Xavier PHILIPPE: “No deben existir tablas de salvación para quienes han cometido [crímenes internacionales]” (“Los principios de jurisdicción universal...”, *óp. cit.*, p. 4); y Jordi NIEVA-FENOLL señala: “que no sólo las víctimas, sino la población en general, perciban que no hay lugar en el *orbe* que sea seguro para los responsables de atrocidades” (*óp. cit.*, p. 135). En cuanto a los crímenes de género, la reflexión siguiente nos es válida: “¿Cuántas legislaciones nacionales se han modificado o están dispuestas a modificarse para garantizar el pleno e igualitario acceso de las mujeres a la justicia, en lo que supondría también contemplar el principio de jurisdicción universal para conseguir que una persona responsable de estos hechos salvajes, denigrantes, atroces, de verdad no encuentre ningún refugio seguro en todo el planeta?” (RUBIO FERNÁNDEZ, E. M^a., “Crímenes internacionales de violencia sexual o por razón de género, acceso a la justicia y mujeres”, ORIHUELA CALATAYUD, E. (Coord.), *Crímenes internacionales y justicia penal. Principales desafíos*, Aranzadi, Navarra, 2016, pp. 141-189, p. 185). Un ejemplo de ello son las declaraciones que Nicolás Maduro, presidente de Venezuela, hizo al señalar que “no se arriesgaría [a asistir a la Cumbre de las Américas] a que un juez peruano observara el principio de jurisdicción universal para los crímenes que se le imputan” (“Diplomacia latinoamericana”, *El País*, 18 de febrero de 2018).

⁷⁶¹ También el CS, y en relación a las partes en conflicto armado, ha solicitado poner fin a la impunidad y, en concreto, “se ha referido a la lucha contra la impunidad como elemento del “enfoque global para alcanzar la paz (sostenible), la justicia, la verdad y la reconciliación nacional” y, en los últimos años, ha resaltado el papel que en el fin de la impunidad han tenido la Corte Penal Internacional, los tribunales especiales y mixtos y las salas especializadas de los tribunales nacionales” (Doc. S/PRST/2004/40, de 28 de octubre, párr. 4, Doc. S/PRST/2007/40, párr. 15, Doc. S/RES/1820 (2008), párr. 4 y Doc. S/PRST/2012/3, párr. 7 en RUBIO FERNÁNDEZ, E. M^a., “Crímenes internacionales de violencia sexual...”, *óp. cit.*, p. 177). Pero además, añade la autora la siguiente reflexión: “Esta referencia permite plantearse si los miembros del Consejo de Seguridad desean meramente resaltar y debidamente reconocer la labor que estas instituciones están desarrollando en aras de la aplicación del Derecho Internacional (...), o si también están mandando el mensaje de que son los tribunales internacionales, internacionalizados y nacionales de los Estados partes en el conflicto los más adecuados para conocer de estos crímenes internacionales, obviando voluntariamente la aportación que a la vigencia del ordenamiento jurídico internacional y la protección de los derechos de las víctimas se ha producido por parte de otros tribunales en virtud del principio de jurisdicción universal”.

⁷⁶² HUNTER, E., ESTRADA-TANCK, D. y PIQUÉ, M^a. L., “‘Nunca Más’: Conectando las Posiciones Latinoamericanas Sobre Impunidad con la Complementariedad Positiva Utilizando Recursos Tecnológicos”, *TOAEP. Policy Brief Series*, núm. 16, 2013, pp. 1-4, p. 2.

⁷⁶³ PÉREZ CEPEDA, A., “Principio de Justicia penal universal *versus*...”, *óp. cit.*, p. 89. En el mismo sentido, AMBOS, K., “Enjuiciamiento de crímenes internacionales en el nivel nacional e internacional: entre Justicia y *Realpolitik*”, *Política Criminal*, núm. 4, 2004, pp. 1-16, p. 12.

dificulta gravemente su persecución⁷⁶⁴ y da lugar a la perpetuación de la situación de impunidad, lo que conlleva un cambio de rol de justicia:

“Las acciones judiciales nacen de la propia impunidad ante el reclamo de justicia por parte de las víctimas, pero se torna en ausencia de toda justicia al perseguir ésta a las víctimas y negarles todo el acceso a la tutela judicial efectiva”⁷⁶⁵.

En estas situaciones, en las que el propio Estado se siente incapaz de administrar justicia, o simplemente no quiere, es cuando se puede acudir al ejercicio de la jurisdicción universal por los jueces nacionales.

Existe, además, una incipiente doctrina que hace alusión al ejercicio de la jurisdicción universal para establecer la responsabilidad, no sólo de las personas físicas, sino también de las jurídicas, pues “se ha demostrado que las graves violaciones de los Derechos Humanos pueden ser y son cometidas también con la complicidad de empresas”⁷⁶⁶. De hecho, los Principios de Madrid-Buenos Aires en su principio 6⁷⁶⁷, convierten el principio de jurisdicción universal en un instrumento de lucha contra la impunidad de personas físicas y jurídicas.

⁷⁶⁴ “La posición del sujeto activo en la estructura de poder del Estado donde se ha cometido el crimen, imposibilita generalmente la persecución de los mismos, bien porque ejerce el poder, bien porque ostenta la capacidad suficiente para anular o contrarrestar cualquier acción judicial. Esta imposibilidad en el plano de la legalidad se traslada a todos los poderes del Estado. Por un lado, el ejecutivo dictará cuantas medidas sean necesarias (por ejemplo, indultos), y trasladará al legislativo la necesidad del dictado de leyes que garanticen la impunidad de los autores de los crímenes, impidiendo, por este pernicioso efecto, el inicio o la continuación en la tramitación de causa judicial alguna” (OLLÉ SESÉ, M., *Justicia universal para...*, *óp. cit.*, p. 143). En el mismo sentido, PIGRAU SOLÉ, A., “¿Qué Tribunal Internacional Penal?”, *Jueces para la democracia*, vol. 31, 1998, pp. 73-80, p. 75.

⁷⁶⁵ OLLÉ SESÉ, M., *Justicia universal para...*, *óp. cit.*, p. 275. Y es que “la cuestión de la impunidad configura el eje del debate entre las dos partes que buscan un equilibrio imposible de lograr entre la lógica del olvido que impulsa al antiguo opresor y la lógica de la justicia que alienta a la víctima”, *La cuestión de la impunidad de los autores de violaciones de los derechos humanos (civiles y políticos)* o Informe Joinet, Comisión de Derechos Humanos (E/CN.4/Sub.2/1997/20/Rev.1), de 2 de octubre de 1997, párr. 4º.

⁷⁶⁶ La Resolución del Consejo de Derechos Humanos *Elaboración de un instrumento internacional jurídicamente vinculante sobre las empresas transnacionales y otras empresas comerciales en materia de derechos humanos*, Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección de las minorías (A/HRC/26/L.22/Rev.1), de 25 de junio de 2014, disponible en <http://undocs.org/es/A/HRC/26/L.22/Rev.1>, es una *prueba* del camino que se está construyendo en la lucha contra la impunidad de las empresas, si bien es necesario resolver previamente dos cuestiones: el alcance de la responsabilidad de las personas jurídicas y el acceso a la justicia de las víctimas de los actos cometidos por personas jurídicas (MARULLO, M^a. CH., “La lucha contra la impunidad...”, *óp. cit.*, pp. 30 y ss.).

⁷⁶⁷ “Principio 6- Responsabilidad penal y/o civil: 1. Las personas físicas o jurídicas podrán ser responsables penal y/o civilmente por acción u omisión de los crímenes enunciados en los principios 2, 3 y 4 cualquiera que haya sido la forma y grado de participación o encubrimiento y sin

Podría, en suma, concluirse, que la impunidad de los sujetos no sólo ha encontrado un límite en la jurisdicción internacional con la creación de los tribunales de Núremberg y Tokio, con la instauración de la CPI y los tribunales *ad hoc* posteriores, sino también con los tribunales nacionales de los Estados que contemplan el principio de jurisdicción internacional en su legislación, posibilidad que ha sido optimizada tras la adopción del *Estatuto* de la CPI y la adecuación por los Estados de su legislación interna a los tipos penales recogidos en él⁷⁶⁸. Ahora bien, por más que resulte positiva esta posibilidad de actuación de los jueces nacionales, si una situación sólo encuentra remedio cuando se acude a estos para que ejerzan la jurisdicción universal, es síntoma de que la cosas ante la CPI no funcionan tan bien como sería deseable⁷⁶⁹.

perjuicio de la responsabilidad civil que pudieran tener los Estados. (...) 3. La responsabilidad penal de las personas jurídicas (...) deberá estar reconocida en el derecho interno o internacional con independencia del enjuiciamiento y, en su caso, condena de las personas físicas que hubieren cometido materialmente el delito. En el caso de que la responsabilidad penal de las personas jurídicas no estuviere prevista, responderán los representantes legales o de hecho de las mismas”, *Principios de Madrid – Buenos Aires de Jurisdicción Universal*, FIBGAR, 2015.

⁷⁶⁸ CERVELL HORTALL, M^a. J., *Genocidio, responsabilidad internacional...*, *óp. cit.*, p. 97.

⁷⁶⁹ “Ciertamente, cuando sólo cabe perseguir a los criminales acudiendo al juez *universal* la situación es francamente mala. Falla la CPI, que se mueve dentro de límites subjetivos, objetivos y temporales insuperables y puede ser, incluso, paralizada por decisiones políticas del Consejo de Seguridad, algunas de las cuales han sido en el pasado abominables; y fallan, por supuesto, los jueces de los países conectados con el crimen. Cuando son sus agentes los responsables apenas es posible concebir en ellos un poder judicial capaz, dotado, independiente y decidido a actuar” (REMIRO BROTONS, A., “Malos tiempos para...”, *óp. cit.*, pp. 391-410 (versión cedida por el autor, pp. 1-21, p. 19). En el mismo sentido, Esperanza ORIHUELA CALATAYUD señala que si la CPI tuviera la competencia necesaria o los Estados *ius puniendi* respecto a los crímenes internacionales con un “vínculo significativo” no sería necesario reconocer el ejercicio de la jurisdicción universal. Sin embargo, el principio universal constituye, en ocasiones, la única forma de combatir la impunidad (“La regulación de la jurisdicción universal en España...”, *óp. cit.*, p. 286).

PARTE SEGUNDA

La jurisdicción universal en la práctica. Especial referencia al caso

CAPÍTULO III

. La actualidad de la práctica de la jurisdicción universal

“Esta lucha ética de los jueces frente a la
lucha estética de los gobiernos”

Pablo A. Fernández, 2013

I. PRINCIPALES OBSTÁCULOS A LA JURISDICCIÓN UNIVERSAL

El hecho de que el principio de jurisdicción universal, presente en algunos tratados internacionales e, incluso, en el DI consuetudinario (*vid. supra* Capítulo I, apdo. III, 2), no sea recogido de forma homogénea en los ordenamientos internos de los Estados, conlleva que cada Estado ejerza el principio de acuerdo a las condiciones que entiende más adecuadas para la aplicación efectiva de su *ius puniendi* y también, digámoslo así, para el mantenimiento pacífico de sus relaciones diplomáticas. Sin embargo, en la evolución del ejercicio del principio universal, esas condiciones han comenzado a convertirse en una serie de disposiciones que dificultan cada vez más el ejercicio del principio de jurisdicción universal entendido puro (*vid. supra* Capítulo I, apdo. I, 3) convirtiéndose así en obstáculos a la acción del mismo y que pueden tener su origen en el poder legislativo, en el poder judicial y, principalmente, en el ejecutivo.

1. LA VÍA LEGISLATIVA

La producción de normas para modificar el ejercicio del principio de jurisdicción universal ha sido hasta hoy la vía más recurrente en los diversos Estados. Es así como, a través de las normas internas, los Estados han legislado una serie de condiciones que, si bien no tienen nada que ver con la finalidad del principio de jurisdicción universal, y nada aportan a su ejercicio, se han convertido en trabas que lo obstaculizan a discreción de las circunstancias (fundamentalmente políticas) del momento⁷⁷⁰, con el consiguiente vacío de fundamento y derogación *de facto* del principio. Entre las diversas disposiciones domésticas podemos encontrar: establecimiento de nexos con el Estado que ejerce la persecución universal, señalamiento de inmunidades de carácter personal, dispositivos que controlan la iniciativa en el ejercicio de la jurisdicción universal, prescriptibilidad de los crímenes de DI y amnistías, así como otras cláusulas entre las que se encuentran la prohibición de la extradición o el establecimiento de la necesidad de que una autoridad debidamente designada autorice (o no) el inicio del procedimiento a través del principio universal. Y, además, se suelen combinar entre ellas; es decir, es fácil que en una norma interna se recoja el principio de jurisdicción universal sólo ejercido por el Fiscal y exigiéndose el cumplimiento de ciertos vínculos establecidos para el crimen concreto.

1.1 El establecimiento de nexos estatales: los vínculos de conexión

Frente a la jurisdicción universal pura, los llamados *nexos de conexión* suelen establecerse en aquellos Estados que recogen una jurisdicción universal *relativa, restrictiva, limitada o condicionada* exigiendo para su ejercicio unos nexos entre el Estado que la ejerce y el crimen cometido, de forma que la ley interna del Estado que ejercita su *ius puniendi* fuera de su territorio debe cumplir con, al menos, una o varias condiciones que la misma haya establecido (*vid. supra* Capítulo

⁷⁷⁰ Es interesante la clasificación que ha hecho Margarita ROBLES CARRILLO acerca de las tres formas de desactivación que ha sufrido el principio de justicia universal a través de la vía legislativa: a) Los llamados vínculos de conexión. b) La creación de dispositivos que controlan la jurisdicción universal, como ha sido el caso de Reino Unido o Alemania. c) Una combinación de las dos formas anteriores (*óp. cit.*, pp. 86-87).

I, apdo. I, 3)⁷⁷¹. Estos límites, frenos u obstáculos al ejercicio de la jurisdicción universal han sido llamados también, desde un punto de vista menos diplomático, “ataques” o “asaltos”⁷⁷², pues son el claro indicio de que su utilización, en la actualidad, nos lleva al declive del principio de jurisdicción universal, pudiéndolo reducir a una mera *anécdota jurídica*⁷⁷³.

Como ya adelantamos, la jurisdicción universal condicionada no constituye una verdadera jurisdicción universal, entendiendo que lo único a lo que conllevan estos vínculos es al establecimiento de límites que obstaculizan la persecución de los crímenes más graves, olvidando así que el ejercicio de la misma está fundamentado sólo en la especial gravedad de los crímenes, único requisito para su puesta en marcha⁷⁷⁴. Establecer el ejercicio del principio universal condicionado al plano de los nexos con el Estado que lo ejerce (establecidos arbitrariamente por la ley interna) y no condicionados al plano en el que reside su fundamento (especial gravedad del crimen) puede llevar a una derogación *de facto* y a un vacío del fundamento del principio universal, lo que nos lleva a pensar que, o bien se desconoce la teoría general básica del principio de jurisdicción universal, o se

⁷⁷¹ También conocidos por la doctrina e, incluso, la jurisprudencia como “vínculo auténtico”, “vínculo sustancial y de *bona fide*”, “contacto legitimante” o “un contacto tan estrecho con los hechos que sea compatible con los principios de no intervención y de proporcionalidad” (OLLÉ SESÉ, M., *Justicia universal para...*, *óp. cit.*, pp. 347-348). Además, ya habíamos puesto de manifiesto (*vid. supra*, Capítulo I, apdo. I, 1) cómo la CIJ había comprobado la existencia de los *real link* o *genuine connection* en el asunto *Nottebohm* (Sentencia de 6 de abril de 1955, *ICJ Reports 1955*, párr. 23) y en el asunto *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited* (Sentencia de 5 de febrero de 1970, *ICJ Reports 1970*, párr. 42).

⁷⁷² Corresponden respectivamente a CASSESE, A., “When May Senior State Officials Be Tried for International Crimes? Some Comments on the Congo v. Belgium Case”, *EJIL*, vol. 2013, 2002, pp. 853-875 y REMIRO BROTONS, A., “Malos tiempos para...”, *óp. cit.*, pp. 391-410 (versión cedida por el autor, pp. 1-21, p. 8).

⁷⁷³ RUBIO FERNÁNDEZ, E. M^a., *óp. cit.*, p. 153.

⁷⁷⁴ En este sentido, Manuel OLLÉ SESÉ señala diferencias para el caso de que la jurisdicción universal se ejerza respecto a crímenes internacionales de segundo grado, en cuyo caso estará ésta sometida a una serie de requisitos; mientras que si es ejercida respecto a los crímenes de primer grado, ésta “no está sujeta a ningún nexo de conexión con el Estado que la ejerce, requiere la ausencia de cosa juzgada y su ejercicio es relativamente concurrente respecto de otras jurisdicciones domésticas o internacionales” (*Justicia universal para...*, *óp. cit.*, p. 145). Si bien, volvemos a recordar (*vid. supra* Capítulo II, apdo. I, 3) que en nuestra opinión sólo existe auténtica jurisdicción universal cuando no se requiere vínculo alguno para su ejercicio, tal y como ocurre con los crímenes de primer grado y así lo señala el principio 1 de los *Principios de Princeton* (“For purposes of these Principles, universal jurisdiction is criminal jurisdiction based solely on the nature of the crimen, 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”) y el principio 13 de los *Principios de Bruselas* (“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”) ya estudiados (*vid supra* Capítulo I, apdo. I, 2).

conoce tan acertadamente que se es capaz de entender las consecuencias que su ejercicio puede conllevar para el Estado que lo ejerce, sobre todo, si al otro lado está uno de los Estados poderosos de la Comunidad Internacional.

Los *vínculos de conexión* propiamente dichos que han ido estableciendo los Estados son: que sea un crimen que se cometa en su territorio, que el autor o la víctima sean nacionales del Estado que ejercita la jurisdicción universal y que afecte a un bien o interés del propio Estado ejerciente. Éstos pueden exigirse para un mismo crimen en las legislaciones internas pero siempre de forma alternativa y nunca acumulativa. Ahora bien, si analizamos estos vínculos vemos como, en realidad, no resultan ajenos. De hecho, se han analizado con anterioridad al corresponderse con los distintos títulos jurisprudenciales con los que cuenta un Estado para ejercer su *ius puniendi* fuera de sus fronteras (*vid supra* Capítulo I, apdo. I, 1). Al establecer la ley vínculos de conexión con el Estado para ejercer el principio de jurisdicción universal, lo que verdaderamente se está haciendo es llamar jurisdicción universal a una acción que en realidad responde a la finalidad del nexo que haya establecido el Estado: el principio de personalidad activa, el principio de personalidad pasiva y el principio real; o, lo que es lo mismo, anular o vaciar de contenido su fundamento natural, obviando el porqué de la jurisdicción universal⁷⁷⁵, pues no se trata de tener en cuenta quienes cometieron el crimen ni contra quienes, ni si afecta a los intereses de un solo Estado, sino que, independientemente de nacionalidades o intereses, es la gravedad de los crímenes en sí mismos la verdadera razón del ejercicio de la jurisdicción universal. No olvidemos que el Estado que la ejerce no lo hace en defensa de sus intereses nacionales o de sus nacionales sino que lo hace en defensa de los intereses, valores y principios de la Comunidad Internacional, erigiéndose en representante de la misma contra los responsables de los crímenes más graves⁷⁷⁶.

¿Qué justificación se ha dado desde el Estado para el establecimiento de estos vínculos de conexión en el ejercicio de la jurisdicción universal? La respuesta es doble. Por un lado, nos encontramos con una justificación jurídica que consiste

⁷⁷⁵ Así lo hemos señalado al elaborar un concepto de principio de jurisdicción universal y así lo ha puesto de manifiesto el principio 1 de los Principios de Princeton (*vid supra* Capítulo I, apdo. III, 1).

⁷⁷⁶ “La mayor legitimidad del reconocimiento del principio de jurisdicción universal radica, precisamente, en que no está basado en la defensa de intereses propios sino comunes” (OLLÉ SESÉ, M., “La aplicación del Derecho Penal Internacional...”, *óp. cit.*, p. 142).

en impedir que un Estado se convierta en una *segunda CPI*⁷⁷⁷ o, incluso, en una *Policía Mundial*, señalando la dificultad que supone la instrucción de hechos ocurridos en otro país o sin que el presunto responsable esté presente⁷⁷⁸. Por otro lado, nos encontramos con una justificación política: que se trate de un principio más simbólico, prácticamente inoperable, teniendo en cuenta las importantes consecuencias diplomáticas que el ejercicio de la jurisdicción universal pura conlleva⁷⁷⁹ (*vid. infra* 3).

Ahora bien, a pesar de todo lo expuesto, en la actualidad la tendencia va en aumento y las últimas modificaciones del principio de jurisdicción universal en este sentido se han dado respecto de las regulaciones más laxas del principio de

⁷⁷⁷ Así lo señala profesora Alicia GIL GIL: “Evidentemente la AN no puede convertirse en la Corte Penal Internacional, pues no tiene capacidad ni jurídica, ni material, ni política para llevar a cabo tal tarea. Pero en la denegación de jurisdicción para todos estos supuestos que se presentaron tras la apertura del sumario Chile-Argentina (Guatemala, Fidel Castro, Perú) se han manejado los criterios más variados, que han dejado insatisfechos y perplejos a los demandantes, cuando hubiera sido más fácil en la mayoría de los casos hacer una adecuada interpretación de los tipos y en otras ocasiones se debería sin más haber admitido la jurisdicción” (“La sentencia de la Audiencia Nacional...”, *óp. cit.*, pp. 17-18). Y también Mercedes GARCÍA ARÁN, frente a los que ponen de manifiesto su miedo a que la AN se pueda convertir en una CPI, señala que es preciso analizar este miedo para evitar mayores límites al principio universal. Comienza señalando que para evitar lograr que los órganos judiciales internos se conviertan en una CPI lo que hay que hacer es que la CPI funcione y bien, esto es, ejerciendo sus competencias de forma activa. Sin embargo, apunta, si la CPI no quiere o no puede intervenir, el ejercicio de la jurisdicción extraterritorial española no debe ser rechazada: “en primer lugar, porque con tal actuación se hace efectivo el compromiso asumido por España para evitar la impunidad de los crímenes internacionales. En segundo lugar, porque de lo que se trata es de que el sistema español de justicia universal se integre en una justicia global en la que también otros Estados terminen por ejercer sus competencias en defecto de la CPI. Y, por último, porque figurar entre los países comprometidos en la justicia universal hasta el punto de ejercerla como complemento de la CPI, no constituye un baldón que hay que temer, sino, obviamente, todo lo contrario” (“Complementariedad recíproca y justicia global: España...”, *óp. cit.*, pp. 280-281).

⁷⁷⁸ “La preocupación (que ya es cuestionable como tal), radica en la posibilidad de que los Tribunales españoles se vean convertidos en perseguidores de crímenes internacionales cometidos en otros territorios, si no se pone coto a las denuncias de víctimas que, animadas por el caso *Pinochet*, acuden a la jurisdicción española para que siga aplicando lo que prevé el art. 23.4 LOPJ, porque quieren acabar con una impunidad frente a la que ni los tribunales territoriales ni los internacionales tienen nada que hacer (...). Esta preocupación es traducible a términos coloquiales como la que teme que la Audiencia Nacional española se constituya en una Corte Penal Internacional paralela” (GARCÍA ARÁN, M., “Complementariedad recíproca y justicia global: España...”, *óp. cit.*, pp. 269-270). Y así lo señala también la Sentencia de la Sala de lo Penal del TS, núm. 327/2003, de 25 de febrero, Fundamento de Derecho 9º: “Hoy tiene un importante apoyo en la doctrina la idea de 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 limite la extensión extraterritorial de su jurisdicción”.

⁷⁷⁹ “En cualquier caso, y muestra de la, a pesar de todo, juventud del principio, el proceso de su plasmación y consolidación en las regulaciones nacionales no está de ningún modo cerrado”, (RODRÍGUEZ YAGÜE, C., “La justicia universal...”, *óp. cit.*, pp. 24-25).

jurisdicción universal en dos Estados europeos: Bélgica⁷⁸⁰ y España. En España, fue la *Ley Orgánica 1/2009, de 3 de noviembre, complementaria de la Ley de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina judicial*⁷⁸¹ la que por primera vez estableció diversos vínculos que debían estar presentes ante el ejercicio de la jurisdicción universal (*vid. infra* Capítulo IV, apdo. I, 3). Sin embargo, el establecimiento de algunos de estos vínculos de conexión ya fue anunciado judicialmente en la Sentencia del TS en el asunto *Guatemala*:

“La existencia de una conexión con un interés nacional como elemento legitimador, en el marco del principio de justicia universal, modulando su extensión con arreglo a criterios de racionalidad y con respeto al principio de no intervención. En estos casos podría apreciarse una relevancia mínima del interés nacional cuando el hecho con el que se conecte alcance una significación equivalente a la reconocida a otros hechos que, según la ley interna y los tratados, dan lugar a la aplicación de los demás criterios de atribución extraterritorial de la jurisdicción penal. (...) Esta atribución deberá apreciarse en relación directa con el delito que se utiliza como base para afirmar la atribución de jurisdicción”⁷⁸².

Es decir, el tribunal admitía un vínculo que uniera el crimen con el Estado español: que la víctima fuera nacional español o bien que el presunto responsable se encontrara en territorio español. La Sentencia es, de hecho criticable en este punto, sobre todo por establecer como conexión con el interés nacional el hecho de que la

⁷⁸⁰ Sobre las modificaciones de la ley belga en abril de 2003 puede consultarse: LÓPEZ-JACOISTE DÍAZ, M^a. E., “Comentarios a la ley belga de jurisdicción universal para el castigo de las violaciones graves del Derecho Internacional Humanitario reformada el 23 de abril de 2003”, *REDI*, vol. 55, núm. 2, 2003, pp. 839-848; SALINAS BURGOS, H., “El principio de jurisdicción universal...”, *óp. cit.*, pp. 107-134; y PASCULLI, M^a. A., *óp. cit.*, pp. 216 y ss.

⁷⁸¹ *Ley Orgánica 1/2009, de 3 de noviembre, complementaria de la Ley de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina judicial, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial*, BOE núm. 266, de 4 de noviembre de 2009.

⁷⁸² Sentencia de la Sala de lo Penal del TS, núm. 327/2003, de 25 de febrero, Fundamento de Derecho 10^o. “El argumento del TS conduce a estimar que el principio de justicia universal no se basa en la protección de bienes de la comunidad internacional, sino que exige para su operatividad, la existencia de un “punto de conexión directo” con intereses nacionales”, negando lo que se entendía hasta ahora por “la reclamación de justicia internacional” contenida en el art. 23.4 de la LOPJ (GARCÍA ARÁN, M., “Complementariedad recíproca y justicia global: España...”, *óp. cit.*, pp. 255-281, p. 269). “Unos límites para la aplicación del principio de jurisdicción universal cuando el mismo ha sido decidido unilateralmente por un Estado en atención a la naturaleza del delito pero no viene reconocido en el Derecho internacional convencional”, GIL GIL, A., “La sentencia de la Audiencia Nacional...”, *óp. cit.*, p. 12.

víctima tenga nacionalidad española; es decir, el principio de personalidad pasiva, que no está recogido en nuestra LOPJ (*vid. infra* 2).

Más tarde, el TC propinó un buen tirón de orejas al TS en relación a los nexos establecidos en el asunto *Guatemala*, recordando la existencia en nuestra legislación de un principio universal absoluto basado en la especial naturaleza grave del crimen:

“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 concepto), desborda los cauces de lo constitucionalmente admisible desde el marco que establece el derecho a la tutela judicial efectiva consagrado en el art. 24.1 CE, en la medida en que supone una reducción *contra legem* a partir de criterios correctores que ni siquiera implícitamente pueden considerarse presentes en la ley y que, además, se muestran palmariamente contrarios a la finalidad que inspira la institución, que resulta alterada hasta hacer irreconocible el principio de jurisdicción universal según es concebido en el Derecho internacional, y que tiene el efecto de reducir el ámbito de aplicación del precepto hasta casi suponer una derogación de *facto* del art. 23.4 LOPJ”⁷⁸³.

A pesar de lo señalado por el TC, el TS volvió a poner de manifiesto que el “riesgo de abusar del principio universal estaba haciendo que los Estados tomaran decisiones acerca de la necesidad de establecer “puntos de contacto adicionales” que limiten el alcance del principio” (asunto *Falun Gong*)⁷⁸⁴ y, añadió, entre las diversas consecuencias de esos abusos se encuentra el *forum shopping* (*vid. infra* apdo. II. 2).

Pasando ahora a analizar los vínculos de conexión propiamente dichos, el primero de ellos hace referencia al hecho de que *el presunto autor sea nacional del Estado* que ejerce la persecución universal. Estamos, en realidad, ante una

⁷⁸³ Sentencia de la Sala Segunda del TC, núm. 237/2005, de 26 de septiembre, Fundamento de Derecho 8º. Que el fundamento del principio de jurisdicción universal se encuentra en la especial naturaleza del crimen también fue puesto de manifiesto por el voto particular de la Sentencia de la Sala de lo Penal del TS, núm. 327/2003, de 25 de febrero. Sin embargo, en el mismo, que señaló su preocupación por el hecho de que los tribunales españoles se convirtieran en un tribunal universal, se apostó también por limitar el principio de jurisdicción universal atendiendo al *criterio de la razonabilidad* (*vid. infra* 2).

⁷⁸⁴ Sentencia de la Sala de lo Penal del TS, núm. 645/2006, de 20 de junio, Fundamento de Derecho 2º, apdo. 10º.

confusión de títulos jurisdiccionales de aplicación extra territorial de la ley penal de un Estado, en concreto, entre el principio de personalidad activa y el principio de jurisdicción universal. Dicho vínculo, como señala Carmen VALLEJO, está basado en “la autoridad soberana de un Estado respecto de sus nacionales”, siendo éste un título de jurisdicción *tradicional* y plenamente asentado⁷⁸⁵. El segundo nexo es aquel en el que *la víctima o víctimas deben tener la nacionalidad del Estado* que ejerce la jurisdicción universal, también conocido como *principio de personalidad pasiva restringido*⁷⁸⁶. En realidad, al exigir este vínculo lo que realmente se hace es confundir el principio de jurisdicción universal con el principio de personalidad pasiva, que no es muy frecuente en los diversos ordenamientos jurídicos. ¿Qué mensaje se lanza con el establecimiento de este requisito para el ejercicio de la jurisdicción universal? ¿Sólo los nacionales de un país que hayan sufrido un crimen grave de DI serán protegidos por su propio Estado? ¿A quién está representando, entonces, este Estado? La respuesta no es, desde luego, a la Comunidad Internacional y se olvida así que la jurisdicción universal no mira hacia víctimas concretas sino hacia cualquiera que sufra los horrores de los crímenes más graves, incluso los apátridas. Pero más criticable aún es el establecimiento de este nexo en determinadas legislaciones que dan cabida en el concepto “ser nacional del Estado” a aquellos que tienen la residencia, siendo indiferente si se trata de una nacionalidad de origen o adquirida *a posteriori*⁷⁸⁷. Es este el caso belga, que equipara la nacionalidad con la residencia de larga duración. Ahora bien, ante el establecimiento de este requisito para el ejercicio de la jurisdicción universal es importante determinar qué momento es el que debería tenerse en cuenta para determinar la nacionalidad de la víctima: el de padecer los hechos o el momento de la presentación de la querrela (si se hiciera posteriormente). Si sólo se tuviera en cuenta este último, podríamos estar ante una vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva⁷⁸⁸. Por otro lado, es también importante acoger un concepto amplio de víctima, ya que una interpretación

⁷⁸⁵ VALLEJO PEÑA, C., *El estado de la jurisdicción universal en el Derecho...*, *óp. cit.*, p. 89.

⁷⁸⁶ OLLÉ SESÉ, M. y LAMARCA PÉREZ, C., “Análisis de la regulación actual del principio de justicia universal y propuestas de *lege ferenda*”, PÉREZ CEPEDA, A. (Dir.), *El principio de Justicia Universal: Fundamentos y límites*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, pp. 619-667, p. 646.

⁷⁸⁷ OLLÉ SESÉ, M. y LAMARCA PÉREZ, C., “Análisis de la regulación actual...”, *óp. cit.*, pp. 646-647.

⁷⁸⁸ DEL CARPIO DELGADO, J. S., “El principio de justicia universal en España tras la reforma de 2009”, *La Ley*, núm. 7307, diciembre 2009, p. 20.

estricta de la ley nos lleva a entender que, al no haber referencia al sujeto pasivo u ofendido, se está adoptando un concepto de víctima amplio *per se* (un concepto inclusivo). Este concepto de víctima amplio sería el considerado en los *Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones*, también conocidos como *Principios de Van Boven y Bassiouni* (*vid. supra*, Capítulo I, apdo. IV, 3). En concreto, recordemos, el principio y directriz 8 señala:

“A los efectos del presente documento, se entenderá por víctima a toda persona que haya sufrido daños, individual o colectivamente, incluidas lesiones físicas o mentales, sufrimiento emocional, pérdidas económicas o menoscabo sustancial de sus derechos fundamentales, como consecuencia de acciones u omisiones que constituyan una violación manifiesta de las normas internacionales de derechos humanos o una violación grave del derecho internacional humanitario. Cuando corresponda, y en conformidad con el derecho interno, el término “víctima” también comprenderá a la familia inmediata o las personas a cargo de la víctima directa y a las personas que hayan sufrido daños al intervenir para prestar asistencia a víctimas en peligro o para impedir la victimización. (...) con independencia de si el autor de la violación ha sido identificado, aprehendido, juzgado o condenado y de la relación familiar que pueda existir entre el autor y la víctima”.

Este concepto de víctima, al señalar por ejemplo la familia, no sólo comprendería la *familia tradicional* sino también los cónyuges de hecho o las familias de acogida, las asociaciones o las comunidades⁷⁸⁹. No se entiende, por tanto, cómo la AN en el asunto *Siria* señalara que la hermana de la víctima no tiene capacidad procesal para la interposición de la querrela⁷⁹⁰. ¿Es que acaso en

⁷⁸⁹ OLLÉ SESÉ, M. y LAMARCA PÉREZ, C., “Análisis de la regulación actual...”, *óp. cit.*, p. 647. Así, en el asunto *los jesuitas de El Salvador*, el Juzgado Centra núm. 6 de la AN incluyó en el concepto de víctima (por los asesinos de los jesuitas) a “la propia orden religiosa”.

⁷⁹⁰ El pasado 27 de marzo de 2017, el juez instructor de la AN, Eloy VELASCO, admitió a trámite la querrela presentada por la española Amal Hag-Hamdo Anfalis contra nueve miembros de las fuerzas de seguridad e inteligencia del Estado sirio por un presunto delito de desaparición forzada y terrorismo en relación con su hermano, nacional sirio, que fue encontrado entre las fotos del *Informe César* (archivo fotográfico con más de 50.000 fotografías que un policía militar sirio desertor fue realizando en diversos centros de detención sirios). Sin embargo, la Fiscalía recurrió la admisión de la querrela entendiendo, por un lado, que la AN no era competente, pues España carecía de jurisdicción sobre los hechos (crímenes de lesa humanidad, torturas y desapariciones

Derecho español ser la víctima indirecta de un crimen significa no estar legitimado para presentar una querrela en relación a dicho crimen? Quizá deberíamos preguntarnos cuántas veces se ha considerado víctima de terrorismo en España a la hermana de una víctima de ETA.

En tercer y último lugar, debemos hacer alusión al hecho de *que exista un vínculo de conexión relevante con el Estado* que ejerce la jurisdicción universal. Este es, con diferencia, el vínculo más indeterminado de todos los que se han establecido, de ahí que debamos preguntarnos qué es un vínculo de conexión relevante con el Estado. *A priori* pronto se nos revela un concepto jurídico abstracto que, por tanto, afecta a la seguridad jurídica. En la jurisprudencia española se ha entendido que puede estar haciendo referencia “a los vínculos culturales, históricos, sociales, lingüísticos, jurídicos y de toda índole”⁷⁹¹. Incluso, junto a los vínculos citados relativos al haber pertenecido a una misma nación como sería el asunto *Guatemala*, la doctrina añade los vínculos o *relaciones comerciales*; aunque quizá, bien visto, en este último caso, más que vínculos, como señalan Manuel OLLÉ y Carmen LAMARCA, estemos ante obstáculos jurídicos diplomáticos. Ahora bien, volvemos a insistir en que el fundamento del principio

forzadas) y, por otro, la Fiscal Teresa Sandoval señaló que no se puede considerar a Amal Hag-Hamdo víctima directa de nacionalidad española, sino su hermano fallecido (persona que sufre directamente los hechos). En mayo de 2017, la querellante solicitó, a través de un escrito remitido a la AN, que fuera el Pleno de la Sala de lo Penal el que resolviera el recurso presentado por la Fiscalía y estableciera qué hechos son crímenes internacionales y cuál es el concepto material de víctima, entendiendo que es necesaria una unidad de criterio en estos aspectos. La Sala de lo Penal de la AN, reunida en Pleno el pasado 21 de julio, Auto de la AN, núm. 799/2017, de 21 de julio, estimó el recurso presentado por la Fiscalía contra la admisión de la querrela que recogía la condición de “víctima indirecta”, entre otros motivos, pues para tener legitimación en la presentación de la querrela la víctima debe ser el “sujeto pasivo del delito” y además, de acuerdo a los criterios establecidos por la LO 1/2014 (*vid. infra* Capítulo IV, apdo. II, 1), la víctima debe ser un nacional español, extranjero que resida en España de forma habitual o un extranjero que se encuentre en España y que se hubiera denegado su solicitud de extradición por el Estado español. Entre los votos particulares emitidos por cinco magistrados de la AN, el de la magistrada Clara Bayarri señala que con dicha decisión lo que se hace es crear un “espacio de impunidad contrario a derecho” (“Cinco magistrados sostienen que la jurisdicción universal permite a la AN investigar la querrela por terrorismo en Siria”, *diariolaley*, 6 de septiembre de 2017). Sobre la querrela siria puede consultarse: BERNABEU GARCÍA, A., “La querrela siria ante la Audiencia Nacional de España”, *Teoría y derecho: revista de pensamiento jurídico*, núm. 21, 2017, pp. 213-224.

⁷⁹¹ Así lo señalaba el Voto Particular de la Sentencia de la Sala de lo Penal del TS, núm. 327/2003, de 25 de febrero, Fundamento de Derecho 12º, relativo al genocidio en Guatemala. En el mismo se insiste: “ha de tenerse en cuenta que una regla relevante en estos supuestos es la de la facilidad para el enjuiciamiento, y en el caso actual la comunidad jurídica y lingüística avalan la mayor efectividad de la intervención jurisdiccional, respecto de otros países que no pertenezcan a esta comunidad cultural. Debe insistirse en que no es esta comunidad lingüística la que determina la competencia, sino el principio de jurisdicción universal y la naturaleza del delito, pero resulta claro que la pertenencia a esta comunidad impide considerar ajeno y carente en absoluto de conexión con nuestro país lo ocurrido a la etnia maya”.

universal no es defender aquellos Estados con los que existe un vínculo de conexión relevante, por lo que es inadecuada su utilización, entendiéndose que podría llegar a confundirse con el ya analizado principio de protección real.

1.2 La inmunidad de jurisdicción

La construcción, en el siglo XIX, de la inmunidad de jurisdicción *absoluta* responde a una construcción jurisprudencial que fue en sus inicios inglesa y que, más tarde, *cristalizó* en una norma de Derecho consuetudinario⁷⁹². La *inmunidad de jurisdicción absoluta* consistía en la imposibilidad de enjuiciar a los representantes estatales por otros Estados bajo ningún concepto, independientemente del acto que se hubiere llevado a cabo, protegiendo así a los diferentes representantes en otras tierras con el fin de preservar las buenas relaciones interestatales⁷⁹³.

⁷⁹² Sobre la inmunidad de jurisdicción puede consultarse: CALVO CARAVACA, A. L., “Inmunidad de jurisdicción y de ejecución”, WITZLER, N., ELLGER, R., MANKOWSKI, P., HERKT, H. y REMIEN O. (Coords.), *Festschrift für Dieter Martiny zum 70. Geburtstag*, Tübingen, Mohr Siebeck Verlag, 2014, pp. 639-661; DE GOUTTES, R., “A propos de l’immunité de juridiction des Etats étrangers”, *L’Etat souverain dans le monde d’aujourd’hui. Mélanges en l’honneur de J.-P. Uissochet*, París, Éditions A. Pédone, 2008, pp. 117-126; y CARNERERO CASTILLA, R., *La inmunidad de jurisdicción penal de los Jefes de Estado extranjeros*, Lustel, Madrid, 2007.

Respecto a su origen, el profesor Cesáreo GUTIÉRREZ ESPADA, señala que es *complejo* pero que posee una raíz cristiana indiscutiblemente basada en la máxima “toda autoridad viene de Dios”; de ahí que ninguna autoridad, por su inmunidad, pueda ser juzgada por un tribunal (“Sobre la inmunidad de jurisdicción de los Estados extranjeros en España, a la luz de la Ley Orgánica 16/2015, de 27 de octubre”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 8, núm. 2, octubre, 2016, pp. 5-33, pp. 6-7). En el mismo sentido, Carlos R. FERNÁNDEZ LIESA: “En el DI clásico era impensable que un soberano respondiese por sus actos ante un Tribunal, ni aún en los supuestos en los que su conducta fuese la causante de una guerra o de graves violaciones de los derechos humanos. Durante la época moderna no sólo se sacraliza el poder del Jefe del Estado sino que se personaliza la soberanía. La soberanía se vio absorbida por la persona del Rey. Esto tendría repercusiones en las relaciones internacionales y en la institución de las inmunidades” (*óp. cit.*, p. 350).

⁷⁹³ Como señala la profesora María José CERVELL HORTAL: “Las inmunidades en Derecho Internacional se otorgan a aquellos órganos del Estado que llevan a cabo funciones de representación en otros Estados con el fin de asegurar su independencia y el desarrollo óptimo de sus deberes. (...) implica la posibilidad de evitar el ejercicio de la misma por parte de las autoridades judiciales o administrativas de un Estado. Es, por tanto, un concepto jurídico que impide que una determinada autoridad (judicial, en este caso) haga uso de los poderes que se le atribuyen y no una mera cortesía entre Estados” (*Genocidio, responsabilidad...*, *óp. cit.*, p. 152). En la sentencia de la CIJ referida al asunto *relativo a la orden de detención de 11 de abril de 2000* (República Democrática del Congo v. Bélgica), se entiende por agente estatal, junto al Jefe de Estado y el Jefe de Gobierno, también el Ministro de Relaciones Exteriores (Sentencia de 11 de abril de 2000, *ICJ Reports 2002*, párr. 51). Elenco confirmado más tarde por el asunto *ciertas cuestiones de asistencia mutua en asuntos penales* (Djibouti v. Francia), Sentencia de 4 de junio de 2008, *ICJ Reports 2008*, párr. 194.

“La definición de inmunidad está vinculada al concepto de jurisdicción, toda vez que aquella es una excepción a ésta. La inmunidad funciona como barrera o impedimento para el ejercicio de la jurisdicción por parte de un Estado, particularmente, con respecto a la competencia jurisdiccional y de ejecución”⁷⁹⁴.

A comienzos del siglo XX, la inmunidad de jurisdicción absoluta evoluciona hacia una *inmunidad de jurisdicción relativa*, modalidad que predomina en la actualidad.

“La tendencia hacia una inmunidad más restrictiva resulta lógica a la par que necesaria, en tanto en cuanto en las últimas décadas los Estados han incrementado notablemente su actuación en ámbitos antes reservados únicamente a actuaciones privadas, con lo que sería injusto que simplemente por detentar esa condición estatal no pudieran ser demandados ante los tribunales, pues se generaría una clara situación de desigualdad respecto de sus co-contratantes particulares”⁷⁹⁵.

A diferencia de la absoluta, la inmunidad relativa distingue dos tipos de actos entre aquellos que pueden ser cometidos por los agentes estatales: actos de *iure imperii*, actos soberanos que mantienen la inmunidad, y actos de *iure gestionis*, realizados a título particular y que, por tanto, carecerían de inmunidad⁷⁹⁶. Esta distinción también ha sido recogida por el TC español en su sentencia núm. 107/1992:

“Desde la tradicional regla absoluta de inmunidad de jurisdicción, fundada en la igualdad soberana de los Estados que expresaban el adagio *par in parem imperium*

⁷⁹⁴ MARTÍNEZ ALCANIZ, A., *óp. cit.*, p. 334.

⁷⁹⁵ El profesor Cesáreo GUTIÉRREZ apunta que la inmunidad relativa encuentra su origen en los tribunales belgas e italianos y, paulatinamente, se va recogiendo en los diversos tratados internacionales y en las legislaciones internas de los Estados. Entre estos, los primeros fueron Bélgica, Italia, Francia, Suiza, Austria y la República Federal Alemana. Más renuentes fueron los tribunales de Estados Unidos, que no reconocieron la inmunidad relativa hasta los años cincuenta y como *reacción* al reconocimiento de la inmunidad absoluta por Rusia, y los tribunales británicos en los setenta (“Sobre la inmunidad de jurisdicción de los Estados...”, *óp. cit.*, pp. 8-9).

⁷⁹⁶ No es fácil distinguir entre los *acta iure imperii*, de naturaleza pública, y los *acta iure gestionis*, por contraposición, de naturaleza privada; por ello, en ocasiones se acude también a la distinción basada en la finalidad del acto (un fin público o un fin privado) o en la naturaleza del acto (actos que sólo puede llevar a cabo el Estado, públicos, o actos que sólo puede llevar a cabo un particular, privados). Ahora bien, se mantenga un criterio u otro, el *problema real* deriva de la heterogeneidad con que los diversos ordenamientos jurídicos y la jurisprudencia recogen los diversos criterios (GUTIÉRREZ ESPADA, C., “Sobre la inmunidad de jurisdicción de los Estados...”, *óp. cit.*, p. 9).

non habet, el orden internacional ha evolucionado a lo largo de este siglo hacia la cristalización de una regla relativa de inmunidad, que habilita a los tribunales nacionales a ejercer jurisdicción respecto de aquellos actos del Estado extranjero que no hayan sido realizados en virtud de imperio, sino con sujeción a las reglas ordinarias del tráfico privado. La distinción entre actos *iure imperium* y actos *iure gestionis*, por compleja que pueda ser su concreción en casos concretos y por diverso que sea su desarrollo en la práctica de los Estados y en las codificaciones internacionales, se ha abierto paso como norma internacional general⁷⁹⁷.

La institución de la inmunidad se fundamenta, por un lado, en la máxima *par in parem imperium non habet* o igualdad soberana de todos los Estados, sin que ningún Estado pueda sentirse en la superioridad de juzgar a otro, a sus representantes; y, por otro lado, en la necesidad de que los agentes estatales puedan disfrutar de una libertad de movimiento durante su mandato, conservando así su plena capacidad de acción⁷⁹⁸. Así lo entendió también la CIJ en es asunto *relativo a la orden de detención de 11 de abril de 2000* (República Democrática del Congo v. Bélgica) al señalar:

“En el Derecho Internacional consuetudinario, las inmunidades (...) no se reconocen en su beneficio personal, sino para garantizar el desempeño eficaz de sus funciones en nombre de sus Estados respectivos⁷⁹⁹.”

Por tanto, y con base en su doble fundamento, la institución de la inmunidad opera a nivel estatal, de ahí que quede *vacía de contenido* cuando se interpele ante un tribunal internacional, permanente o *ad hoc*, avalado por la Comunidad Internacional o también cuando actúe el CS. En estos casos, “la soberanía de los Estados no es relevante”⁸⁰⁰.

Dos son las clases de inmunidad que se pueden distinguir. Por un lado, la inmunidad funcional o *ratione materiae*, oponible frente a cualquier Estado, que no

⁷⁹⁷ Sentencia de la Sala Segunda del TC, núm. 107/1992, de 1 de julio, Fundamento de Derecho 4º.

⁷⁹⁸ CERVELL HORTAL, M^a. J., *Genocidio, responsabilidad internacional...*, *óp. cit.*, p. 136. Y es que, como señala C. GUTIÉRREZ ESPADA: “la coraza de privilegios e inmunidades no es, por tanto, una vía para que quienes los disfruten actúen de manera descontrolada, sino una garantía de su independencia y libertad de actuación”, (“Sobre la inmunidad de jurisdicción de los Estados extranjeros...”, *óp. cit.*, p. 7). En el mismo sentido, MARTÍNEZ ALCANIZ, A., *óp. cit.*, p. 342.

⁷⁹⁹ *Asunto relativo a la orden de detención de 11 de abril de 2000* (República Democrática del Congo v. Bélgica), Sentencia de 11 de abril de 2000, *ICJ Reports 2002*, p. 21, párr. 53.

⁸⁰⁰ MARTÍNEZ ALCANIZ, A., *óp. cit.*, p. 342.

se extingue con el mandato (*con ciertas salvedades en el caso de crímenes internacionales*) y que se refiere a la conducta de los agentes estatales cuando se encuentran desarrollando las funciones propias de su cargo⁸⁰¹; por otro lado, la inmunidad personal o *ratione personae*, acompaña a los agentes mientras dura su cargo y únicamente se opone frente al Estado en que se encuentra⁸⁰².

Como se ha señalado, las inmunidades tienen su origen en la norma consuetudinaria que fue más tarde declarada paulatinamente en diversos tratados internacionales, regionales y multilaterales⁸⁰³; pero también las legislaciones internas de los propios Estados han ido estableciendo sus propias disposiciones para ajustarse a la norma internacional y garantizar así la inmunidad de los Jefes

⁸⁰¹ “Encuentra su fundamento en el hecho de que, en realidad son, en tanto en cuanto estos individuos actúan en nombre del Estado, actos estatales *stricto sensu* y que, por tanto, sólo originan responsabilidad de éste y se justifican en base a que los Estados no deben interferir en las estructuras de otros Estados ni, por tanto, en las conductas que sus oficiales pueden llevar a cabo en un país extranjero. Cubre los actos oficiales de cualquier órgano *de facto* o *de iure* del Estado” (CERVELL HORTAL, M^a. J., *Genocidio, responsabilidad internacional...*, *óp. cit.*, p. 154). En este sentido, Antoni PIGRAU SOLÉ señala que “un acusado no puede escudarse en su condición de jefe de Estado o diplomático para presentarla como una defensa sustantiva que resulte de la exoneración de la responsabilidad penal por esos crímenes”. Gozan de ella ciertas personas (en particular, el Jefe de Estado, el Jefe de Gobierno y el Ministro de Asuntos Exteriores), “de acuerdo con el derecho internacional general, de inmunidad civil y penal ante las jurisdicciones nacionales de cualquier Estado distinto del que ellos representan. Se trata de una inmunidad funcional destinada, junto con otros privilegios, a garantizarles la máxima independencia en el ejercicio de sus funciones oficiales de representación de un Estado. Es una norma en general respetada por las jurisdicciones nacionales” y así ha ocurrido en España. En Francia, sin embargo, a pesar de que se puso de manifiesto la inmunidad en el asunto *Gaddafi* ante la Corte de Casación francesa (núm. 00-87214), ésta señaló que podrían existir excepciones (*La jurisdicción universal y su aplicación en España...*, *óp. cit.*, p. 61).

⁸⁰² “Se concibieron para proteger la vida privada de altos representantes del Estado y son, de hecho, las que primero surgieron, con el fin de proteger en exclusiva al Jefe de Estado. Si éste era el portador de la soberanía del Estado y con él se identificaba parecía lógico concederle a título personal la misma inmunidad que se concedía al Estado en sí”. Más tarde se ampliaron a los Jefes de Gobierno, a los Ministros de Asuntos Exteriores, a los agentes diplomáticos y a representantes de las OI (CERVELL HORTAL, M^a. J., *Genocidio, responsabilidad internacional...*, *óp. cit.*, pp. 154-155).

⁸⁰³ Así, *Convenio de Viena, de 8 de abril de 1961, sobre relaciones diplomáticas*, BOE núm. 21, de 24 de enero de 1968; *Convenio de Viena sobre Relaciones Consulares* de 24 de abril de 1963, BOE núm. 56, de 6 de marzo de 1970; *Convención sobre las misiones especiales*, adoptada en Nueva York el 16 de diciembre de 1969, BOE núm. 159, de 4 de julio de 2001; *Convención Europea sobre la inmunidad del Estado*, de 16 de mayo de 1972; *Convención de Viena sobre representación de los Estados en sus relaciones con las Organizaciones internacionales de carácter universal*, de 14 de marzo de 1975, *Convención de las Naciones Unidas sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y sus bienes*, de 2 de diciembre de 2004, entre otros. Pero también se recogía en la regulación que se ha hecho de crímenes concretos en diversos tratados internacionales: *Convención para la Prevención y la Sanción del Genocidio* de 9 de diciembre de 1948, BOE, núm. 34, de 8 de febrero de 1969; *Convención de Naciones Unidas sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y los crímenes contra la humanidad*, de 26 de noviembre de 1968; *Convención Internacional sobre la Represión y el Castigo del Crimen de Apartheid*, Resolución 3068 (XXVIII) de la AG de las Naciones Unidas, de 30 de noviembre de 1973; y *Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes* de 18 de diciembre de 2002, BOE núm. 148, de 22 de junio de 2006.

de Estado, de Gobierno, Ministros de Asuntos Exteriores y personal diplomático y consular⁸⁰⁴. Sin embargo, en la mayoría de textos y atendiendo al mencionado principio *par in parem imperium non habet*, nos encontramos con una inmunidad de jurisdicción absoluta, tornándose muy difícil, aunque no imposible, enjuiciar a los Jefes de Estado en ejercicio por un tribunal de otro Estado, ya sea por *acta iure imperii* ya sea por *acta iure gestionis*. Difícil pero no imposible, como señaló la CIJ en el asunto *relativo a la orden de detención de 11 de abril de 2000* (vid. infra 1.2.1)

La inmunidad ha sido también trabajada por distintos institutos privados. Entre estos, las resoluciones del IDI han evolucionado de un concepto de inmunidad absoluto a un concepto relativo. La primera resolución de 1891 aprobó su disposición relativa al *Proyecto de reglamento internacional sobre la competencia de los tribunales en procedimientos contra los Estados, soberanos o Jefes de Estado extranjeros*⁸⁰⁵, sin aludir prácticamente a la jurisdicción penal. Más tarde, en su sesión de Vancouver (2001), aprobó la resolución *Inmunidades de jurisdicción y ejecución de los Jefes de Estado y de Gobierno en Derecho Internacional*. La misma establece dos partes: una dedicada a los Jefes de Estado en activo y otra a los Jefes de Estados una vez terminado el cargo. Respecto a los primeros, el artículo 2 señala:

“In criminal matters, the Head of State shall enjoy immunity from jurisdiction before the courts of a foreign State for any crime he or she may have committed, regardless of its gravity”.

Es decir, una inmunidad absoluta de los Jefes de Estado, tal y como señalara la CIJ en el asunto *relativo a la orden de detención de 11 de abril de 2000* (vid. infra 1.2.1). Mientras que a los ex Jefes de Estado (art. 13) se les reconoce inmunidad penal por actos que realizaron en ejercicio de sus funciones y en relación a su cargo (inmunidad *ratione materiae*). Sin embargo, y aquí es donde podemos apreciar

⁸⁰⁴ España se adhirió en 2011 a la ya mencionada *Convención sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y sus bienes* de 2005, que aún no ha entrado en vigor. Posteriormente, en relación también a la inmunidad estatal, aprobó la *Ley Orgánica 16/2015, de 27 de octubre, sobre privilegios e inmunidades de los Estados extranjeros, las Organizaciones Internacionales con sede u oficina en España y las conferencias y reuniones internacionales celebradas en España*, BOE núm. 258, de 28 de octubre de 2015.

⁸⁰⁵ *Projet de règlement international sur la compétence des tribunaux dans les procès contre les Etats, souverains ou chef d'Etats étrangers*, IDI, Session of Hambourg, 1891, disponible en http://www.idi-il.org/app/uploads/2017/06/1891_ham_01_fr.pdf.

una incipiente tendencia en los tribunales nacionales en materia de inmunidades en relación con los crímenes internacionales,

“he or she may be prosecuted and tried when the acts alleged constitute a crime under international law, or when they are performed exclusively to satisfy a personal interest, or when they constitute a misappropriation of the State’s assets and resources”⁸⁰⁶.

Haciendo un paréntesis en este análisis sobre las codificaciones privadas, por razones cronológicas, traemos aquí el Informe sobre el Principio de Jurisdicción Universal elaborado de manera conjunta por la Unión Africana y la Unión Europea de 2009 que, tratando la cuestión de la inmunidad desde una visión conservadora, recomendaba:

“R7. Where national criminal justice authorities have initiated investigations and collected compelling evidence of serious crimes of international concern allegedly committed abroad against non-nationals by non-nationals, and where the suspect is a foreign state official exercising a representative function on behalf of his or her state, these authorities should consider refraining from taking steps that might publicly and unduly expose the suspects, thereby discrediting and stigmatizing them, curtailing their right to be presumed innocent until found guilty by a court of law and hampering the discharge of their official functions.

R8. Those national criminal justice authorities considering exercising universal jurisdiction over persons suspected of serious crimes of international concern are legally bound to take into account all the immunities to which foreign state officials may be entitled under international law and are consequently obliged to refrain from prosecuting those officials entitled to such immunities.

R9. In prosecuting serious crimes of international concern, states should, as a matter of policy, accord priority to territoriality as a basis of jurisdiction, since such crimes, while offending against the international community as a whole by infringing universal values, primarily injure the community where they have been perpetrated and violate not only the rights of the victims but also the general demand for order and security in that community. In addition, it is within the

⁸⁰⁶ *Immunities from Jurisdiction and Execution of Heads of State and of Government in International Law*, IDI, Session of Vancouver, 2001, disponible en http://www.idi-il.org/app/uploads/2017/06/2001_van_02_en.pdf.

territory of the state of alleged commission that the bulk of the evidence will usually be found”⁸⁰⁷.

Más tarde, en su sesión de 2009, el IDI publicaba la resolución relativa a *Inmunidad de jurisdicción de los Estados y personas que actúan en nombre del Estado con respecto a crímenes de Derecho internacional*, y su artículo III, Immunity of persons who act on behalf of a State, señala:

- “1. No immunity from jurisdiction other than personal immunity in accordance with international law applies with regard to international crimes.
2. When the position or mission of any person enjoying personal immunity has come to an end, such personal immunity ceases.
3. The above provisions are without prejudice to:
 - (a) The responsibility under international law of a person referred to in the preceding paragraphs.
 - (b) The attribution to a State of the act of any such person constituting an international crime”⁸⁰⁸.

En lo que respecta a las inmunidades y su relación con el principio de jurisdicción universal, el ILA ya señaló en su reunión del año 2000 en Londres que la inmunidad es un obstáculo al ejercicio de la jurisdicción universal. El *Final Report on the Exercise of Universal Jurisdiction in Respect of Gross Human Rights Offences*, concluyó y recomendó que:

⁸⁰⁷ Informe sobre el Principio de Jurisdicción Universal elaborado de manera conjunta por la Unión Africana y la Unión Europea, el 16 de abril 2009, p. 42, disponible en http://www.africa-eu-partnership.org/sites/default/files/documents/rapport_expert_ua_ue_competence_universelle_en_0.pdf.

⁸⁰⁸ *Immunity from jurisdiction of the State and persons who act on behalf of the State in case of International Crimes*, IDI, Session of Naples, 2009, disponible en http://www.idi-iil.org/app/uploads/2017/06/2009_naples_01_en.pdf. Es interesante la opinión de la profesora María José CERVELL que, si bien señala que la redacción del artículo III parece afirmar la tendencia manifestada de no alegar la inmunidad ante crímenes internacionales, también introduce ciertos elementos que crean confusión. Así, mientras que en el artículo 13.2 (Vancouver, 2001) señalaba la posibilidad de perseguir al ex Jefe de Estado, cuando se tratare de crímenes internacionales, sin distinguir entre actos públicos y privados, en el artículo III (Nápoles, 2009) parece dejar a salvo la inmunidad personal una vez terminado su cargo. “Y aunque es cierto que el apartado 3 establece que lo anterior se aplica sin perjuicio de la imputación de actos que sean crímenes internacionales, no creo que esta puntualización aclare nada relevante, por lo abiertamente que se formula” (*Genocidio, responsabilidad internacional e inmunidad de los Jefes de Estado*, Iustel, Madrid, 2013, p. 178).

“4. No immunities in respect of gross human rights offences subject to universal jurisdiction shall apply on the grounds that crimes were perpetrated in a official capacity”⁸⁰⁹.

En este mismo sentido lo establece el principio 5 de los Principios de Princeton al señalar:

“Inmunidades. Con respecto a los delitos graves de derecho internacional que se enumeran en el párrafo 1 del Principio 2, la función oficial de un acusado, sea en calidad de Jefe de Estado o de Gobierno o de funcionario competente, no le exonerará de responsabilidad penal ni atenuará su pena”⁸¹⁰.

Esta fue una de las cuestiones más debatidas en la redacción del texto de Princeton, que señala que las inmunidades plantean dificultades morales, políticas y jurídicas y que no es lo mismo la inmunidad procesal que la sustantiva (exime de responsabilidad penal por la comisión de delitos graves de DI cuando éstos se cometieran en el desempeño de sus funciones, pues se consideran actos del propio Estado). El principio 5 rechaza la inmunidad sustantiva (“la función oficial de un acusado (...) no le exonerará de responsabilidad penal ni atenuará su pena”), como lo hicieron el Estatuto de Núremberg, del TPIY y del TPIR. Sin embargo, en los procesos ante los jueces nacionales, la inmunidad procesal se aplicará el tiempo de duración del mandato, de forma que “no podrán ser encausados mientras ocupen sus cargos por actos cometidos en el desempeño de su función oficial”. Ninguno de los Tribunales mencionados regula la cuestión de la inmunidad procesal, sin embargo, el DI consuetudinario es claro en este aspecto al señalar la inmunidad general por todo “acto de Estado” durante su mandato pero, “una vez que deje de desempeñarlo, cualquier alegación de inmunidad carecerá de validez, y existirá entonces la posibilidad de que sea enjuiciado. Los principios no tratan de acabar

⁸⁰⁹ Committee on International Human Rights Law and Practice, *Final Report on the Exercise of Universal Jurisdiction in Respect of Gross Human Rights Offences*, International Law Association, London Conference, 2000, p. 21.

⁸¹⁰ *Principios de Princeton sobre la Jurisdicción Universal...*, *óp. cit.*, pp. 11-12. “El quinto de los principios de Princeton sobre la Jurisdicción Universal es favorable a la exclusión de cualquier exención de responsabilidad para los delitos graves de derecho internacional (...) sin perjuicio de respetar las inmunidades procesales que corresponda, mientras el acusado se encuentre ejerciendo la función oficial” (PIGRAU SOLÉ, A., *La jurisdicción universal y su aplicación en España...*, *óp. cit.*, pp. 61-62).

con la protección que concede la inmunidad procesal, pero tampoco afirman dicha inmunidad como principio”. Entienden que en el futuro, “la inmunidad procesal (...) en el ejercicio de sus cargos podrá cuestionarse en mayor medida”, y así ha ocurrido ya con el enjuiciamiento de Slobodan Milosevic, prefiriendo los participantes del Proyecto de Princeton no adoptar decisiones sobre la inmunidad, de forma que puedan dejar abiertas nuevas posibilidades⁸¹¹.

También la CDI ha realizado una intensa labor en relación a las inmunidades⁸¹². Fue en 2006 cuando aprobó incluir en su programa de trabajo el tema *Inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios de Estado*⁸¹³. Incluso en el *Proyecto de Código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad* de 1996, la CDI señala en su artículo 7 relativo al *Carácter oficial y responsabilidad* que:

“El carácter oficial del autor de un crimen contra la paz y la seguridad de la humanidad, incluso si actuó como Jefe de Estado o de Gobierno, no lo eximirá de responsabilidad criminal ni atenuará su castigo”⁸¹⁴.

⁸¹¹ MACEDO, S., *Universal Jurisdiction: National Courts and the Prosecution of Serious Crimes Under International Law*, Ed. University of Pennsylvania Press, Philadelphia, 2006, pp. 31-32.

⁸¹² En 1979, la CDI comenzó a trabajar en las inmunidades relativas a los Estados, redactando en 1991 un Proyecto de artículos que más tarde sería aprobado por la AG de las Naciones Unidas en la resolución 59/38, de 2 de diciembre de 2004, bajo el ya mencionado *Convenio sobre las inmunidades de los Estados y sus bienes* (*Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*, 1991, vol. II, Segunda parte. Informe de la Comisión a la AG sobre la labor realizada en su cuadragésimo tercer período de sesiones, doc. A/46/10, pp. 12 y ss.). En el segundo párrafo preambular señala “su acuerdo con la interpretación general a que se llegó en el Comité Especial en el sentido de que la convención de las Naciones Unidas sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes no comprende las actuaciones penales”. Sin embargo, señala la profesora María José CERVELL, “la similitud de varios de los conceptos provocó que durante mucho tiempo fuera un referente obligado a la hora de analizar ciertos aspectos de la inmunidad de Jefes de Estado extranjeros” (*Genocidio, responsabilidad internacional e inmunidad de los Jefes de Estado*, Iustel, Madrid, 2013, p. 158).

⁸¹³ *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*, 2006, Informe de la CDI sobre la labor realizada en su 58º período de sesiones, doc./CN.4/577, párr. 126. Un año más tarde se nombró Relator Especial a Roman A. KOLODKIN. “La comisión se limita en este Proyecto de artículos a la jurisdicción penal en el extranjero de los funcionarios estatales, dejando así de lado la inmunidad respeto de los tribunales penales internacionales y los tribunales internos del Estado o la inmunidad civil o administrativa ante órganos jurisdiccionales extranjeros” (CERVELL HORTAL, M^a. J., *Genocidio, responsabilidad internacional...*, *óp. cit.*, p. 159). Desde 2012, la Relatora Especial es la profesora española Concha ESCOBAR HERNÁNDEZ que incluye en el programa de la CDI el estudio y análisis de la inmunidad, prestando especial atención a la inmunidad en materia de crímenes internacionales.

⁸¹⁴ *Proyecto de Código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad, Comentarios y observaciones recibidos de los gobiernos*, Doc. A/CN.4/448 y Add. 1, p. 29, disponible en http://legal.un.org/docs/index.asp?path=../ilc/documentation/spanish/a_cn4_448.pdf&lang=EFS&referer=http://legal.un.org/ilc/sessions/45/docs.shtml.

En los comentarios al mismo, la CDI señala que los crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad han de ser cometidos por personas con autoridad que suelen ocupar un cargo gubernamental y con potestad para crear políticas en las que haya lugar para la comisión de esos crímenes y con poder suficiente para reclutar personas que puedan llevarlos a cabo, abusando de la autoridad y el poder conferidos⁸¹⁵. Con el artículo 7 se reafirma, precisamente, el principio de responsabilidad penal individual y el *principio de improcedencia de cargo oficial* que tiene como finalidad impedir que la invocación del mismo lo exima de responsabilidad o le otorgue inmunidad,

“incluso si alega que los actos constitutivos del crimen fueron ejecutados en el desempeño de sus funciones. (...) el principio de derecho internacional que protege a los representantes del Estado en determinadas circunstancias no es aplicable a los actos que constituyen crímenes de derecho internacional. Por tanto, un individuo no puede invocar su carácter oficial para evitar la responsabilidad de tal acto. (...) La ausencia de toda inmunidad procesal frente a la persecución o castigo en el procedimiento judicial correspondiente es una consecuencia esencial de la ausencia de cualquier inmunidad o excepción sustantiva. Sería paradójico impedir a un individuo que invoque su carácter oficial para evitar la responsabilidad por un crimen y, en cambio, permitirle que invoque el mismo argumento para evitar las consecuencias de esa responsabilidad”⁸¹⁶.

En la misma línea se encuentran los estatutos de los tribunales internacionales. El Estatuto del Tribunal de Núremberg recoge en su artículo 7 el *principio de improcedencia de cargo oficial*; esto es, no admite la inmunidad en el caso de crímenes contra la paz, crímenes de guerra y crímenes contra la humanidad:

⁸¹⁵ “Sería paradójico permitir a individuos, que en algunos aspectos son los más responsables de los crímenes previstos en el código, invocar la soberanía del Estado y escudarse tras la inmunidad que su carácter oficial les confiere, particularmente dado que esos crímenes odiosos consternan a la conciencia de la humanidad, violan algunas de las normas más fundamentales del derecho internacional y amenazan la paz y la seguridad internacionales”, *Proyecto de Código de crímenes contra la paz y la seguridad de la Humanidad, Comentarios y observaciones recibidos de los gobiernos*, *óp. cit.*, p. 29.

⁸¹⁶ *Proyecto de Código de crímenes contra la paz y la seguridad de la Humanidad, Comentarios y observaciones recibidos de los gobiernos*, *óp. cit.*, p. 30.

“El cargo oficial de los acusados, ya sean jefes de Estado o funcionarios a cargo de Departamentos del Gobierno no les exonerará de las responsabilidades ni servirá para atenuar la pena”⁸¹⁷.

Tampoco contemplan la inmunidad los tribunales *ad hoc* de segunda generación ni (artículo 7.2 de Estatuto del TPIY⁸¹⁸ y artículo 6.2 del Estatuto del TPIR⁸¹⁹), ni el Estatuto de la CPI, cuyo artículo 27 señala:

“Improcedencia del cargo oficial.

1. El presente Estatuto será aplicable por igual a todos sin distinción alguna basada en el cargo oficial. En particular, el cargo oficial de una persona, sea Jefe de Estado o de Gobierno, miembro de un gobierno o parlamento, representante elegido o funcionario de gobierno, en ningún caso lo eximirá de responsabilidad penal ni constituirá *per se* motivo para reducir la pena.

2. Las inmunidades y las normas de procedimiento especiales que conlleve el cargo oficial de una persona, con arreglo al derecho interno o al derecho internacional, no obstarán para que la Corte ejerza su competencia sobre ella”⁸²⁰.

⁸¹⁷ Estatuto del Tribunal Militar de Núremberg de 1945, disponible en http://www.cruzroja.es/principal/documents/1750782/1852538/estatuto_del_tribunal_de_nuremberg.pdf/20090fa2-e5bf-447a-aa96-612403df2a66. Además, el Tribunal de Núremberg, rechazando las alegaciones de varios inculpados acerca de la alegación de acto de Estado y de inmunidad, señaló: “El principio de derecho internacional que en determinadas circunstancias protege al representante de un Estado no puede aplicarse a actos considerados criminales por el derecho internacional. Los autores de estos actos no pueden escudarse tras su posición oficial a fin de quedar libres de castigo en el procedimiento correspondiente. La esencia misma del estatuto es que los individuos tienen deberes internacionales que van más allá de las obligaciones nacionales de obediencia impuestas por el Estado individual”. Y añade: “El que violare las leyes de la guerra no puede obtener inmunidad por haber actuado en obediencia a la autoridad del Estado si el Estado que autoriza la acción se sale de la competencia que le confiere el derecho internacional”, *Proyecto de Código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad, Comentarios y observaciones recibidos de los gobiernos, óp. cit.*, pp. 29-30. Si bien, el primer asunto en el que se planteó en la SI la persecución internacional de un Jefe de Estado por violaciones de DDHH fue el del Kaiser Guillermo II de Alemania, después de la Primera Guerra Mundial, basándose en el artículo 227 del Tratado de Versalles de 1919 que preveía la irrelevancia del cargo oficial (*vid. supra*, Capítulo I, apdo. II, 1).

⁸¹⁸ Artículo 7.2 del Estatuto del TPIY: “La categoría oficial de un acusado, ya sea como Jefe de Estado o de Gobierno, o como alto funcionario, no le exonera de su responsabilidad penal y no es motivo de disminución de la pena”.

⁸¹⁹ Artículo 6.2 del Estatuto del TPIR: “El cargo oficial que desempeñe el inculpad, ya sea de Jefe de Estado o de Gobierno o de funcionario responsable, no le eximirá de responsabilidad penal ni atenuará la pena”.

⁸²⁰ Señala la profesora María José CERVELL que el hecho de que el Estatuto de Roma no se creara, como el TIPY o el TPIR, por una resolución del CS, sino “por un tratado internacional adoptado en una conferencia internacional limita su ámbito de aplicación y tiene también consecuencias para las inmunidades y la persecución de los autores de los crímenes”. Así, los Estados parte del Estatuto se han obligado a sí mismos a renunciar de forma expresa a la inmunidad; pero sólo ellos, los Estados parte (*Genocidio, responsabilidad internacional...*, *óp. cit.*, p. 199).

Las inmunidades *ratione personae* están excluidas en el primer párrafo, mientras que las *ratione materiae* están excluidas en el segundo. Es decir, de acuerdo con el artículo 27.1 del Estatuto de Roma, la inmunidad por razones del cargo queda excluida en caso de crímenes internacionales y además, de acuerdo con el artículo 27.2, se excluye expresamente la posibilidad de valerse de la inmunidad personal en el caso de los crímenes internacionales⁸²¹. Sin embargo, este artículo 27 debe ser puesto en relación con el artículo 98 que regula la “Cooperación con respecto a la renuncia a la inmunidad y consentimiento a la entrega”⁸²²:

“1. La Corte no dará curso a una solicitud de entrega o de asistencia en virtud de la cual el Estado requerido deba actuar en forma incompatible con las obligaciones que le imponga el derecho internacional con respecto a la inmunidad de un Estado o la inmunidad diplomática de una persona o un bien de un tercer Estado, salvo que la Corte obtenga anteriormente la cooperación de ese tercer Estado para la renuncia a la inmunidad.

⁸²¹ “De hecho, en el Estatuto de la CPI se llega a exigir a los Estados que, respecto de la comisión de crímenes internacionales, levanten las inmunidades mediante la promulgación de legislaciones adecuadas en su derecho interno (arts. 27 y 88)”, *Principios generales del derecho penal internacional*, Documento de trabajo del Comité Internacional de Cruz Roja (ICRC), 2014, p. 3, disponible en <https://www.icrc.org/spa/assets/files/2014/general-principles-of-criminal-icrc-spa.pdf>. Y así se hizo también en España donde hubo que revisar la compatibilidad del artículo 56.3 de la CE (“La persona del Rey es inviolable y no está sujeta a responsabilidad”) con el artículo 27 del Estatuto (“el cargo oficial de una persona, sea jefe de Estado o sea jefe de Gobierno, [...] en ningún caso le eximirá de responsabilidad penal”) para poder ratificar el Estatuto, debido a la posible incompatibilidad de los textos de ambos artículos. Finalmente, un Dictamen del Consejo de Estado, de 29 de julio de 1999, señaló que: “La irresponsabilidad personal del Monarca no se concibe sin su corolario esencial, esto es, la responsabilidad de quien refrenda y que, por ello, es el que incurriría en la eventual responsabilidad penal individual a que se refiere el artículo 27 del Estatuto” (Expediente relativo al Estatuto de Roma que instituye la Corte Penal internacional, hecho en Roma el 17 de julio de 1998, *Consejo de Estado. Recopilación de doctrinal legal. 1999*, BOE-Madrid, 2000, párr. 17, pp. 16-17). “Quizá convenga recordar que la inviolabilidad real es, aunque se haya mantenido en nuestra historia constitucional, un vestigio de las concepciones absolutistas, poco apropiado para un régimen democrático y constitucional (...). Y que tiene, además, una clara continuación en las Leyes Fundamentales de Franco: el dictador sólo era responsable ante Dios y la Historia (Ley de Principios de Movimiento Nacional); en el más aquí, el refrendo de los ministros le eximía de cualquier responsabilidad (art. 8 de la Ley Orgánica del Estado)” (MARTÍNEZ DE PISÓN, J., *óp. cit.*, p. 242-243). Recomendable en este sentido es el *Informe del Equipo Nizkor sobre el proceso de adecuación de la legislación española al Estatuto de la Corte Penal Internacional*, de 5 de junio de 2000, en el que señala que “ha habido una colisión de intereses derivados de los acuerdos sobre política exterior de los grupos parlamentarios y que dejaron de lado desde el principio todo análisis serio de los aspectos de fondo de la cuestión”, p. 5, disponible en <http://www.derechos.org/nizkor/impu/tpi/nizcor.html>.

⁸²² Señala Mahmoud Ch. BASSIOUNI que debe considerarse el hecho de que el artículo 27 se encuentra en la Parte III del Estatuto de Roma cuyo título reza “Principios Generales del Derecho Penal”. “Sin embargo, a pesar de que la Parte IX no contiene ninguna referencia a la inmunidad, el artículo 98 pareciera permitir las inmunidades” (“Universal Jurisdiction for International Crimes...”, *óp. cit.*, p. 4).

2. La Corte no dará curso a una solicitud de entrega en virtud de la cual el Estado requerido deba actuar en forma incompatible con las obligaciones que le imponga un acuerdo internacional conforme al cual se requiera el consentimiento del Estado que envíe para entregar a la Corte a una persona sujeta a la jurisdicción de ese Estado, a menos que ésta obtenga primero la cooperación del Estado que envíe para que dé su consentimiento a la entrega”.

El artículo 98 impide que la Corte, en relación a agentes estatales que gocen de inmunidad, pueda solicitar la entrega de los mismos a aquellos Estados parte en el Estatuto si dicha entrega y asistencia fueran contrarias al DI en materia de inmunidad (párrafo 1) o si dicha entrega fuera contraria a un acuerdo internacional previamente consentido y asumido por ese Estado⁸²³. ¿Acaso estamos ante un vacío de contenido del artículo 27 del Estatuto de la CPI que excluye las inmunidades penales? Al respecto, la profesora María José CERVELL responde que se trata de un artículo que *limita la cooperación* entre los Estados parte y la Corte pero no supone una *renuncia a la impunidad* y tampoco a la jurisdicción de la CPI, pues

“se impone la necesidad de una interpretación conjunta de ambos que llevaría a concluir que en realidad no se devuelven parte de las inmunidades eliminadas por el artículo 27, sino que simplemente se obliga a la Corte a no colocar a un Estado en una situación incómoda en la que tenga que contravenir, por mandato del

⁸²³ Al señalar el párrafo 2º del artículo 98 del Estatuto de la CPI “obligaciones que le imponga un acuerdo internacional” se está refiriendo a “obligaciones contractuales internacionales, por ejemplo, en determinados acuerdos internacionales como los que se tuvieron presentes, como modelo, en las discusiones del texto de este artículo: los “Acuerdos sobre el Estatuto de la Operación” (*Status of Mission Agreements*, SOMAs) y los “Acuerdos sobre el Estatus de las Fuerzas” (*Status of Force Agreements*, SOFAs) donde se regula el régimen de las Fuerzas Armadas de un Estado que está presente (huésped) en el territorio de otro Estado. Esos acuerdos se negociaron con NNUU en el marco de la Convención sobre la seguridad del personal de las Naciones Unidas y el personal asociado, de 1994, y en el mismo se prevén, en los arts. 2 a 4, los supuestos concretos para que se deniegue la entrega”. También se refiere a aquellos acuerdos bilaterales celebrados por EEUU con más de 80 países (acuerdos del artículo 98”, “acuerdos bilaterales de inmunidad (ABIs)”, “acuerdos de impunidad” o “acuerdos bilaterales de no entrega”) con origen en la *American Service-Members Protection Act* que impedía al personal militar y oficial de Estados Unidos ser juzgado por un tribunal penal internacional si Estados Unidos no era parte del mismo, garantizando que si se encontraban en los Estados (partes o no del Estatuto de la CPI) con los que se había firmado este tipo de acuerdos, no entregarían a un tribunal internacional ni a otro tercer Estado o institución que los pudiera entregar a la CPI, otorgándoles indirectamente inmunidad internacional (OLLÉ SESÉ, M., “Principios Generales”, *óp. cit.*, pp. 176-177).

Estatuto de la CPI, una obligación internacional relacionada con la inmunidad que le incumba directamente”⁸²⁴.

En resumen, la inmunidad de jurisdicción está presente en las instancias internacionales y puede ser considerada un obstáculo para enjuiciar a los Jefes de Estado, Jefes de Gobierno y a los Ministros de Asuntos Exteriores por actos que cometieron durante su mandato y que, por tanto, tienen un carácter temporal independientemente, *a priori*, del tipo de acto. Lo grave es que esa inmunidad se ha planteado incluso tras la finalización del cargo, cuando se trate de un acto oficial (manteniéndose la impunidad *ratione materiae* pero no la impunidad *ratione personae*). Y es que, a pesar de que los tribunales internacionales (Núremberg, TPIY y TPIR), han exceptuado la inmunidad sustantiva para excluir la culpabilidad

⁸²⁴ Señala Manuel OLLÉ que el objetivo del artículo 98 del ECPI sería “respetar los acuerdos internacionales firmados entre los diferentes Estados respecto de las inmunidades y así facilitar la ratificación del Estatuto, de tal forma que, con independencia de la operatividad teórica del art. 27 ECPI, los Estados requeridos pueden (amparados en el correspondiente instrumento internacional que le reconozca inmunidad a la persona objeto de la orden de entrega) denegar esa colaboración vertical de entrega a la CPI” (“Principios Generales”, *óp. cit.*, pp. 157-183, p. 177). Ahora bien, la situación es complicada en lo que respecta a las interpretaciones entre el artículo 27.2 y el artículo 98.1 del Estatuto de la CPI. Así, por ejemplo, algunos señalan que el artículo 98 anularía el artículo 27, lo cual no tiene mucho sentido en un texto que lucha por la eliminación de la impunidad. Otros, sin embargo, apuntan que el artículo 98 sólo serviría para respetar la inmunidad de aquellos Estados no parte pero anulando la de aquellos que sí lo son. Sin embargo, existe otra posibilidad quizá *más lógica, equilibrada y correcta*, que se acerca más a la segunda postura: “el artículo 98 no altera la ineficacia de las inmunidades del artículo 27 cuando la Corte solicita a un Estado la entrega de un acusado de su nacionalidad (aquí no entraría en juego el cumplimiento de obligaciones de Derecho internacional), pero en los demás casos, esto es, cuando se solicite la entrega de un agente de otro Estado (que por diversas circunstancias se encontrara en su territorio) que en principio tuviera inmunidad, el obstáculo que supone el artículo 98.1 no afecta a la competencia del Tribunal (la exclusión de la inmunidad es absoluta y no limita, por tanto, su competencia) sino a los deberes de *cooperación y asistencia judicial* de los Estados” (CERVELL HORTAL, M^a. J., *Genocidio, responsabilidad internacional...*, *óp. cit.*, pp. 200-204). En el mismo sentido, Héctor OLÁSULO ALONSO y Enrique CARNERO ROJO: “En consecuencia, la Corte podrá ejercer su jurisdicción sobre cualquier persona dentro de su jurisdicción personal a pesar de su inmunidad, pero no podrá obligar a Estados Partes a incumplir sus obligaciones bajo el derecho internacional para con tales personas o sus respectivos Estados. Es importante destacar que estas obligaciones son diferentes a las establecidas en los tratados mencionados en el artículo 98(2) del ER, que impide a la Corte solicitar a un Estado la entrega de una persona de otro Estado si tal entrega es incompatible con las obligaciones internacionales impuestas por un acuerdo internacional entre ambos Estados. Las inmunidades del artículo 98(1) son generalmente de carácter diplomático, mientras que los acuerdos contemplados en el artículo 98(2) impiden generalmente la re-extradición de un sospechoso o limitan la jurisdicción de un Estado sobre los soldados y oficiales extranjeros enviados a dicho Estado. No obstante, este último artículo es la base jurídica alegada para los acuerdos firmados entre los Estados Unidos de América y más de cien Estados desde 2002 que impiden a estos últimos entregar ciudadanos norteamericanos a la CPI” (“Extensión y límites de la jurisdicción personal, territorial y temporal de la Corte Penal Internacional”, PÉREZ CEPEDA, A. (Dir.), *El principio de Justicia Universal: Fundamentos y límites*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, pp. 105-138, pp. 113-114).

de la *tríada* o los *tres grandes*⁸²⁵, la costumbre internacional mantiene vigente la inmunidad procesal, dificultando, por tanto, el que sean enjuiciados.

Así, en relación a la inmunidad en general, y no sólo a aquella que hace referencia a los crímenes internacionales, la inmunidad prevalece.

“No existen tratados internacionales, ni costumbre internacional –antes al contrario, la regla de las inmunidades es una norma de Derecho Internacional General-, que remueva la inmunidad temporal de las altas autoridades de un Estado, mientras estén en el desempeño de su cargo”⁸²⁶.

Siendo esta la configuración actual de la institución de la inmunidad, existe una tendencia clara de la doctrina de repulsa hacia el mantenimiento de las inmunidades en los casos de violación de normas de *ius cogens*⁸²⁷, esto es, cuando se trata de la comisión de los crímenes internacionales más graves⁸²⁸. La doctrina

⁸²⁵ Refiriéndonos con ello al Jefe de Estado, Jefe de Gobierno y Ministro de Asuntos Exteriores, CERVELL HORTAL, M^a. J., *Genocidio, responsabilidad...*, *óp. cit.*, p. 152. Ahora bien, no es un elenco *numerus clausus* pues “en la práctica reciente se han registrado supuestos en los que las jurisdicciones nacionales han ampliado las inmunidades a otras personas que no las tienen, de acuerdo con el derecho internacional, y que ya no ejercen el cargo oficial; por ejemplo, ha sido el argumento utilizado por la Fiscalía francesa en noviembre de 2007 para no dar curso a la demanda contra Donald Rumsfeld, ex secretario de Defensa de los Estados Unidos” (PIGRAU SOLÉ, A., *La jurisdicción universal y su aplicación en España...*, *óp. cit.*, p. 64).

⁸²⁶ “Igualmente en relación al personal diplomático, el Convenio de Viena sobre Relaciones Diplomáticas, 18 de abril de 1961, de adhesión generalizada, establece la inmunidad de procedimiento y no la sustantiva” (VALLEJO PEÑA, C., *El estado de la jurisdicción universal en el Derecho Internacional...*, *óp. cit.*, pp. 179-181). En el mismo sentido, Carlos R. FERNÁNDEZ LIESA: “Tradicionalmente, se ha reconocido que los tribunales de un país no pueden juzgar al soberano extranjero por un acto efectuado en su carácter de soberano (*actos oficiales de Jefe de Estado*) en su país. La inmunidad sería absoluta para los actos de naturaleza no privada. (...). Se trata por tanto de una inmunidad *ratione materiae* (por razón de funciones oficiales) a la que se añade una inmunidad *ratione personae*, siendo que ésta última se admite que ya no es aplicable cuando se deja de ocupar el cargo público o se cesa en las funciones (*óp. cit.*, pp. 352-353).

⁸²⁷ Así lo señala el juez Antonio Augusto CANÇADO TRINDADE: “el *ius cogens* se sitúa por encima de la prerrogativa o el privilegio de la inmunidad estatal con todas las consecuencias que se desprenden de ello y evitando, por tanto, la denegación de justicia y la impunidad” (BEA, E., *Conversación con Antônio Augusto Cançado Trindade. Reflexiones sobre la Justicia Internacional*, Tirant lo Blanch, Valencia 2013, p. 109).

⁸²⁸ Esta tendencia, de origen italiano, viene siendo denominada *eccezione umanitaria* y si bien se predica frente a las inmunidades del Estado, puede ser perfectamente aplicable frente a las inmunidades jurisdiccionales penales de los representantes estatales. Se trata de “una excepción a la norma consuetudinaria de la inmunidad jurisdiccional de los Estados extranjeros que identificaría en la violación de los derechos humanos un límite para el Estado que cometió dicha infracción. En consecuencia, sobre la base de una posible correspondencia con el derecho consuetudinario de la “excepción humanitaria”, el Estado que comete un crimen de guerra o un crimen contra la humanidad no tendrá derecho al reconocimiento de la inmunidad de la jurisdicción” (SANTO DE ROSE, D., “L’eccezione umanitaria” all’immunità giurisdizionale degli Stati: la sentenza della Corte costituzionale italiana n. 238/2014 e gli sviluppi successivi”, Tesis

apoya una reformulación de la institución de la inmunidad en la práctica, cuando esta confluye con el principio de jurisdicción universal. En este sentido, el profesor Antonio REMIRO señala:

“hay partidarios de ver en las inmunidades una excepción al ejercicio de una jurisdicción bien fundada, como los hay de ver en el ejercicio de la jurisdicción una excepción a las inmunidades concebidas en términos absolutos e incondicionales”⁸²⁹.

Ahora bien, como veremos a continuación, la CIJ, en el asunto *relativo a la orden de detención de 11 de abril de 2000*, ha respaldado la inmunidad procesal frente a la comisión de los crímenes internacionales más graves y considera que no puede deducirse, teniendo en cuenta la práctica estatal y la jurisprudencia, “que

dirigida por el profesor Carlo FOCARELLI y defendida en la Universidad LUISS, Italia, 2016, p. 3. disponible en http://tesi.eprints.luiss.it/18725/1/119883_DE%20ROSE_DANIELE%20SANTO.pdf. En este sentido, señala Esperanza ORIHUELA: “Posiblemente en un futuro podamos comprobar si éstas alcanzan al posible enjuiciamiento por los tribunales de otros Estados de crímenes internacionales derivados de la violación de derechos humanos fundamentales y perpetrados por o con el consentimiento y apoyo de los Jefes de Estado en activo. Ya existe algún precedente en el que se afirma la existencia de una norma de Derecho Internacional General en virtud de la cual la inmunidad penal no opera respecto de los crímenes internacionales, en particular respecto de los relacionados con la protección del hombre y la dignidad humana, ya que estas normas pertenecen al *ius cogens* y su represión no debe ser objeto de excepción alguna. Quizá convendría reflexionar sobre el carácter imperativo que tienen las normas que prohíben las violaciones de los derechos humanos fundamentales y las consecuencias que se derivan del mismo cuando dichas normas entran en colisión con otras que no presentan ese carácter cogente” (“Justicia universal y...”, *óp. cit.*, p. 152.). Tendencia que algunos autores entienden arraigada ya en el DI. Así, Mahmoud Ch. BASSIOUNI señala: “la inmunidad sustantiva ha sido suprimida para algunos crímenes y por ciertos instrumentos legales. Una posición de desarrollo progresivo puede con justificación ser que la supresión de dicha inmunidad para el genocidio, los crímenes contra la humanidad y los crímenes de guerra constituyen una parte del derecho internacional consuetudinario. Los opositores de la visión progresiva argumentarán que su supresión se encuentra vinculada a ciertos instrumentos legales y a procesos judiciales que no reflejan la práctica consuetudinaria de los Estados” (“Universal Jurisdiction for International Crimes: Historical Perspectives and Contemporary Practice”, *Virginia Journal of International Law Association*, vol. 42, núm. 1, 2001, pp. 1-62, p. 4) y también Antonio A. CANÇADO TRINDADE: “Incluso en el ámbito de las inmunidades del Estado (...) ha habido reconocimiento de importantes cambios en el sentido de restringir o descartar tales inmunidades cuando se trata de violaciones graves según del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en atención al derecho de acceso a la justicia y a la responsabilidad internacional, sosteniendo que el deber estatal de reparación a las víctimas de violaciones es una obligación bajo el Derecho Internacional consuetudinario y conforme a un principio general fundamental del Derecho. Así mismo, afirmé que se cae en un verdadero absurdo jurídico al admitir la remoción de la inmunidad estatal en el ámbito de las relaciones comerciales o en delitos relativos a accidentes de tráfico y salvaguardar, sin embargo, la inmunidad de los Estados en casos de perpetración de crímenes internacionales –marcados por violaciones graves de los derechos humanos y del Derecho Internacional Humanitario- en aplicación de políticas (criminales) del Estado” (BEA, E., *óp. cit.*, pp. 106-107).

⁸²⁹ REMIRO BROTONS, A., “Malos tiempos para...”, *óp. cit.*, pp. 391-410 (versión cedida por el autor, pp. 1-21, p. 15, nota a pie 24).

deriva excepción alguna a la regla general en el caso de que se hayan cometido comportamientos tan execrables”⁸³⁰.

“En suma, la inmunidad procesal actualmente es respetada por el Derecho Penal Internacional, con el insalvable obstáculo que ello supone para los denominados, desde el punto de vista subjetivo, crímenes de Estado, íntimamente asociados, si no directamente promovidos por el aparato de poder estatal, de los que se derivan los más graves crímenes internacionales”⁸³¹.

Una opinión contraria la encontramos en el voto particular del juez ODA, el juez AL-KHSAWNEH (quien sostuvo que, si las normas que prohíben los crímenes internacionales son normas de *ius cogens*, deben prevalecer, a modo de excepción, sobre las normas que establecen la inmunidad de jurisdicción) y de la juez *ad hoc* Van den WYNGAERT. Pero también entre los trece jueces que votaron a favor encontramos diversas reservas. En concreto, los jueces HIGGINS, KOOJIMANS y BUERGENTHAL en relación al excesivo alcance que la Corte había reconocido al instituto de la inmunidad. En este sentido se pronuncia el juez CANÇADO:

“A mi entender, la tensión entre la inmunidad del Estado y el derecho de acceso a la justicia debe ser correctamente resuelta a favor de este último, particularmente en casos de crímenes internacionales. Hay que tener presente los imperativos de la realización de la justicia a fin de combatir la impunidad y evitar la repetición de dichos crímenes en el futuro. El test de la *gravedad* de las violaciones ocurridas (independientemente de quién las cometió o si se realizaron al servicio de políticas criminales del Estado) remueve cualquier obstáculo a la jurisdicción en el intento de restar reparación a los individuos victimados. (...) los Estados simplemente no pueden renunciar a derechos que no son suyos, sino que son inherentes a los seres humanos; los intentos de “renuncia” a estos derechos por parte del Estado son contrarios al *ordre public* internacional y están desprovistos de cualesquiera efectos jurídicos. (...) esto lo reconoce la propia *conciencia jurídica universal*, que es la fuente *material* última de todo el Derecho en conformidad con la concepción humanista que sostengo del propio Derecho Internacional, del derecho de gentes

⁸³⁰ VALLEJO PEÑA, C., *El estado de la jurisdicción universal en el Derecho Internacional...*, óp. cit., p. 183.

⁸³¹ VALLEJO PEÑA, C., *El estado de la jurisdicción universal en el Derecho Internacional...*, óp. cit., pp. 181-184.

(*droit des gens*), entre otras razones para evitar la repetición de los horrores y las atrocidades del pasado”⁸³².

Así, aunque no podamos más que apuntar en la dirección de la opinión de la doctrina, así como de la tendencia mencionada, lo cierto es que la posición de la CIJ anuncia que el DI aún no está preparado para una evolución de este tipo, entendiéndose la *prudencia* al no *forzar* el cambio con el establecimiento de normas que no son conformes al DI en la actualidad, como señala el profesor Cesáreo GUTIÉRREZ ESPADA, que si bien se refiere a la *Ley Orgánica 16/2015, de 27 de octubre, sobre privilegios e inmunidades de los Estados extranjeros, las Organizaciones Internacionales con sede u oficina en España y las conferencias y reuniones internacionales celebradas en España*⁸³³, adoptada tras la adhesión de España a la *Convención de Naciones Unidas sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y sus bienes (2004)*⁸³⁴, su razonamiento puede ser aplicado al caso que nos ocupa, para concluir con la siguiente reflexión:

“Si el Legislador no, quizás el Juez lo haga, a admitir me refiero una nueva excepción a la inmunidad de jurisdicción del Estado, incluso cuando éste actúa

⁸³² BEA, E., *óp. cit.*, pp. 89-90.

⁸³³ *Ley Orgánica 16/2015, de 27 de octubre, sobre privilegios e inmunidades de los Estados extranjeros, las Organizaciones Internacionales con sede u oficina en España y las conferencias y reuniones internacionales celebradas en España*, BOE núm. 258, de 28 de octubre de 2015.

⁸³⁴ Igual que no estuvo preparada la Convención de las Naciones Unidas de 2004 para recoger aquella “tendencia que atacaba el “absolutismo” de la concepción restrictiva de la inmunidad de jurisdicción, según la cual la inmunidad de jurisdicción del Estado sólo cedía en los casos en los que éste obra como un particular (*acta iure gestionis*), pero no (de ahí lo de “absolutismo”) cuando lo hacía como Estado, como ente dotado de *imperium (acta iure imperii)*”. Tendencia que el grupo de trabajo, presidido por Gerhard HAFNER, puso de manifiesto entregando un informe al Relator Especial Yusei YAMADA durante los debates de los trabajos preparatorios de la Convención. El Informe incluía “un apéndice por el que se hacía saber a la Sexta Comisión la existencia de una práctica incipiente que veía en la violación de normas de *ius cogens* por actos de Estado una nueva excepción a la inmunidad de jurisdicción (...), concluyendo el Informe que dichos desarrollos “no debían ser ignorados”. Pero la Sexta Comisión no lo tuvo en cuenta, lo cual “si bien se mira, también es una respuesta”. E igual ocurrió en España al entenderlo también así “el Consejo de Estado, al no avalar la propuesta del Consejo General del Poder Judicial respecto al artículo 11 del Anteproyecto, de incluir una clara disposición que negara la inmunidad de los Estados extranjeros en casos de violación de normas de *ius cogens*” (Dictamen 693/2015, de 23 de julio). Sin embargo, la Ley española, en el último párrafo de su preámbulo señala: “Por otro lado, su contenido ha de entenderse, en todo caso, sin perjuicio de las obligaciones internacionales de nuestro país respecto del enjuiciamiento de crímenes internacionales, así como de sus compromisos con la Corte Penal Internacional”. Un guiño al hecho de que la inmunidad de los Estados no debe impedir a las víctimas alcanzar su justicia (GUTIÉRREZ ESPADA, C., “Sobre la inmunidad de jurisdicción de los Estados extranjeros...”, *óp. cit.*, pp. 27-33).

como tal, como Estado soberano. ¿No es, acaso, el principio mismo de inmunidad de jurisdicción una criatura del Juez?

Sí, el Derecho vigente puede cambiar. Y a juicio al menos de quien les habla debería hacerlo. Porque no es razonable que “la falta de coherencia estructural” del Derecho internacional en cuanto a estos dos sectores del ordenamiento (la inmunidad de jurisdicción del Estado y la protección de los derechos del ser humano) repercuta en los seres humanos, como hoy se hace”⁸³⁵.

1.2.1 El principio de irrelevancia del cargo oficial y la jurisprudencia internacional

La CIJ ha tenido varias oportunidades de pronunciarse acerca del principio de improcedencia de cargo oficial. La primera vez fue en el año 2002 en el asunto *relativo a la orden de detención de 11 de abril de 2000* (República Democrática del Congo v. Bélgica)⁸³⁶, en relación a la demanda que el Congo interpuso contra Bélgica por la orden de detención que un juez belga dictó contra el Ministro de Exteriores del Congo ⁸³⁷. La CIJ señaló en su sentencia que la norma

⁸³⁵ GUTIÉRREZ ESPADA, C., “Sobre la inmunidad de jurisdicción de los Estados extranjeros...”, *óp. cit.*, p. 32.

⁸³⁶ *Asunto relativo a la orden de detención de 11 de abril de 2000 (República Democrática del Congo v. Bélgica)*, Sentencia de 11 de abril de 2000, *ICJ Reports 2002*. Más tarde, la CIJ volvió a subrayar la existencia de la inmunidad absoluta durante la duración del cargo en el asunto *ciertas cuestiones de asistencia mutua en asuntos penales* (Djibouti v. Francia), Sentencia de 4 de junio de 2008, haciendo referencia al asunto *sobre la orden de detención de 11 de abril de 2000* (párr. 170) y añadiendo que el artículo 29 de la *Convención de Viena sobre relaciones diplomáticas* es aplicable necesariamente al Jefe de Estado pues: “This provision translates into positive obligations for the receiving State as regards the actions of its own authorities, and into obligations of prevention as regards possible acts by individuals. In particular, it imposes on receiving States the obligation to protect the honour and dignity of Heads of State, in connection with their inviolability” (párr. 174).

⁸³⁷ Señala Antoni PIGRAU que ésta resolución en la que no se reconocía la inmunidad fue uno de los motivos de la modificación de la ley belga de 1993, y su versión de 1999, que contemplaba un jurisdicción universal pura, hasta su casi derogación en 2003. Y, al mismo tiempo, fue la que potencializó la presentación de demandas, que en ocasiones dio lugar a la admisión e inicio del proceso, contra Ariel Sharon, George Bush, Saddam Hussein o Fidel Castro, entre otros (*La jurisdicción universal y su aplicación en España: la persecución del genocidio, los crímenes de guerra y los crímenes contra la humanidad por los Tribunales nacionales*, Colección Recerca per Drets Humans, 3, Generalitat de Catalunya, Oficina de promoción de la paz y los Derechos Humanos, Barcelona, 2009, p. 62). Sobre las demandas citadas y sus reacciones políticas, puede consultarse: BAILLEUX, A., *La compétence universelle au carrefour de la pyramide et du réseau. De l'expérience belge à l'exigence d'une justice pénale transnacionales*, Bruylant, Bruxelles, 2005, pp. 97-98; y DAVID, E., “Que reste-t-il de la compétence universelle dans la loi du 5 août 2003?”, *Jura Falconis*, vol. 40, núm. 1, 2003-2004, pp. 55-72, pp. 55 y ss., disponible en <https://www.law.kuleuven.be/apps/jura/public/art/40n1/david.pdf>.

consuetudinaria de la inmunidad continúa vigente y sin excepción alguna⁸³⁸ y que, por tanto, los representantes estatales tienen inmunidad absoluta mientras dure su cargo⁸³⁹ (argumento presentado por el Congo), señalando además que no era

⁸³⁸ La sentencia fue aprobada por trece votos a favor contra los tres votos de los jueces ODA, Van Den WYNGAERT y Al-KHASAWNEH, señalando este último que no podemos considerar la inmunidad de jurisdicción absoluta cuando estamos hablando de normas de *ius cogens* que prohíben los crímenes más graves del DI, debiendo prevalecer excepcionalmente cuando se trata de la inmunidad de un Ministro de Asuntos Exteriores (Opinión disidente del juez AL-KHASAWNEH, párr. 7). Por su parte, la opinión de los jueces HIGGINS, KOOJMANS y BUERGENTHAL, señala que en el DI actual el principio de responsabilidad penal individual debe encontrar un equilibrio con otros intereses también de la comunidad internacional: “On the one scale, we find the interest of the community of mankind to prevent and stop impunity for perpetrators of grave crimes against its members; on the other, there is the interest of the community of States to allow them to act freely on the inter-State level without unwarranted interference. A balance therefore must be struck between two sets of functions, which are both valued by the international community. Reflecting these concerns, what is regarded as a permissible jurisdiction and what is regarded as the law on immunity are in constant evolution. The weights on the two scales are not set for all perpetuity. Moreover, a trend is discernible that in a world which increasingly rejects impunity for the most repugnant offences, the attribution of responsibility and accountability is becoming firmer, the possibility for the assertion of jurisdiction wider and the availability of immunity as a shield more limited. The law of privileges and immunities, however, retains its importance since immunities are granted to high State officials to guarantee the proper functioning of the network of mutual inter-State relations, which is of paramount importance for a well-ordered and harmonious international system” (Opinión separada de los jueces Higgins, Kooijmans y Buergenthal, párr. 75). La amplia mayoría que sostiene la sentencia pone de relieve “una clara señal de que el órgano judicial principal de las Naciones Unidas no desea someter la estabilidad de las relaciones internacionales a turbulencias originadas por una persecución descentralizada de los crímenes, por abyectos que sean” (REMIRO BROTONS, A., “Derecho y Política en la persecución de los crímenes internacionales en España”, TAMARIT SUMALLA, J. (Coord.), *Justicia de transición, justicia penal internacional y justicia universal*, Atelier, Barcelona, 2010, pp. 207-224, pp. 220-221).

⁸³⁹ La insatisfacción acerca de la interpretación por parte de la CIJ fue general, pues conlleva la inmunidad *de facto* de los responsables de la comisión de los graves crímenes internacionales. Como señala J. JORGE URBINA, “los únicos dirigentes políticos –normalmente, dictadores– que se van a sentar en el banquillo de los acusados por los crímenes de guerra en los que hayan participado durante su mandato son aquellos que se hayan visto obligados a abandonar el poder y que no encuentre ningún otro Estado que les sirva de refugio frente a cualquier intento de enjuiciamiento” (*óp. cit.*, p. 293). Y las críticas no tardaron en producirse, señalando que se ignoraba la *filosofía* que inspiró la creación de los tribunales penales internacionales, que va en contra de la práctica actual y que se distancia también del Proyecto de crímenes contra la paz y la seguridad internacionales de la CDI de 1996, priorizando la soberanía estatal frente a la lucha contra la impunidad de los crímenes internacionales más graves (REMIRO BROTONS, A., “Pinochet: los límites de la inmunidad, *Política Exterior*, vol. VI, núm. 67, enero/febrero-1999, pp. 43-58, pp. 51-52; ABELLÁN HONRUBIA, V., *óp. cit.*, p. 421; CARNERERO CASTILLA, R., “Un paso atrás en la lucha contra la impunidad. La sentencia de la Corte Internacional de Justicia de 14 de febrero de 2002 en el asunto relativo a la orden de arresto de 11 de abril de 2000 (República Democrática del Congo c. Bélgica)”, SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, L. I., QUEL LÓPEZ, F. J. y LÓPEZ MARTÍN, A. G. (Coords.), *El poder de los jueces y el estado actual del derecho internacional: análisis crítico de la jurisprudencia internacional (2000-2007)*, Universidad del País Vasco, País Vasco, 2010, pp. 125-142, p. 96). Por el contrario, el profesor Jaume FERRER señala que: “la decisión del TIJ puede calificarse de ajustada a derecho. Parece claro que el TIJ tiene como misión la de interpretar y aplicar las normas internacionales vigentes. Al máximo órgano judicial internacional no le corresponde ningún protagonismo en el proceso de cambio normativo. (...) Si el TIJ hubiera asumido la argumentación que mantiene el Juez Al-Khasawneh en su breve Opinión disidente, a través del recurso a nociones generales que pretenden convertirse en remedios infalibles contra todos los males como la de *ius cogens*, hubiera ido más allá de la función judicial para inmiscuirse de lleno en el proceso de cambio normativo

posible deducir de la práctica una conclusión distinta⁸⁴⁰. Precisó que las inmunidades también resultan válidas en los tribunales nacionales a pesar de que ciertos tratados internacionales reguladores de crímenes internacionales establezcan la regla *aut dedere aut iudicare*⁸⁴¹, matizando su afirmación en los siguientes términos:

“The Court emphasizes, however, that the *immunity* from jurisdiction enjoyed by incumbent Ministers for Foreign Affairs does not mean that they enjoy *impunity* in respect of any crimes they might have committed, irrespective of their gravity. Immunity from criminal jurisdiction and individual criminal responsibility are quite separate concepts”⁸⁴².

relativo al sector de normas dedicado a la responsabilidad penal del individuo, asumiendo una labor que a todas luces no le corresponde. (...) Desde luego, no se le puede pedir al TIJ que vaya por delante de los Estados, anticipándose al proceso de creación y cambio de normas que desarrollan los propios Estados, haciendo caso omiso a la práctica internacional, exponente del derecho internacional consuetudinario vigente” (“Impunidad *versus* inmunidad de jurisdicción: la sentencia del Tribunal Internacional de Justicia de 14 de febrero de 2002 (República Democrática del Congo contra Bélgica)”, *AEDI*, núm. 18, 2002, pp. 305-346, pp. 333-334). Sin embargo, si la inmunidad es una *criatura* jurisprudencial, en nuestra opinión, la *interpretación y aplicación* de las normas del DI en la actualidad por la CIJ, teniendo en cuenta el principio de protección de los DDHH, así como el principio de responsabilidad penal individual, podría haber sido otra, como la establecida por otros tribunales penales internacionales y otros tribunales domésticos. Todo ello teniendo en cuenta el hecho de que la CIJ si innovó y fue por delante respecto al reconocimiento de inmunidad a un Ministro de Asuntos Exteriores (y no un Jefe de Estado o de Gobierno). Más adelante, por el contrario, el profesor FERRER, sí critica la postura excesivamente conservadora de la CIJ al no señalar ésta que los crímenes de guerra y los crímenes contra la humanidad no deben ser incluidos entre los actos oficiales que puede realizar un Ministro de Asuntos Exteriores y, por tanto, quedar bajo el paraguas de la inmunidad de jurisdicción ante los tribunales de terceros Estados (“Impunidad *versus* inmunidad de jurisdicción: la sentencia...”, *óp. cit.*, p. 336). Como bien señala aquí el profesor, la práctica es escasa en este sentido (asunto *Pinochet*) pero, en nuestra opinión, el *remedio infalible* lo encontramos en la propia naturaleza de *ius cogens* de las normas que prohíben los crímenes de DI más graves y que debieran evitar el reconocimiento de la inmunidad absoluta (norma consuetudinaria), como señalara el juez Al-KHASAWNEH en su ya mencionada Opinión disidente (párr. 7). En este sentido, CERVELL HORTALL, M^a. J., *Genocidio, responsabilidad internacional e...*, *óp. cit.*, p. 188. Así, como apuntan Héctor OLÁSULO ALONSO, Juan Ramón MARTÍNEZ VARGAS y Ana María RODRÍGUEZ POLANÍ, se trata de una “artificial ruptura que la CIJ en el caso Yerodia ha introducido en el normal funcionamiento del principio de prevalencia normativa entre normas de distinto rango jerárquico dentro de un mismo ordenamiento jurídico”, siendo lo sorprendente los apoyos recibidos por la doctrina “a pesar de que la misma entrafie afirmar la existencia de una doble escala normativa dentro del derecho internacional: una para las normas sustantivas y otra para las normas procesales” (“La inmunidad de jurisdicción penal por crímenes internacionales de los Jefes de Estados, los Jefes de Gobierno y los Ministros de Asuntos Exteriores”, *Revista Chilena de Derecho*, vol. 43, núm. 1, 2016, pp. 251-281, p. 269).

⁸⁴⁰ Asunto *relativo a la orden de detención de 11 de abril de 2000* (República Democrática del Congo v. Bélgica), Sentencia de 14 de febrero de 2002, *ICJ Reports 2002*, párr. 58.

⁸⁴¹ Asunto *relativo a la orden de detención de 11 de abril de 2000* (República Democrática del Congo v. Bélgica), Sentencia de 14 de febrero de 2002, *ICJ Reports 2002*, párr. 59.

⁸⁴² Asunto *relativo a la orden de detención de 11 de abril de 2000* (República Democrática del Congo v. Bélgica), Sentencia de 14 de febrero de 2002, *ICJ Reports 2002*, párr. 60. Si bien señala la Corte que inmunidad no significa impunidad, compartimos con el abogado Manuel OLLÉ su crítica cuando

La CIJ apuntó, asimismo, que mientras la inmunidad de jurisdicción tiene una naturaleza procesal, la inmunidad penal posee naturaleza de derecho sustantivo. De ahí que, la inmunidad jurisdiccional pueda obstaculizar durante un cierto periodo de tiempo, o para ciertos crímenes, el enjuiciamiento pero no puede eximir de toda la responsabilidad penal. De esta manera, las inmunidades que posee una persona de acuerdo al DI no representan un impedimento para el enjuiciamiento penal, en concreto, en cuatro situaciones:

- Primero, los titulares no disfrutaban de inmunidad penal en virtud del DI en sus propios Estados, ante cuyos tribunales pueden ser juzgados de conformidad con las normas pertinentes del derecho interno. Sin embargo, como apunta la profesora María José CERVELL, no es una práctica común. Al contrario, los casos en los que un Jefe de Estado ha podido cometer crímenes se suelen dar en periodos dictatoriales en los que se torna ardua la opción apuntada por la Corte⁸⁴³.
- Segundo, esas personas dejarán de disfrutar de inmunidad de jurisdicción si el Estado que representan o han representado decide retirar dicha inmunidad⁸⁴⁴.
- Tercero, una vez que una persona deje de ocupar el cargo, dejará de disfrutar de todas las inmunidades reconocidas por el DI en otros Estados. En este caso, un tribunal de un Estado, si tiene jurisdicción, podrá juzgarlo por actos cometidos antes o durante el período de su mandato por los actos cometidos durante ese período, pero de forma privada.
- En último lugar, una persona que disfrute de inmunidad puede ser enjuiciado por los tribunales penales internacionales que tengan jurisdicción. Es el caso

de crímenes internacionales se trata y es que: “No es necesario realizar ningún esfuerzo para inferir de las palabras de la CIJ, un mero voluntarismo teórico, ya que en la práctica es más que evidente que *de facto*, ante la concurrencia adicional de diferentes factores, en estos casos, en su inmensa mayoría, por no decir en todos, inmunidad será igual a impunidad” (“Principios Generales”, *óp. cit.*, p. 181).

⁸⁴³ CERVELL HORTALL, M^a. J., *Genocidio, responsabilidad internacional e...*, *óp. cit.*, p. 171. Además, el propio Estado puede incluso presentar más obstáculos aún como consecuencia de las inmunidades: amnistías, indultos, leyes de punto final... que incluso “pueden haber sido aprobadas en su favor” (CARNERERO CASTILLA, R., “Un paso atrás en la lucha contra la impunidad...”, *óp. cit.*, p. 99).

⁸⁴⁴ Como bien apunta la profesora María José CERVELL, así lo recogía un año antes de la Sentencia de la CIJ el IDI en su sesión de Vancouver (*Genocidio, responsabilidad internacional e...*, *óp. cit.*, p. 171).

del TPIY, TPIR o la CPI⁸⁴⁵, tal y como señalan sus Estatutos vistos unos párrafos atrás. Sin embargo, no podemos olvidar aquí las limitaciones temporales, *ratione materiae* y *ratione personae* que éstos recogen.

La CIJ volvió a tener una nueva oportunidad de referirse a las inmunidades absolutas cuando se trata de un representante estatal en el asunto *cuestiones relativas a la obligación de procesar o extraditar* (Bélgica v. Senegal) de 2012⁸⁴⁶, en relación a la demanda que Bélgica interpuso contra Senegal en el año 2009 para que Senegal, que había otorgado el asilo al ex Presidente del Chad, Hissène Habré, lo entregara a Bélgica o lo enjuiciara, basándose para ello en la *Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes* de 1984⁸⁴⁷. La Corte consideró que, de acuerdo con la Convención contra la tortura, “la partes en la Convención tienen un interés común (...) en asegurar que los actos de tortura se prevengan y que, en caso de tener lugar, que sus autores no disfruten de impunidad”⁸⁴⁸, obviando por completo la cuestión de la inmunidad⁸⁴⁹.

También los tribunales penales internacionales (*ad hoc* o permanentes), han tenido la oportunidad de pronunciarse acerca de la institución de la inmunidad en varias ocasiones, señalando que en DI la inmunidad pierde parte de su fundamento, de ahí las excepciones que se recogen en sus respectivos estatutos.

“La libertad de acción que [las inmunidades] garantizan ante un Estado extranjero no tiene sentido en el ámbito internacional en el que, además, a estos órganos

⁸⁴⁵ Como fue el asunto *relativo a la orden de detención de 11 de abril de 2000* (República Democrática del Congo v. Bélgica), Sentencia de 14 de febrero de 2002, *ICJ Reports 2002*, párr. 61.

⁸⁴⁶ Asunto *cuestiones relativas a la obligación de procesar o extraditar* (Bélgica v. Senegal), Sentencia de 20 de julio de 2012, *ICJ Reports 2012*.

⁸⁴⁷ *Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes* de 10 de diciembre de 1984, *BOE* núm. 268, de 9 de noviembre de 1987.

⁸⁴⁸ Asunto *cuestiones relativas a la obligación de procesar o extraditar* (Bélgica v. Senegal), Sentencia de 20 de julio de 2012, *ICJ Reports 2012*, párr. 68.

⁸⁴⁹ “Puede que le bastara la decisión de la Conferencia Nacional Soberana de Chad de 1993, que había retirado la inmunidad del Sr. Habré (párr. 20 de la sentencia), pero no lo aclaró, y dado que una de las razones aducidas por Senegal fue precisamente la inmunidad por los actos llevados a cabo en el ejercicio de sus funciones (párr. 22), no hubiera estado (ni mucho menos) de más acometer la cuestión y no rehuirla una vez más” (CERVELL HORTAL, M^a. J., *Genocidio, responsabilidad internacional e...*, *óp. cit.*, p. 186). Quizá entendiera la CIJ que este caso se correspondía con aquella situación, que señalaba en segundo lugar (“esas personas dejarán de disfrutar de inmunidad de jurisdicción si el Estado que representan o han representado decide retirar dicha inmunidad”), de forma que Habré no disfrutaba ya de ningún tipo de inmunidad. Pero como bien dice la profesora CERVELL, “no hubiera estado de más” señalarlo.

judiciales se reconoce una independencia y objetividad no siempre predicable de los establecidos a nivel internacional”⁸⁵⁰.

El primero que puso de manifiesto las excepciones a la norma consuetudinaria de la inmunidad jurisdiccional que acompañan al cargo de un Jefe de Estado sin que se pudiera así excluir la responsabilidad por los crímenes internacionales más graves cometidos durante el mandato de mismo fue el TPIY (asunto *Milosevic*⁸⁵¹, asunto *Furundzija*⁸⁵², *Karadzic y Blaskic*). Después le siguieron el TPIR (asunto *Kambanba*⁸⁵³), el TESL (asunto *Lubanga*⁸⁵⁴ y asunto *Charles Taylor*⁸⁵⁵), las CETC (*Khieu Samphan*⁸⁵⁶) y la CPI (Omar Al Bashir⁸⁵⁷, Muammar

⁸⁵⁰ Así se señaló por la Sala de Apelaciones del TESL en el asunto *de la inmunidad de jurisdicción respecto de Charles Taylor* en 2004: “el principio de la inmunidad de los Estados deriva de la igualdad entre ellos y por eso un Estado no puede juzgar la conducta de otro y consiguientemente carece de relevancia para los tribunales penales internacionales, que no son órganos del Estado y cuyos mandatos derivan de la comunidad internacional” (CERVELL HORTAL, M^a. J., *Genocidio, responsabilidad internacional e...*, óp. cit., p. 195).

⁸⁵¹ El TPIY solicitó la extradición de Slobodan Milosevic a la República de Serbia por crímenes contra la humanidad durante la guerra de Kosovo (TPIY, *Prosecutor v. Milosevic*, núm. IT-02-54, Acusación, 24 de mayo de 1999). Serbia, debido a su condición de ex Presidente de la República Federal de Yugoslavia, manifestó sus dudas acerca de si el TPIY tendría o no jurisdicción. El TPIY rechazó la alegación serbia y Milosevic fue entregado el 28 de junio de 2001, tras ser arrestado en Belgrado. Sin embargo, este proceso no llegó a concluirse a causa del fallecimiento de Milosevic en 2006 (TPIY, *Prosecutor v. Milosevic*, núm. IT-9-37-PT, Decisión relativa a las excepciones prejudiciales, 8 de noviembre de 2001, párrs. 28-29), disponibles en <http://www.un.org/icty/indictnebt/english/mil-ii990524e.htm>. “En definitiva, el Estado refugio del presunto responsable del crimen puede, amparado por el Derecho internacional, oponerse a su extradición, lo que, (...) queda de manifiesto en el artículo 98 del Estatuto de la Corte Penal Internacional, que otorga primacía a los tratados en relación a la inmunidad, a pesar de que el artículo 27 niega la inmunidad como causa de exoneración” (VALLEJO PEÑA, C., *El estado de la jurisdicción universal en el Derecho Internacional...*, óp. cit., p. 181).

⁸⁵² TPIY, Sala de primera instancia, *Fiscal v. Anto Furundzija*, núm. IT-95-17/1-T, Sentencia, 10 de diciembre de 1998, párr. 140.

⁸⁵³ Primer Ministro de Ruanda, condenado a cadena perpetua por genocidio, asesinato y exterminio (TPIR, *Prosecutor v. J. Kabamda*, núm. ICTR-97-23—S, Sentencia, 19 de octubre de 2000, párr. 44).

⁸⁵⁴ EL TESL condenó, al ex líder de la guerrilla congoleña, Thomas Lubanga a 14 años de prisión como culpable de crímenes cometidos en la República del Congo entre 2002 y 2003 pues bajo su mando el Ejército de liberación del Congo había cometido violaciones de DDHH y, en particular, reclutamiento de menores.

⁸⁵⁵ Charles Taylor, durante su cargo como Presidente de Liberia, fue acusado de cómplice de crímenes de guerra y contra la humanidad junto a dos grupos armados durante el conflicto de Sierra Leona (TESL, *Prosecutor v. Ch. Taylor*, Acusación, 7 de marzo de 2003). La Sala de Apelaciones señaló que: “We hold that the official position of the Applicant as an incumbent Head of State at the time when these criminal proceedings were initiated against him is not a bar to his prosecution by this court. The Applicant was and is subject to criminal proceedings before the Special Court for Sierra Leone”, párr. 53, disponible en www.sc-sl.org.

⁸⁵⁶ Jefe de Estado de la República de Kampuchea, CETC, *Prosecutor v. Samphan*, Sala de juicio, 7 de agosto de 2014.

Gaddafi⁸⁵⁸, Laurent Ngagbo y Urumu Kenyatta⁸⁵⁹). Se reconoce, por tanto, que la inmunidad de los más altos representantes de los Jefes de Estado, estén o no en el cargo, tal y como se recoge en DI consuetudinario, pierde su razón cuando se trata de la comisión de crímenes internacionales. Se trataría de una práctica que evoluciona en el sentido de excepcionar de la inmunidad los crímenes más graves del derecho internacional, siendo tres los argumentos que fundamentan dicha excepción. En primer lugar, el hecho de que este tipo de crímenes no podrían ser considerados nunca actos oficiales de un agente estatal (asunto *Pinochet* y asunto *Yerodia*). En segundo lugar, los crímenes internacionales están prohibidos por normas de *ius cogens*, por lo que deberían prevalecer sobre la norma de inmunidad jurisdiccional establecida por una norma consuetudinaria. En tercer lugar, si el

⁸⁵⁷ La CPI, a pesar de la condición de Jefe de Estado de Sudán, dictó una orden de arresto contra Omar Al Bashir por crímenes de guerra, genocidio y crímenes contra la humanidad señalando que: “la Sala considera que la posición actual de Omar Al Bashir como Jefe de un Estado que no es parte en el Estatuto, no tiene efecto sobre la jurisdicción de la Corte en este caso”, *Resolución sobre la solicitud de la Fiscalía de una orden de arresto contra Omar Hassan Ahmad Al Bashir*, núm. ICC-02/05-01/09, 4 de marzo de 2009, párr. 41. El rechazo de la inmunidad no fue una cuestión pacífica, teniendo en cuenta que Sudán no es un Estado parte en el ECPI y la Corte tampoco se expresó al respecto. Recordemos, además, que el ECPI permite a los Estados parte cumplir con sus obligaciones internacionales (art. 98.1) y al mismo tiempo cooperar con la Corte. Tras todo un periplo en el que intervino el CS, diversos Estados africanos e, incluso, la UA y el TESL, finalmente, la Sala concluyó respecto a los Jefes de Estado que la inmunidad “no puede invocarse para evitar un procedimiento ante un tribunal internacional. Esto es igualmente aplicable a los Jefes de Estado en activo o no Parte en el Estatuto cuando la Corte pueda ejercer su jurisdicción” (párr. 36). “El compromiso de la comunidad internacional de rechazar la inmunidad en circunstancias en que los tribunales internacionales pretenden la detención por crímenes internacionales ha sido masivo” (párr. 42) haciendo referencia a casos como Charles Taylor o Gaddafi y, por esta razón, “el Derecho internacional consuetudinario crea una excepción a la inmunidad de los Jefes de Estado cuando un tribunal internacional pretende su detención por crímenes internacionales. No hay conflicto entre las obligaciones de [un Estado parte] y sus obligaciones conforme al Derecho internacional; por tanto, no se aplica el artículo 98.1 del Estatuto” (párr. 43), *Resolución conforme al artículo 87(7) del Estatuto de Roma sobre el incumplimiento de la República de Malawi de la petición de cooperación formulada por la corte respecto del arresto y entrega de Omar Hassan Ahmad Al Bashir*, núm. ICC-02/05-01/09-139, 12 de diciembre de 2011. E igual argumento volvió a repetir la Corte un día más tarde respecto al incumplimiento del Chad: *Resolución conforme al artículo 87(7) del Estatuto de Roma sobre el incumplimiento de la República del Chad de la petición de cooperación formulada por la corte respecto del arresto y entrega de Omar Hassan Ahmad Al Bashir*, núm. ICC-02/05-01/09-140, 13 de diciembre de 2011. Una crítica a esta resolución de mínimos de la CPI en relación a la inmunidad la encontramos en: CERVELL HORTAL, M^a. J., *Genocidio, responsabilidad internacional e...*, *óp. cit.*, pp. 212 y ss. Sobre el asunto Al Bashir y la inmunidad puede consultarse: ABRISKETA URIARTE, J., “Al Bashir: ¿excepción a la inmunidad del Jefe de Estado de Sudán y cooperación con la Corte Penal Internacional?”, *REDI*, vol. 68, núm. 1, 2016, pp. 19-47.

⁸⁵⁸ El Fiscal de la CPI solicitó el 16 de mayo de 2011 una orden de arresto contra el Jefe de Gobierno, Muammar Gaddafi, y contra el jefe de la inteligencia militar libia, Saif Al Islam Gaddafi (hijo de aquel) por crímenes contra la humanidad. Sin embargo, en su captura por los rebeldes, fue asesinado.

⁸⁵⁹ *Prosecutor v. Francis Kirimi Muthaura and Uhuru Muigai Kenyatta*, núm. ICC-01/09-02/11, Sentencia, 24 de agosto de 2012.

conflicto se encuentra entre dos normas internacionales de naturaleza procesal (la que permite a los Estados investigar y enjuiciar extraterritorialmente este tipo de crímenes más graves y la norma que atribuye la inmunidad a los agentes estatales frente a los tribunales extranjeros), se podría resolver acudiendo, no ya a la jerarquía normativa, sino al principio *lex posterior derogat lex anterior* (que sería la norma relativa al ejercicio de la jurisdicción extraterritorial). En cuarto y último lugar, se propone el análisis del caso concreto para dilucidar cuál es el interés que debe prevalecer: si debe ser el de la satisfacción de las víctimas de los crímenes más graves o el principio de igualdad soberana, la no injerencia y el establecimiento de unas relaciones internacionales pacíficas⁸⁶⁰.

⁸⁶⁰ Ninguno de los cuatro argumentos utilizados está exento de objeciones. El primero de ellos plantea tres problemas: a. “el carácter oficial de un acto no puede depender de que constituya o no un crimen internacional, ni tan siquiera de su legalidad o ilegalidad, sino del propósito y los medios mediante los cuales los agentes estatales lo llevaron a cabo” (Dapo AKANDE y Sangeeta SHAH); b. “el argumento no se corresponde con el hecho constatado de que los crímenes internacionales de *ius cogens* son normalmente cometidos con el apoyo o consentimiento de los Estados, lo que supone la intervención por acción u omisión de sus fuerzas policiales, militares o de inteligencia”; c. “es la capacidad que atribuye el cargo de agentes estatales (...) lo que les coloca en situación de ordenar, instigar, asistir o tolerar la comisión de crímenes internacionales. En consecuencia, si no abusaran de las facultades que les atribuye su cargo oficial, no tendrían ni la capacidad ni los medios para llevarlos a cabo” (Antonio CASSESE); y d. “si se aceptara que ningún crimen internacional pudiera ser cometido como parte de las funciones oficiales, entonces todos ellos tendrían que ser considerados como actos privados, y no podrían ser tampoco atribuidos al Estado en cuyo nombre actuaron los agentes estatales. En consecuencia, el Estado no sería responsable, ni tendría que proceder a la reparación integral de las víctimas” (Kai AMBOS). Respecto al segundo argumento, se plantea el hecho de que, “mientras las normas de *ius cogens* que prohíben los crímenes internacionales y hacen nacer la responsabilidad internacional penal operan en un plano sustantivo, las normas convencionales y consuetudinarias que reconocen la inmunidad funcional operan en un ámbito estrictamente procesal para impedir en el caso concreto las actuaciones contra agentes estatales extranjeros. En consecuencia, (...) la norma sobre inmunidad funcional no contradice ninguna prohibición contenida en las normas de *ius cogens* sino que se limita a remitir sus infracciones a un mecanismo distinto de resolución de controversias”. El tercer argumento presenta el problema de “basarse en una secuencia temporal de las normas procesales de derecho internacional sobre la que no existe ninguna certeza”. Y, en relación al último argumento, “si bien este modelo de equilibrio de intereses nos permite resolver alguno de los problemas presentados por los otros argumentos, lo cierto es que no está exento de dificultades. Así, es razonable admitir que la posición jerárquica del agente estatal extranjero ha de ser un factor importante a la hora de decantar la balanza a favor de la aplicación de la inmunidad funcional, puesto que a mayor rango jerárquico de aquel, mayor grado de injerencia en los asuntos internos del Estado al que representa y mayor nivel de desestabilización en las relaciones internacionales. En consecuencia, aquellos considerados como máximos responsables, tenderían a disfrutar de un mayor ámbito de inmunidad funcional, a pesar de que el derecho internacional penal centra en los mismos la obligación de los Estados de investigar y enjuiciar los crímenes internacionales de *ius cogens*” (OLÁSULO ALONSO, H., MARTÍNEZ VARGAS, J. R. y RODRÍGUEZ POLANÍA, A. M. “La inmunidad de jurisdicción penal...”, *óp. cit.*, pp. 265-268).

1.2.2 Inmunidad, tribunales estatales y jurisdicción universal

Hemos visto como la CIJ señalaba en el asunto *relativo a la orden de detención de 11 de abril de 2000* (República Democrática del Congo v. Bélgica) cuatro formas de luchar contra la impunidad cuando se daban inmunidades penales. La tercera de ellas hacía referencia a la posibilidad, tras finalizar el cargo del responsable estatal, de ser enjuiciados por tribunales de su Estado y de terceros Estados⁸⁶¹. Cuando son los tribunales de terceros Estados quienes enjuician, lo hacen en ejercicio del principio de jurisdicción universal. Pero, ¿cómo afecta la inmunidad de jurisdicción o principio de improcedencia del cargo oficial a la jurisdicción universal?

Señala BASSIOUNI que, debido al breve protagonismo que ha tenido la fundamentación de la jurisdicción universal en las resoluciones de los tribunales nacionales, aún no queda claro que relación existe entre la jurisdicción universal y otras instituciones del DI, de ahí que no se sepa con claridad si pueden los Jefes de Estado, así como los diplomáticos, apuntar a su inmunidad penal ante un proceso basado en la jurisdicción universal⁸⁶².

Quienes defienden la inmunidad ante los tribunales de otros Estados, incluso frente a los crímenes internacionales⁸⁶³, la justifican de acuerdo a dos argumentos. El primero de ellos hace referencia al hecho de que las inmunidades se conceden para proteger al individuo, de forma que este no sea condenado por actos que le corresponderían al Estado. El segundo parte del hecho de que, si no se otorgaran, sería absurdo hablar de inmunidad del Estado, pues siempre necesitará de un representante para sus actuaciones⁸⁶⁴. Para contrarrestarlos, comienzan a abrirse paso dos argumentos en contra de que la inmunidad de jurisdicción se dé en el caso de crímenes internacionales una vez concluido el mandato. Por un lado,

⁸⁶¹ El principio de jurisdicción universal ha sido, junto al hecho de que la mayoría de crímenes internacionales de *ius cogens* se cometen con el apoyo o consentimiento del poder estatal y los numerosos representantes que han sido juzgados ante tribunales internacionales penales, uno de los tres factores que han contribuido al desarrollo del contenido y alcance de la inmunidad de jurisdicción penal de los agentes estatales (OLÁSULO ALONSO, H., MARTÍNEZ VARGAS, J. R. y RODRÍGUEZ POLANÍA, A. M. "La inmunidad de jurisdicción penal por crímenes internacionales...", *óp. cit.*, p. 259).

⁸⁶² BASSIOUNI, M. CH., "Universal Jurisdiction for International Crimes...", *óp. cit.*, p. 3.

⁸⁶³ Véase AKANDE, D. and SHAH, S., "Immunities of State Officials, international crimes and foreign domestic courts", *EJIL*, vol. 2, núm. 4, 2010, pp. 815-852.

⁸⁶⁴ CERVELL HORTAL, M^a. J., *Genocidio, responsabilidad internacional e...*, *óp. cit.*, p. 179.

no puede considerarse que la comisión de esos crímenes sea una función del Jefe de Estado, por lo que no podrían entenderse como actos *iure imperii* y seguir disfrutando de inmunidad material; por otro lado, los crímenes internacionales tienen naturaleza de *ius cogens*, con lo que resulta difícil explicar por qué estas normas no prevalecen frente a la impunidad ante tribunales de otros Estados durante el mandato del Jefe de Estado.

Al margen de consideraciones doctrinales, la práctica judicial nos ofrece una serie de asuntos que arrojan algo de luz sobre la materia. Así, podemos concluir que los representantes estatales, durante su mandato, gozan de una inmunidad que despliega efectos *ratione personae* y *ratione materiae*, por actos *iure imperii* y actos *iure gestionis*, permitiéndoseles así ejercer su cargo con absoluta libertad y no para su propio beneficio personal “sino en beneficio de los Estados”⁸⁶⁵. Lo podemos comprobar en los asuntos *Fidel Castro*⁸⁶⁶, *Rubert Mugabe*⁸⁶⁷, *Gaddafi*⁸⁶⁸,

⁸⁶⁵ Así lo contempla la ya analizada Sentencia de la CIJ en el asunto *relativo a la orden de detención de 11 de abril de 2000* (República Democrática del Congo v. Bélgica), de 11 de abril de 2000, y también el comentado artículo 7 del *Proyecto de Código de crímenes contra la paz y la seguridad de la Humanidad* de 1996 de la CDI. Sin embargo, como bien apunta la profesora Esperanza ORIHUELA, “Esta situación ha propiciado las críticas de quienes consideran que tal actitud supone un aliciente para que los violadores de los derechos humanos se perpetúen en el poder” (“Justicia universal y...”, *óp. cit.*, p. 151). En el mismo sentido, OLÁSULO ALONSO, H., MARTÍNEZ VARGAS, J. R. y RODRÍGUEZ POLANÍ, A. M., “La inmunidad de jurisdicción penal por...”, *óp. cit.*, pp. 268-269.

⁸⁶⁶ El Auto del Pleno la Sala de lo Penal de la AN, de 4 de marzo de 1999, de inadmisión de la querrela en el asunto *Fidel Castro* señala: “Si España reconoce la soberanía del pueblo cubano y mantiene con dicho país relaciones diplomáticas, la jurisdicción penal española no puede atribuirse el conocimiento de los hechos, supuestamente delictivos (sean o no genocidio, terrorismo y torturas los delitos a que la querrela se refiere) en cuanto que uno de los querrelados es el Excmo. Sr. D. Fidel Castro que representa, frente a España, la soberanía del pueblo cubano. Con ello basta para rechazar la admisión a trámite de la querrela, pues lo que el pleno fija como razón de ser de la inadmisión de la querrela es la no posibilidad de que el conocimiento de aquella corresponda a la jurisdicción penal española. Innecesario es decir que la solución anterior en nada contradice una reciente resolución de este mismo pleno, en el que el querrelado era el senador de la República de Chile General Pinochet, dado que no se trataba de un Jefe de Estado extranjero, al haber cesado en dicho cargo cuando se desestimó el recurso contra la admisión de la querrela (...). Hay pues exenciones jurisdiccionales de Derecho interno y a ello se refiere el art. 53.3 de la Constitución española que proclama la inviolabilidad del Rey, y exenciones jurisdiccionales de Derecho externo, cual es la del Jefe de Estado extranjero, que se configura como inmunidad de carácter general dentro del orden penal y jurisdiccional del Estado receptor, tratándose de una exención jurisdiccional absoluta”. En el mismo sentido, el Auto del Juzgado Central de Instrucción núm. 1 de la AN, de 25 de octubre de 1999, asunto *Milosevic*; Auto del Juzgado Central de Instrucción núm. 4 de la AN de 18 de marzo de 2003, asunto *Hugo Chávez*; y Auto del Juzgado Central de Instrucción núm. 4 de la AN de 6 de febrero de 2008, asunto *Ruanda-República Democrática del Congo*, en relación a Paul Kagame, Presidente de la República de Ruanda. En el mismo sentido, los Autos del Pleno de la AN, ambos de 23 de diciembre de 1998, en relación al Rey de Marruecos, Hassan II, y a Teodoro Obiang Nguema, Presidente de la República de Guinea Ecuatorial.

⁸⁶⁷ Donde los tribunales de Reino Unido mantuvieron la inmunidad del Jefe de Estado de Zimbabue, *Bow Street District Superior Court, Peter Tatchell v. President Robert Mugabe*, Sentencia de 14 de

*Sharon y otros*⁸⁶⁹, *Wei Ye v. Jiang Zemin*⁸⁷⁰, *Clinton y otros*⁸⁷¹, *Tachina v. Mugabe*⁸⁷² y *Jones*⁸⁷³, excepto que los Estados hubieran excluido esas inmunidades personales por vía consuetudinaria o convencional, planteándose como una posibilidad más *ficticia* que real⁸⁷⁴.

“En estos casos, evitar la desestabilización institucional a que se podría ver sometido un Estado cuyos máximo dirigentes se vean enjuiciados por tribunales extranjeros, o por una posible utilización abusiva de la justicia penal frente a los líderes políticos de otro Estado, explica que aún hoy en día la inmunidad *ratione materiae* siga prevaleciendo sobre el enjuiciamiento de los crímenes (...) por

enero de 2004. Véase “Decisions of British Courts during 2004 involving questions of public or private international law”, *BYIL*, vol. 75, 2004, pp. 407-408.

⁸⁶⁸ Se reconoció la inmunidad del Jefe de Estado de Libia, Corte de Casación, Asunto *Kadhafi*, Sentencia núm. 1414, de 13 de marzo de 2001. “Interesante precedente (...) la decisión adoptada el 6 de octubre de 1999 por un juez antiterrorista francés, admitiendo una demanda por complicidad en homicidio voluntario contra el coronel Muammar Gaddafi, máximo dirigente libio, en relación con el atentado sufrido en septiembre de 1989 por un aeronave de la compañía aérea UTA. Tal decisión fue confirmada por el Tribunal de Apelación de París [Sentencia de 20 de octubre de 2000] si bien la Corte de Casación puso fin al procedimiento [Sentencia de 13 de marzo de 2001]” (CARNERERO CASTILLA, R., *óp. cit.*, p. 96).

⁸⁶⁹ *Asunto Aff. Hijazi S. et crts. C/Sharon A. et Yaron A.*, Cour de Cassation, Section Francaise, 2e Chambre, arrêt du 12 fevrier 2003, núm. JC032C1_1.

⁸⁷⁰ Sentencia de 8 de septiembre de 2004, US Court of Appeals for the Seventh Circuit.

⁸⁷¹ “Llamativa resultó, sin duda, la apertura de diligencias judiciales, en agosto de 1999, y posterior condena en rebeldía a la pena de 20 años de cárcel, en septiembre de 2000, de los presidentes de Estados Unidos, Bill Clinton, y de Francia, Jacques Chirac, así como de otras relevantes personalidades que ocuparon u ocupan cargos de responsabilidad en la OTAN –Javier Solana y el general Wesley Clark- o en algunos países miembros –Tony Blair, Gerhard Schröder y los entonces titulares de Asuntos Exteriores y de Defensa de Estados Unidos, Francia, Reino Unido y Alemania-, por parte de un tribunal de Belgrado como consecuencia de los bombardeos efectuados en 1999 en el marco del conflicto de Kosovo, actuaciones judiciales que, sin embargo, fueron descalificadas sin ningún rigor jurídico en medios periodísticos y políticos occidentales” (CARNERERO CASTILLA, R., *óp. cit.*, pp. 96-97).

⁸⁷² Es interesante destacar cómo, del análisis de la jurisprudencia estadounidense, se puede concluir “la escasa predisposición de los tribunales a pronunciarse sobre la inmunidad de jurisdicción de los jefes de Estado, jefes de Gobierno o ministros de Asuntos Exteriores, reconociendo que tal decisión debe corresponder al Poder Ejecutivo, puede tener importantes repercusiones en la política exterior” (JORGE URBINA, J., *óp. cit.*, pp. 283-284).

⁸⁷³ En el asunto *Jones*, un nacional inglés acusa al Ministerio del Interior de Arabia Saudí, así como a Abil Aziz por un delito de torturas. El juez del Tribunal de Apelación de Reino Unido, lord Justice Mance, entendía que reconocer una inmunidad *ratione materiae* podía conllevar que el sr. Jones no tuviera derecho de acceso a la justicia (art. 6 del TEDH) y le concede la razón entendiendo el juez que no entiende que los actos de torturas puedan calificarse de oficiales y es que, señala, existe una excepción a la inmunidad *ratione materiae* cuando se trata de crímenes internacionales, *Jones y otros c. el Ministerio del Interior del Reino de Arabia Saudí* (Tribunal de Apelación (División Civil) sentencia de 28 de octubre de 2004, párr. 71.

⁸⁷⁴ Así, una excepción en la que se excluye la inmunidad *ratione personae* podría ser el artículo VI de la *Convención para la Prevención y la Sanción del Genocidio* de 9 de diciembre de 1948. Sin embargo, la Corte de Casación belga, en el asunto *Sharon*, señaló en la sentencia de 12 de febrero de 2003 que esta disposición únicamente se refiere, bien a los tribunales del Estado donde tuvo lugar el crimen, bien a los tribunales de la CPI, no así para el resto de tribunales.

tribunales extranjeros competentes en virtud del principio de jurisdicción universal”⁸⁷⁵.

Ahora bien, el mandato es temporal y, por tanto, la inmunidad *ratione personae* también lo es. Una vez que ya no se encuentran en el cargo no gozan de inmunidad *ratione personae*, sólo de inmunidad *ratione materiae* por los actos llevados a cabo durante su mandato que no quepan en el paraguas de su cargo, excepto que se trate de crímenes internacionales que en ningún caso podrían ser considerados una función propia de un cargo amparada por la inmunidad *ratione materiae*⁸⁷⁶ (asuntos *Eichmann*⁸⁷⁷, *Barbie*, *Kappler* y *Priebke*, *Pinochet*⁸⁷⁸, *Scilingo*,

⁸⁷⁵ JORGE URBINA, J., *óp. cit.*, p. 287.

⁸⁷⁶ Y en este punto, se pregunta la profesora María José CERVELL, “¿puede considerarse un genocidio, un crimen de guerra, un crimen contra la humanidad, una tortura, funciones propias de un Jefe de Estado? ¿No sería lógico negar que así fuera y perseguirlo? ¿Y por qué sólo cuando ha cesado en su cargo? ¿No son crímenes de tal entidad que permitirían perseguir a Jefes de Estado en activo porque lo congruente sería que la impunidad se doblegara a las normas de *ius cogens*?” Y ella misma contesta: “No siempre la práctica se ajusta a lo que parece razonable” (*Genocidio, responsabilidad internacional e...*, *óp. cit.*, p. 173).

⁸⁷⁷ Asunto *Attorney General of the Government of Israel v. Adolf Eichmann*, Supreme Court of Israel (sitting as a Court of Criminal Appeal), Judgement de 29 de mayo de 1962.

⁸⁷⁸ Ante la solicitud de extradición de Pinochet formulada por el Estado español cuando éste se encontraba en Londres, se interpuso un recurso de *habeas corpus* ante la *Hight Court* de Londres que fue aceptado, entendiéndose más tarde en su sentencia de 28 de octubre de 1998 que el ex General Augusto Pinochet gozaba de inmunidad pues, la *Immunity Act* y la *Diplomatic Privileges Act* “permite afirmar que un Jefe de Estado en funciones y un ex Jefe de Estado tienen la misma inmunidad que un jefe de misión diplomática y un ex jefe de misión diplomática. Permite afirmar que después de que un Jefe de Estado cesa en su cargo, cesa de gozar de inmunidad respecto de conductas privadas o personales, pero continúa gozando de inmunidad respecto de sus acciones públicas llevadas a cabo por él como Jefe de Estado esto es su competencia respecto del ejercicio de su poder soberano”. La posición de la *Hight Court* fue muy criticada al entenderse que, sin matiz alguno, se reconocía a “los Jefes de Estado la inmunidad absoluta que se reconocía en la Edad Media al soberano, lo cual resulta desde todo punto de vista inadmisibles en la comunidad jurídica internacional democrática”. La sentencia fue apelada por la Fiscalía de la Corona y hasta su resolución, el ex General Pinochet debía quedar bajo arresto. La *House of Lords*, el 25 de noviembre de 1998, emitió una sentencia en la que, con un resultado de tres votos contra dos, entendía que Pinochet no tenía inmunidad. Lord Slynn y Lord Lloyd apuntaron, *grosso modo*, los mismos argumentos que ya había señalado la *Hight Court* de Londres: “Un ex Jefe de Estado disfruta de inmunidad continuada respecto a los actos de gobierno que llevó a cabo como Jefe de Estado porque en ambos casos son actos del propio Estado y este sólo podría ser juzgado en el extranjero si dicho Estado renunciara a la inmunidad”. Sin embargo, Lord Nicholls, Lord Steyn y Lord Hoffman, rechazando los argumentos de los dos anteriores, se centraron en cuestionar si se entienden funciones propias de un Jefe de Estado todos los actos realizados, incluidas las torturas y las tomas de rehenes y, teniendo en cuenta que ya no es Jefe de Estado, no puede gozar de inmunidad respecto de aquellos actos que el DI ha calificado de crímenes internacionales (genocidio, tortura, secuestro y crímenes contra la humanidad en tiempo de paz y de guerra). “Tales actos no pueden considerarse como actos propios de un Jefe de Estado pues constituiría una burla al derecho internacional” (HORMAZÁBAL MALARÉE, H., “La inmunidad del Jefe...”, *óp. cit.*, p. 173). Sin embargo, la sentencia de 25 de noviembre de 1998 fue anulada más tarde, el 15 de enero de 1999, tras conocerse que Lord Hoffman era un contribuyente económico de Amnistía Internacional (incluso, su cónyuge trabajaba en ella), habiendo sido Amnistía Internacional quien alertó de la

*Hissène Habré*⁸⁷⁹, *Fujimori*, *Tíbet*⁸⁸⁰, *Ríos Montt y otros*⁸⁸¹, *Jesuitas*⁸⁸², *Bouterse*⁸⁸³), coincidiendo en este caso la jurisprudencia interna e internacional penal.

presencia de Augusto Pinochet en Londres. Ello conllevó una nueva audiencia a la que se unió como parte la República de Chile (defendiendo, por un lado, la inmunidad de Pinochet y, por otro, el Estado chileno) (MARTÍN CANIVELL, J., "El caso Pinochet en el Tribunal de la Cámara de los Lores", *El Derecho Penal Internacional. Cuadernos de derecho judicial*, núm. 7, 2001, pp. 37-66, p. 42). La tercera sentencia de la *House of Lord*, de 24 de marzo de 1999, vuelve a afirmar la falta de inmunidad de Augusto Pinochet reduciendo los crímenes únicamente al de tortura y conspiración para torturar que se hubieren cometido a partir del 29 de septiembre, fecha en la que se puso en vigor la *Criminal Justice Act* de 1988 y que trasponía la Convención sobre la tortura al ordenamiento del Reino Unido. Con un voto a favor de la inmunidad (Lord Goff) y seis en contra (Lord Browne-Wilkinson, Lord Hope, Lord Hutton, Lord Saville, Lord Phillips y Lord Millet). "Según ésta [Convención contra la tortura] la tortura sólo puede llevarla a cabo un representante público, por lo que de entender que éste disfruta de inmunidad absoluta, la Convención carecería de fundamento y razones para castigar. Pero la cuestión se reveló más compleja aún: la Cámara decidió que ya que la tortura se había cometido fuera del territorio británico, no era un delito según su Derecho británico hasta que se aprobó en 1988 el Acta que la prohibía y que, por tanto, Pinochet no podía ser responsable de las torturas cometidas antes de esa fecha (1988), puesto que, entonces sí, la inmunidad lo protegía" (CERVELL HORTALL, M^a. J., *Genocidio, responsabilidad internacional e...*, *óp. cit.*, p. 181). Como señalaron los votos de los seis lores, Augusto Pinochet Ugarte gozaba de inmunidad *ratione materiae* durante su mandato por todos los actos oficiales, entendiendo que los actos de torturas no pueden entenderse actos oficiales de ningún modo y, por tanto, no les alcanzaría la inmunidad. De tal forma que, finalizado su mandato, responderá de sus actos privados. Importante para nuestro objeto de estudio es el voto particular de Lord Millet al señalar que "si bien afirma la inmunidad *ratione personae* para el Jefe de Estado respecto de cualquier conducta y *ratione materiae* para el ex Jefe de Estado respecto de los actos propios del cargo, sostiene que la responsabilidad internacional puede hacerse efectiva respecto de cualquier crimen contra la humanidad pues conllevan una jurisdicción universal si infringen el *ius cogens* y por su gravedad y escala suponen un ataque contra el orden legal internacional. Por eso concluye que como la costumbre internacional forma parte del *Common Law*, los Tribunales ingleses tienen y han tenido siempre jurisdicción criminal extraterritorial con respecto a los crímenes que la costumbre internacional define como crímenes de jurisdicción universal" (HORMAZÁBAL MALARÉE, H., "La inmunidad...", *óp. cit.*, p. 176). "De nuevo el caso *Pinochet* ha supuesto una modificación sustancial del principio tradicional según el cual los jefes de Estado en activo o al término de su mandato gozan de inviolabilidad personal e inmunidad de jurisdicción penal por los actos cometidos bajo su mandato. Ahora cuando han agotado su mandato o ya no están en el ejercicio de su cargo, siguen siendo inviolables y gozan de inmunidad de jurisdicción penal absoluta, pero con una salvedad: cuando se les acuse de crímenes contra la humanidad. Éstos son imprescriptibles y pueden ser perseguidos en cualquier momento y lugar. Esto es, que la responsabilidad por los crímenes de guerra o de lesa humanidad no prescriben nunca y, además, que existe una obligación general de los Estados de castigar al responsable de estos delitos, sea nacional o extranjero, sea persona física u órgano estatal" (MARTÍNEZ DE PISÓN, J., *óp. cit.*, p. 240).

⁸⁷⁹ GAETA, P., "Ratione materiae immunities of former Head of State and international crimes: The Hissène Habré case", *JICJ*, vol. 1, núm. 1, 2003, pp. 187-188.

⁸⁸⁰ La AN reconocía su competencia para conocer del presunto genocidio llevado a cabo por el antiguo Jefe de Estado, Liang Zemin, y primer ministro chino, Li Peng en el Tíbet, Auto de la AN, Sección cuarta de la Sala de lo Penal, de 18 de noviembre de 2012.

⁸⁸¹ Auto del Juzgado Central de Instrucción núm. 1 de la AN, de 9 de octubre de 2006, por el que se admite la competencia para enjuiciar a los ex Jefes de Gobierno de Guatemala, José Efraín Ríos Montt, Óscar Humberto Mejía Víctores; y los ex Ministros Ángel Aníbal Guevara Rodríguez y Donald Álvarez Ruiz, Autos de la AN, Juzgado Central núm. 1, de 7 de junio de 2006 y de 22 de noviembre de 2006.

⁸⁸² Si bien la AN admitió que tenía competencia para conocer del asunto contra Alfredo Cristiani, ex Jefe de Gobierno de El Salvador (Auto del Juzgado Central de Instrucción núm. 6 de 12 de enero de 2009) finalmente, inadmitió la querrela por falta de pruebas suficientes.

“Se puede afirmar así el carácter consuetudinario de la norma según la cual los antiguos dirigentes del Estado que hayan participado durante su mandato en la comisión (...) de violaciones graves del derecho internacional (...) no podrán ampararse en ningún tipo de inmunidad frente a la acción penal emprendida por cualquier tribunal extranjero competente en virtud del principio de jurisdicción universal. De modo que, en este caso la represión de tales crímenes debe prevalecer sobre la inmunidad, pues ya no se pone en tela de juicio la soberanía e independencia de los Estados”⁸⁸⁴.

Pero, ¿qué hace que consideremos que determinados actos quedan fuera de la inmunidad material pudiendo ser juzgado el representante estatal cuando ya no se está en el cargo? El problema con el que nos podemos encontrar es que si utilizamos la distinción entre actos de naturaleza privada y actos de naturaleza pública, que ya adelantamos que podrían traer consecuencias negativas, la comisión de crímenes graves por los agentes estatales necesitará, para su planificación y ejecución, del aparato estatal; de ahí que podamos considerar que son actos públicos, lo que daría lugar a su impunidad. Es por ello que, cuando se trate de determinar si la comisión de crímenes graves quedan exceptuados o no de la inmunidad, no se deba estar a la naturaleza del acto (público o privado) sino a la gravedad del crimen y a la aplicación, por tanto, del principio de irrelevancia del cargo oficial⁸⁸⁵.

Por último, resulta necesaria una reflexión acerca del fundamento de la inmunidad jurisdiccional y su relación con el principio de jurisdicción universal. Señalábamos, al hablar del fundamento de la inmunidad, que es el resultado de la máxima *par in parem imperium non habet*, impidiéndose con ello que un Estado pueda juzgar al representante de otro Estado. Pero esa idea no puede trasladarse a los tribunales internacionales pues estos han sido creados, bien por el CS en representación de toda la Comunidad Internacional, bien como resultado de un tratado internacional por parte de un gran número de Estados. Ahora bien, cuando

⁸⁸³ Decisión del Tribunal de Apelación de Ámsterdam, de 20 de noviembre de 2000, por la que admitía a trámite la querrela contra Dési Bouterse, ex jefe de Estado de Surinam. Véase RUFERT, M., “Pinochet follow up: The end of sovereign immunity?”, *Netherlands International Law Review*, vol. 48, 2001, p. 176.

⁸⁸⁴ JORGE URBINA, J., *óp. cit.*, p. 289.

⁸⁸⁵ JORGE URBINA, J., *óp. cit.*, p. 292.

un Estado ejerce la jurisdicción universal frente a los crímenes internacionales más graves, que dañan los valores y los intereses de la Comunidad Internacional en su conjunto, ¿acaso lo hace a título propio o, por el contrario, está representando, como señalamos al hablar de su fundamento (*vid. supra* Capítulo I, apdo. III, 1), a la Comunidad Internacional? Porque si la respuesta es acorde con el fundamento de la jurisdicción universal, recordemos que está justificado por la especial naturaleza de las normas de *ius cogens* que regulan los crímenes más graves y que imponen obligaciones *erga omnes*, ¿no estaría ese Estado que ejerce el principio universal actuando bajo el mismo paraguas que el CS o un tribunal internacional en el que las inmunidades jurisdiccionales pierden o anulan toda su razón de ser?⁸⁸⁶. Como señala Margarita ROBLES, la relación existente entre inmunidad y el principio de jurisdicción universal es un *desafío* político y jurídico que deberá ir resolviendo la justicia penal internacional, pues la teoría de la inmunidad absoluta es apoyada por cierto sector doctrinal, un buen número de países, así como por la jurisprudencia internacional. Tesis actuales han señalado la necesidad de buscar un equilibrio entre la inmunidad y el principio universal basándose en un doble argumento: “la necesidad de revisar el alcance de la inmunidad, en particular, mediante la distinción entre sus dimensiones funcional y personal, y las exigencias crecientes de la justicia universal” proponiendo, hasta que dicho equilibrio se alcance, acomodar la inmunidad y el principio universal⁸⁸⁷. Entretanto, la doctrina ha planteado la posibilidad de conciliar la inmunidad y el principio universal con la intervención del CS que podría autorizar ambos mecanismos, recurriendo a las autorizaciones, para eliminar la inmunidad y permitir así bien el ejercicio de la jurisdicción universal, bien la competencia de la CPI⁸⁸⁸.

⁸⁸⁶ En este sentido, señala Manuel OLLÉ: “La inmunidad para los responsables de estos crímenes internacionales no se debería observar ni en las jurisdicciones del lugar donde se cometieron los hechos por sus cargos oficiales ni en otras jurisdicciones extranjeras. La naturaleza de los mismos y la obligación internacional de su persecución y de combatir la impunidad deberían primar respecto del régimen de inmunidades. Este razonamiento cobra mayor fuerza cuando las jurisdicciones nacionales juzgan estos crímenes en aplicación del principio de justicia universal, porque este principio está asentado en el Derecho internacional, permitiendo que un Estado asuma esa competencia judicial nacional e internacional, la que le aleja, en la labor jurisdiccional universal de atribución internacional y no nacional, por lo que, en los casos juzgados bajo el principio de justicia universal, en mi opinión, el régimen de inmunidades sería inviable” (“Principios Generales”, *óp. cit.*, p. 181).

⁸⁸⁷ ROBLES CARRILLO, M., *óp. cit.*, pp. 89-90.

⁸⁸⁸ REMIRO BROTONS, A., “Malos tiempos para...”, *óp. cit.*, pp. 391-410 (versión cedida por el autor, pp. 1-21, p. 18). En el mismo sentido, J. JORGE URBINA: “En determinadas situaciones de conflicto

Podemos concluir, a la luz del análisis realizado de los diversos asuntos (internos e internacionales), que la norma consuetudinaria de la impunidad continúa vigente para los más altos representantes estatales mientras se encuentran en el ejercicio de sus funciones, incluso respecto de las normas de *ius cogens*; vigencia que se va erosionando *muy* poco a poco tras la finalización del mandato a la luz de la práctica judicial, nacional e internacional. Sin embargo, una reflexión, utilizando las palabras de la profesora María José CERVELL, debe ser hecha:

“Aún consciente como soy de que no es más que la expresión *lege ferenda* de un *desiderátum*, no puedo resistirme a defender que establecer excepciones a las inmunidades en caso de crímenes internacionales se ajusta a la lógica del funcionamiento normativo del Derecho internacional. Si la norma de *ius cogens* es la aceptada y reconocida por la *comunidad internacional* de Estados en su conjunto como norma que admite acuerdo en contrario y que sólo puede modificarse por una norma ulterior del mismo carácter (...); si nadie duda ya de su existencia y consecuencias jurídicas (...); si son normas que por su propia naturaleza deben primar sobre las demás y obligarlas por tanto a retroceder (...). ¿Por qué tanto miedo?”⁸⁸⁹.

1.3 La prescripción de los ilícitos penales

el Consejo de Seguridad podría llegar a adoptar medidas coercitivas contra dirigentes estatales, entre otras razones, por considerarlos responsables de la comisión de violaciones graves del derecho internacional humanitario. En tales casos, las sanciones irían dirigidas a obligarlos a que abandonen sus cargos, como medio para poner fin a una situación de flagrante impunidad y contribuir al restablecimiento de la paz. Ello les privaría de sus inmunidades *ratione personae* y se abriría así la posibilidad de su enjuiciamiento por cualquier tribunal extranjero en virtud del principio de jurisdicción universal” (*óp. cit.*, p. 303).

⁸⁸⁹ CERVELL HORTAL, M^a. J., *Genocidio, responsabilidad internacional e...*, *óp. cit.*, p. 189. Y es que, como señala Francisco JIMÉNEZ GARCÍA, “el Derecho internacional no puede garantizar las inmunidades en relación con actos que el mismo Derecho internacional condena como actos criminales que atacan los intereses de la comunidad internacional en su conjunto. De lo contrario, se atentaría gravemente contra la unidad, coherencia y legitimidad del Derecho internacional como sistema jurídico, así como contra la noción misma de comunidad internacional, si es que ambos conceptos resultan seriamente defendibles. Más, si tenemos en cuenta que el principal reto del derecho internacional penal en la prevención y represión de la criminalidad es la instauración de un sistema sólido de símbolos e instituciones que den credibilidad a la comunidad internacional” (“Justicia universal e inmunidades estatales...”, *óp. cit.*, p. 111).

La prescripción⁸⁹⁰ es una figura jurídica que impide al *ius puniendi* estatal investigar y enjuiciar determinados delitos (acción penal), atendiendo a su gravedad, o castigar la comisión de hechos ilícitos (pena) cuando haya pasado un cierto tiempo normalmente establecido por la ley.

“En suma, la prescripción es una causa de extinción de la responsabilidad criminal fundada en la acción del tiempo sobre los acontecimientos humanos”⁸⁹¹.

Respecto al fundamento de la prescriptibilidad, no es una cuestión pacífica. Para el DI la imprescriptibilidad en el ámbito penal estaría fundamentada en la gravedad y seriedad del crimen que afecta a la humanidad⁸⁹², mientras que en Derecho interno tres suelen ser las perspectivas que han argumentado el fundamento de la prescripción: la situación subjetiva del delincuente (“la falta de identidad personal del reo producida por los años, los padecimientos sufridos por él a lo largo de aquellos en que evadió la justicia, o la enmienda que revelaría el hecho de no haber delinquido durante tanto tiempo. Más éstas son todas presunciones”); el prisma estatal (“ora que la usura del tiempo dificulta la reconstrucción de las pruebas, allega incertidumbre a los procesos y abre camino al error judicial, ora la renuncia a la acción demostrada por la inercia del aparato punitivo en la represión de los delitos, ora lo innecesario o inútil de un castigo tan distante de la ocurrencia del ilícito, a la luz de los fines asignados a la pena, y la

⁸⁹⁰ La prescripción es una institución tradicionalmente acogida por las normas domésticas en, prácticamente, todos los órdenes jurídicos debido a la seguridad que otorga pues su finalidad es “evitar una pendencia indefinida y perenne de una situación de hecho que interese al derecho” (VALLEJO PEÑA, C., *El estado de la jurisdicción universal en el Derecho Internacional...*, *óp. cit.*, p. 184). Sin embargo, en el orden penal, señala G. AGUILAR CAVALLLO, “la prescripción de la acción penal derivada de crímenes internacionales no da seguridad jurídica, sino que produce el efecto contrario, una increíble inseguridad e incerteza jurídica para todos los individuos y para la comunidad humana toda, ya que la prescriptibilidad le da una garantía al criminal internacional de que él puede cometer cualquier crimen internacional y de que cualquiera que sea el acto inhumano o la atrocidad que cometa, con el transcurso del tiempo, quedará liberado de responsabilidad. (...) Entonces, la pregunta que es válido hacerse: ¿seguridad jurídica para quien?” (“Crímenes internacionales y la imprescriptibilidad de la acción penal y civil: referencia al caso chileno”, *Revista Ius et Praxis*, vol. 14, núm. 2, 2008, pp. 147-207, pp. 167-168). Incluso algún autor ha calificado la prescriptibilidad de “verdadera estafa legal” al defraudarse “las normas que tipifican como infractoras determinadas conductas” que conlleva una impunidad *de facto* (ÁLVAREZ GARCÍA, F. A., “Impunidad”, *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, núm. 2, marzo, 2016, pp. 115-120, p. 118).

⁸⁹¹ MARTÍNEZ ALCAÑIZ, A., *óp. cit.*, p. 376.

⁸⁹² El fundamentación de la imprescriptibilidad no está centrado en la persona que comete el delito, sino en la gravedad del crimen y sus efectos para la Humanidad en su conjunto (AGUILAR CAVALLLO, G., “Crímenes internacionales y...”, *óp. cit.*, p. 165).

declinación consiguiente del interés estatal en su punición”); y la posición de la sociedad civil (“bien porque el transcurso de los años debilita la alarma colectiva creada por el maleficio, ya porque este deja de formar parte de la memoria de las nuevas generaciones y se desdibuja, a fuer de la sombra del olvido, en el recuerdo de la que lo presenci6. El injusto del delito, no menos que su autor, se tornan cada vez m6s ajenos con el tiempo, de modo que una persecuci6n o ejecuci6n penales que tarden demasiado en llegar, ser6an una total injusticia”) ⁸⁹³. Y Abraham MART6NEZ ALCAN6IZ a6ade que, junto al paso del tiempo, tambi6n “la p6rdida de la necesidad de la pena, la imposibilidad de que la misma cumpla su objetivo y el principio de seguridad jur6dica” (art. 9.3 de la CE) constituyen el fundamento de la prescriptibilidad de la acci6n penal y de la pena, entendi6ndose un fundamento *m6ltiple*⁸⁹⁴.

Tampoco la naturaleza de la prescripci6n es una cuesti6n f6cil. Algunos autores han apuntado que se trata de una instituci6n que forma parte del derecho penal; otros la incluyen en el derecho procesal, como requisito de procesabilidad que reside en la mayor6a de ordenamientos jur6dicos estatales; y tambi6n est6n aquellos otros que se6alan su naturaleza mixta. Al respecto, nuestro TS viene a se6alar que tiene naturaleza penal y no procesal⁸⁹⁵, impidiendo la aplicaci6n irretroactiva de la imprescriptibilidad en Espa6a.

⁸⁹³ GUZM6N DALBORA, J. L., “Cr6menes internacionales y prescripci6n”, WOISCHNIK, J. (Ed.), *Temas actuales del Derecho Penal Internacional*, Konrad-Adenauer-Stiftung E. V., Berl6n, 2005, 69-81, p. 73.

⁸⁹⁴ MART6NEZ ALCAN6IZ, A., *op. cit.*, p. 378. As6 lo ha se6alado tambi6n el TC: “la prescripci6n de la infracci6n penal, instituci6n de larga tradici6n hist6rica y generalmente aceptada, supone una autolimitaci6n o renuncia del Estado al *ius puniendi* por el transcurso del tiempo, que encuentra tambi6n fundamentos en principios y valores constitucionales, pues toma en consideraci6n la funci6n de la pena y la situaci6n que supone la virtual amenaza de una sanci6n penal, lo que ha de ponerse en conexi6n tambi6n con el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas (...). La instituci6n de la prescripci6n, en general, encuentra su propia justificaci6n constitucional en el principio de seguridad jur6dica consagrado de manera expresa en el art. 9.3 CE”, Sentencia del Pleno del TC, n6m. 157/1990, de 18 de octubre, Fundamento de Derecho 3^o.

⁸⁹⁵ Como consecuencia le ser6a de aplicaci6n el principio de la ley penal m6s favorable y el principio de irretroactividad, de forma que, como se6ala el TS, “aun cuando los Tratados Internacionales sobre la materia fijan la imprescriptibilidad de los delitos contra la humanidad, esa exigencia que ha sido llevada a nuestro ordenamiento jur6dico interno, tiene una aplicaci6n hacia futuro y no es procedente otorgarle una interpretaci6n retroactiva por impedirlo la seguridad jur6dica y el art. 9.3 de la Constituci6n y art. 1 y 2 del C6digo Penal”, Sentencia de la Sala de lo Penal del TS n6m. 101/2012, de 27 de febrero, Fundamento de Derecho 3^o, 2. En este sentido se pronunciaba el ex Ministro de Asuntos Exteriores espa6ol, Alfonso DASTIS al ser preguntado en la sesi6n de control parlamentaria acerca de si el Gobierno va a iniciar el proceso de adhesi6n a la Convenci6n adoptada por la AG de las Naciones Unidas de 1968, para responder que la convenci6n se6alada plantea “serias dudas de constitucionalidad por ser de aplicaci6n retroactiva y que aporta poco a la justicia universal que castiga estos delitos”, Dastis: la imprescriptibilidad de cr6menes de

Por otro lado, la imprescriptibilidad representa otra de las *discordancias* entre el DI y el derecho interno en materia jurisdiccional⁸⁹⁶. Al contrario de lo que ocurre en el derecho interno⁸⁹⁷, en DI se establece de forma generalizada la imprescriptibilidad de los crímenes graves de DI. Señala Diego LÓPEZ que

“estos crímenes son imprescriptibles porque son incompatibles con el olvido. La prescripción no es un acto de voluntad como la amnistía o la gracia. No expresa el perdón de los hombres, sino el olvido del tiempo, que garantiza impunidad de los crímenes (...). La impunidad, cuando bloquea cualquier procedimiento, impide la formación de la memoria, la cual no tiene como función esencial regodearse en el pasado, sino alimentar el presente y preparar el futuro”⁸⁹⁸.

Fue a partir de la Segunda Guerra Mundial cuando el DI comienza a recoger la imprescriptibilidad de los crímenes más graves en relación a los crímenes de guerra y a los crímenes de lesa humanidad que ha sido paulatinamente trasladado al ámbito estatal⁸⁹⁹. En 1968 se aprobó la *Convención sobre la imprescriptibilidad*

guerra no puede ser retroactiva, *El confidencial*, 6 de febrero de 2018, disponible en https://www.elconfidencial.com/ultima-hora-en-vivo/2018-02-06/dastis-la-imprescriptibilidad-de-crimes-de-guerra-no-puede-ser-retroactiva_1434496/.

⁸⁹⁶ FERNÁNDEZ LIESA, C. R., *óp. cit.*, p. 397.

⁸⁹⁷ En las legislaciones domésticas, la imprescriptibilidad no es la norma general, si bien se ha ido introduciendo progresivamente respecto de algunos delitos, sobre todo respecto a los crímenes de guerra y los crímenes de lesa humanidad. En sus orígenes, la prescriptibilidad se decidía caso a caso. Sin embargo, algunos países la establecían en aquellos crímenes con penas muy elevadas. La armonización de las legislaciones internas llegó con el Estatuto de la CPI. (PIGRAU SOLÉ, A., *La jurisdicción universal y su aplicación en España...*, *óp. cit.*, p. 64).

⁸⁹⁸ LÓPEZ GARRIGO, D., “La imprescriptibilidad de los crímenes contra la humanidad y el principio de la jurisdicción universal”, GARCÍA ARÁN, M. y LÓPEZ GARRIDO, D. (Coords.), *Crimen internacional y jurisdicción universal. El caso Pinochet*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, pp. 49-53, pp. 49-50.

⁸⁹⁹ Ya, la Ley núm. 1º del Consejo Aliado juzgó hechos anteriores al 1 de septiembre de 1939, derogando el límite del Tribunal Internacional Militar de Núremberg de juzgar aquellos crímenes en conexión con la Segunda Guerra Mundial. Julio VIVES resalta como uno de los casos más relevantes el asunto *Einsatzgruppen*, en el que se juzgaron hechos que constituían crímenes contra la humanidad desde el 30 de enero de 1933. Incluso, el artículo II, párrafo 5, de la Ley núm. 10 (*vid. supra* Capítulo II, apdo. II, 2, 2.1) señala: “respecto de ninguno de los crímenes definidos en la ley podrá el acusado invocar una prescripción cumplida entre el 1 de enero de 1933 y el 1 de julio de 1945 y se deniega cualquier efecto al perdón o amnistía concedida por el régimen Nazi” (VIVES CHILLIDA, J., “La evolución jurídica internacional de los crímenes contra la humanidad”, *Cursos de Derecho Internacional de Vitoria Gasteiz*, Servicio editorial de la Universidad del País Vasco, País Vasco, 2003, pp. 329-383, p. 350). Y es que la consolidación de la imprescriptibilidad en los sesenta se refuerza con la búsqueda de criminales de guerra nazi en búsqueda y captura (PIGRAU SOLÉ, A., *La jurisdicción universal y su aplicación en España...*, *óp. cit.*, p. 64).

de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad⁹⁰⁰. Un año más tarde, la Resolución 3074(XXVIII) de la AG, *Principios de cooperación internacional en la identificación, detención, extradición y castigo de los culpables de crímenes de guerra o de crímenes de lesa humanidad*, puso de manifiesto que:

“Los crímenes de guerra y los crímenes de lesa humanidad, dondequiera y cualquiera que sea la fecha en que se hayan cometido, serán objeto de una investigación, y las personas contra las que existen pruebas de culpabilidad en la comisión de tales crímenes serán buscadas, detenidas, enjuiciadas y, en caso de ser declaradas culpables, castigadas”⁹⁰¹.

El Consejo de Europa, en 1974 adoptó el *Convenio europeo sobre la imprescriptibilidad de los delitos de lesa humanidad y los crímenes de guerra*⁹⁰². También importantes pronunciamientos jurisprudenciales, internacionales⁹⁰³ y

⁹⁰⁰ *Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad*, Resolución 2391(XXIII), de la AG de las Naciones Unidas, de 26 de noviembre de 1968. Entró en vigor el 11 de noviembre de 1970. Ha sido ratificada por 55 Estados partes, España no es uno de ellos, disponible en https://treaties.un.org/pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-6&chapter=4&clang=_en.

⁹⁰¹ *Principios de cooperación internacional en la identificación, detención, extradición y castigo de los culpables de crímenes de guerra o de crímenes de lesa humanidad*, Resolución 3074(XXVIII) de la AG de las NU, de 3 de diciembre de 1973, disponible en [http://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=A/RES/3074\(XXVIII\)&Lang=S&Area=RESOLUTION](http://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=A/RES/3074(XXVIII)&Lang=S&Area=RESOLUTION).

⁹⁰² *Convenio europeo sobre la imprescriptibilidad de los delitos de lesa humanidad y los crímenes de guerra* de 25 de enero de 1974, núm. 82. Entró en vigor el 27 de junio de 2003 y ha sido ratificada por tres Estados, disponible en <https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/082>.

⁹⁰³ Así, el TPIY en el asunto *Fiscal v. Darko Mrdja*, núm. it-02-59-s, párr. 103, afirmó la imprescriptibilidad de los crímenes. También la jurisprudencia de la CIDH ha señalado la inadmisibilidad de la prescripción por el obstáculo que supone a la investigación y enjuiciamiento de los crímenes en varios asuntos. Así, en el asunto *Barrios Altos (Chumbipuma Aguirra y otros v. Perú)*, Voto concurrente del juez S. García Ramírez a la Sentencia de 14 de marzo de 2001, Serie C, núm. 75, párr. 13 (“En la base de este razonamiento se halla la convicción, acogida en el Derecho internacional de los derechos humanos y en las más recientes expresiones del Derecho penal internacional, de que es inadmisibles la impunidad de las conductas que afectan más gravemente los principales bienes jurídicos sujetos a la tutela de ambas manifestaciones del Derecho internacional. La tipificación de esas conductas y el procesamiento y sanción de sus autores -así como de otros participantes- constituye una obligación de los Estados, que no puede eludirse a través de medidas tales como la amnistía, la prescripción, la admisión de causas excluyentes de incriminación y otras que pudieran llevar a los mismos resultados y determinar la impunidad de actos que ofenden gravemente esos bienes jurídicos primordiales. Es así que debe proveerse a la segura y eficaz sanción nacional e internacional de las ejecuciones extrajudiciales, la desaparición forzada de personas, el genocidio, la tortura, determinados delitos de lesa humanidad y ciertas infracciones gravísimas del Derecho humanitario”); y en el asunto *Almonacid Arellano y otro v. Chile*, Sentencia de 26 de septiembre de 2006, serie C, núm. 154, párrs. 152-153 (“En efecto, por constituir un crimen de lesa humanidad, el delito cometido en contra del señor Almonacid Arellano, además de ser inamnistiable, es imprescriptible.(...) los crímenes de lesa humanidad van más allá de lo

nacionales⁹⁰⁴ avalan la imprescriptibilidad de los crímenes más graves de DI. Incluso más tarde fue regulada, aunque no expresamente, también en el artículo 6 del CEDH, el artículo 14 del PIDCP y el artículo 8 de la *Convención Americana de Derechos Humanos* de 1969, entendida como un elemento del debido proceso, esto es, la obligación de investigar y sancionar penalmente conductas que violen los DDHH consagrados en los convenios. Finalmente, en 1998, es recogido en el artículo 29 del Estatuto de la CPI: “Los crímenes de la competencia de la Corte no prescribirán”. Afirmación que debe ser matizada, ya que la Corte no puede conocer de crímenes cometidos antes de la entrada en vigor del Estatuto⁹⁰⁵.

Toda la trayectoria de la imprescriptibilidad en el DI desde 1945 hace que sea entendida por algunos autores (los menos) como norma consuetudinaria en relación a todos los crímenes graves de DI o, por otros (los más), únicamente en relación a los crímenes de guerra y a los crímenes de lesa humanidad. En este

tolerable por la comunidad internacional y ofenden a la humanidad toda. El daño que tales crímenes ocasionan permanece vigente para la sociedad nacional y para la comunidad internacional, las que exigen la investigación y el castigo de los responsables. En este sentido, la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad claramente afirmó que tales ilícitos internacionales ‘son imprescriptibles, cualquiera que sea la fecha en que se hayan cometido’. Aún cuando Chile no ha ratificado dicha Convención, esta Corte considera que la imprescriptibilidad de los crímenes de lesa humanidad surge como categoría de norma de Derecho Internacional General (*ius cogens*), que no nace con tal Convención sino que está reconocida en ella. Consecuentemente, Chile no puede dejar de cumplir esta norma imperativa”). Para consultar un estudio sobre la jurisprudencia emanada de la CIDH en materia de imprescriptibilidad véase PARENTI, P. F., “La inaplicabilidad de normas de prescripción en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, ELSNER, G. (Ed.), *Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos y Derecho Penal Internacional*, Konrad-Adenauer-Stiftung e. V., Berlín, 2010, pp. 211-228.

⁹⁰⁴ Fue en el asunto *Klaus Barbie*, cuando se dio una definición de crímenes contra la humanidad que incluía también la imprescriptibilidad: “Constituyen crímenes *imprescriptibles* contra la humanidad, en el sentido del Estatuto del Tribunal de Núremberg, (...) los actos inhumanos y las persecuciones que, en nombre del Estado que practica una política de hegemonía ideológica, han sido cometidos de forma sistemática, no solamente contra personas por razón de su pertenencia a una colectividad racial o religiosa, sino también contra los adversos de esa política, cualquiera que sea la forma de su oposición” (LÓPEZ GARRIDO, D., “La imprescriptibilidad de los crímenes contra la humanidad y...”, *óp. cit.*, p. 49-50). También la Corte Suprema Argentina, el 2 de noviembre de 1995, concedió la extradición a Italia de Erich Priebke, por su participación en la matanza de las Fosas Adreatinas (24 de marzo de 1944), entendiéndolo que: “El carácter de *ius cogens* de los delitos contra la humanidad lleva implícita su inmunidad ante la actividad individual de los Estados, lo que implica la invalidez de los tratados celebrados en su contra y la consecuencia de que el transcurso del tiempo no purga este tipo de ilegalidades. La función del *ius cogens* es así proteger a los Estados de acuerdos concluidos en contra de algunos valores e intereses generales de la comunidad internacional de Estados en su conjunto, para asegurar el respeto de aquellas reglas generales de derechos cuya inobservancia pueda afectar la esencia misma del sistema legal”, *Priebke, Erich s/solicitud de extradición*, asunto núm. 16063/94, CSJN - 02/11/1995, Voto conjunto de J. S. Nazareno y E. Moliné O’Connor, considerando 70 (PIGRAU SOLÉ, A., *La jurisdicción universal y su aplicación en España...*, *óp. cit.*, p. 66).

⁹⁰⁵ Art. 24.1 del ECPI: “Nadie será penalmente responsable de conformidad con el presente Estatuto por una conducta anterior a su entrada en vigor”.

último caso, se entiende que la norma consuetudinaria viene declarada posteriormente en la Convención sobre la imprescriptibilidad de 1968⁹⁰⁶. Pero es ésta una cuestión controvertida pues, por un lado, la *fuera* de la Convención de 1968 “como pieza de convicción de una norma internacional consuetudinaria” se ve debilitada por las 55 ratificaciones con las que cuenta y, por otro lado, por el hecho de que la imprescriptibilidad no tuviera tanta aceptación en el Proyecto de crímenes de la CDI que, si bien aparecía recogida en el artículo 7 del Proyecto de 1991⁹⁰⁷, fue eliminada del Proyecto final de 1996⁹⁰⁸. Todo ello muestra la incertidumbre que envuelve la institución de la imprescriptibilidad⁹⁰⁹ y nos lleva a preguntarnos, como señala Mahmoud Ch. BASSIOUNI, “si la existencia de esas dos convenciones (y otras manifestaciones de *opinio iuris* internacional) constituye una expresión de derecho internacional consuetudinario, o si el limitado número de ratificaciones revela la insuficiencia de apoyo internacional”⁹¹⁰. En nuestra opinión, entendemos que sí es un norma de naturaleza consuetudinaria que se declaró en la Convención sobre imprescriptibilidad de 1968⁹¹¹.

⁹⁰⁶ “Aunque no existiera una norma internacional cierta que dispusiera la imprescriptibilidad, el derecho internacional escrito integra la norma consuetudinaria que impele a los Estados a perseguir los crímenes contra la Humanidad. Con ello, a partir de la jurisprudencia francesa, que ha sido la primera en reconocer la imprescriptibilidad de los crímenes contra la Humanidad sobre la base de razones de derecho internacional, se ha consolidado esta doctrina en los tribunales nacionales. Esa misma jurisprudencia francesa –por todas, ver la sentencia de 13 de abril de 1992, de la Cámara de acusación del Tribunal de Apelación de París, en el asunto *Touvier*–” (LÓPEZ GARRIDO, D., “La imprescriptibilidad de los crímenes...”, *óp. cit.*, p. 52).

⁹⁰⁷ Artículo 7: “El crimen contra la paz y la seguridad es imprescriptible”, *Proyecto de artículos sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes* de 1991, *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional 1991*, vol. II, Segunda parte, Informe de la Comisión a la Asamblea General sobre la labor realizada en su 43º período de sesiones, 29 de abril-19 de julio de 1991, Doc. A/CN.4/SER.A/1991/Add.1 (Parte 2), p. 102.

⁹⁰⁸ PIGRAU SOLÉ, A., “Elementos de Derecho Internacional...”, *óp. cit.*, p. 65. Y es que algunos Estados no se ponían de acuerdo pues aceptaban la imprescriptibilidad de los crímenes en lo que concernía a las personas físicas “porque la muerte natural la limita”, esto es, “la responsabilidad de los individuos está limitada en el tiempo”; pero dudaban en relación a aceptarla en lo relativo a los crímenes del Estado “que es inmoral, porque constituía un obstáculo jurídico”, esto es, “equivaldría a hacer pagar a las generaciones futuras las culpas de un gobierno”, *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional 1984*, vol. I, Actas resumidas de las sesiones del 36º período de sesiones, 7 de mayo-27 de julio de 1984, pp. 33 y 40, párrs. 7 y 17, disponible en http://legal.un.org/ilc/publications/yearbooks/spanish/ilc_1984_v1.pdf.

⁹⁰⁹ “Ello arroja graves dudas sobre el grado de asunción de la idea de imprescriptibilidad de los crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad, una idea concebida desde sus orígenes como un mecanismo para paliar las debilidades estructurales de la Comunidad internacional en el ámbito de la persecución penal” (PIGRAU SOLÉ, A., “Elementos de Derecho Internacional...”, *óp. cit.*, p. 166).

⁹¹⁰ BASSIOUNI, M. CH., “Universal Jurisdiction for International Crimes...”, *óp. cit.*, p. 7.

⁹¹¹ Por el contrario, parte de la doctrina señala que la norma *crystalizada* en la Convención de 1968 aún no podría considerarse de naturaleza consuetudinaria debido al escaso número de Estados que

El sexto de los Principios de Princeton relativo a la prescripción señala:

“Los delitos graves de derecho internacional que se enumeran en el párrafo 1 del Principio 2 [piratería, esclavitud, crímenes de guerra, crímenes contra la paz, crímenes de lesa humanidad, genocidio y tortura] son imprescriptibles”⁹¹².

En los comentarios a los principios viene establecida como un *posible* “límite al procesamiento” por “delitos graves de derecho internacional”. Sin embargo, la prescripción no podrá ser aplicada a los crímenes objeto de jurisdicción universal; posición que, respecto a los crímenes de guerra y crímenes de lesa humanidad, es avalada por el DI convencional. Con todo, al igual que ya ocurriera con otros ámbitos, por ejemplo como vimos en relación con la inmunidad (*vid. supra* apdo. 1.2), la práctica estatal tiene su ritmo y es bastante reprochable. Para ello, los Principios de Princeton previeron un principio (principio 13) dedicado al *Afianzamiento de la imputación de responsabilidad y jurisdicción universal* que señala en su apartado 1:

“Los órganos judiciales nacionales interpretarán el derecho nacional de manera que esté en consonancia con los presentes Principios”.

De forma que el juez, si al aplicar el derecho interno respecto a la prescripción de los crímenes graves de DI que pueden ser enjuiciados mediante el principio de jurisdicción universal (por ejemplo, genocidio), no pudiera acogerse a ninguna ley que estableciera algo al respecto (prescripción), podría ampararse en el principio 13.1 “para negarse “de manera legítima”, a aplicar por analogía la prescripción para un delito tipificado en el derecho interno” (por ejemplo, asesinato). En el mismo sentido lo indica el principio II de los *Principios de Derecho Internacional reconocidos en el Estatuto del Tribunal de Núremberg y en su sentencia*⁹¹³; esto es, el

han ratificado la Convención. 55, recuérdese. Véase por todos, MARTÍNEZ ALCAÑIZ, A., *op. cit.*, p. 386.

⁹¹² *Princeton sobre la Jurisdicción Universal...*, *óp. cit.*, pp. 11-12.

⁹¹³ “Principle II. The fact that international law does not impose a penalty for an act which constitutes a crime under international law does not relieve the person who committed the act from responsibility under international law”, *Principles of International Law recognized in the Charter of the Nuremberg Trial and in the Judgment of the Tribunal, with commentaries*, Yearbook of the International Law Commission, vol. II, United Nations, 2005, p. 374, disponibles en

hecho que un crimen de DI no esté contemplado como delito por el Derecho interno, no libera de responsabilidad bajo el DI a la persona que lo ha cometido. Idea que también contempla la *Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad* de 1968 al señalar su artículo I, b): "aun si esos actos no constituyen una violación del derecho interno del país donde fueron cometidos".

Nos obstante, como no en todas las legislaciones domésticas se prevé la imprescriptibilidad, algunos de los participantes en la redacción de los Principios de Princeton sugirieron que éstos debían alentar a los Estados a suprimir tales plazos de prescripción respecto de los delitos graves de DI, de ahí que el principio 11 señale:

"Sanción de legislación nacional. El Estado, cuando sea necesario, sancionará leyes nacionales que autoricen el ejercicio de la jurisdicción universal y la aplicación de los presentes principios"⁹¹⁴.

Incluso, los *Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones de las normas internacionales de derechos humanos y del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones* señalan en su principio IV, sobre la prescripción, que:

"Cuando así se disponga en un tratado aplicable o forme parte de otras obligaciones jurídicas internacionales, no prescribirán las violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos ni las violaciones graves del derecho internacional humanitario que constituyan crímenes en virtud del derecho internacional.

Las disposiciones nacionales sobre la prescripción de otros tipos de violaciones que no constituyan crímenes en virtud del derecho internacional, incluida la prescripción de las acciones civiles y otros procedimientos, no deberían ser excesivamente restrictivas"⁹¹⁵.

http://legal.un.org/docs/?path=../ilc/texts/instruments/english/commentaries/7_1_1950.pdf&lang=E.

⁹¹⁴ MACEDO, S., *Universal Jurisdiction: National Courts and the Prosecution of Serious Crimes Under International Law*, Ed. University of Pennsylvania Press, Philadelphia, 2006, pp. 32-33.

⁹¹⁵ *Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones de las normas internacionales de derechos humanos y del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones*, anexos a la Resolución de la Comisión de Derechos Humanos 2005/35, de 19

Sin embargo, algunos autores señalan que el principio de justicia universal es ejercido por un Estado y es éste el que impone la pena al responsable del crimen internacional de acuerdo a sus normas internas. Establecer excepciones, esto es, que los crímenes internacionales no prescriban puede dar lugar a situaciones problemáticas, pues justificar la imprescriptibilidad por la gravedad del crimen “carece de lógica” al no tener, por ejemplo, todos los crímenes de guerra la misma gravedad mientras que, por el contrario, algunos delitos graves estarían sometidos a la prescripción. Para ello propone varias soluciones: establecer la prescripción para ciertos crímenes de guerra, suspender la prescripción de los crímenes internacionales cuando los presuntos responsables se encuentren ante el poder estatal o alargar los plazos de prescripción de los crímenes internacionales⁹¹⁶. Sin embargo, en nuestra opinión, no se puede fundamentar la imprescriptibilidad de los crímenes internacionales en la misma base en la que se fundamenta la prescripción de los delitos ordinarios. Los crímenes graves de DI son considerados de primer grado porque afectan a los intereses y a los valores mas importantes de la Comunidad Internacional en su conjunto, siendo por tanto el bien jurídico protegido la humanidad; son una construcción del Derecho Internacional Penal y en su investigación y enjuiciamiento se aplican los principios del Derecho Internacional Penal. Además, recordemos que el principio de jurisdicción universal es una creación del DI, no del Derecho interno, por tanto, en su ejercicio, los jueces nacionales deben aplicar las fuentes del DI, no los principio penales internos. Y centrándonos más en la cuestión de la imprescriptibilidad de los crímenes internacionales, si bien es cierto que España no ha ratificado la Convención de imprescriptibilidad de 1968, ello no es óbice para considerar la imprescriptibilidad de los crímenes graves de DI pues, como ya hemos señalado, la Convención declara una norma de derecho consuetudinario ya existente. Es más, España ha ratificado el Estatuto de la CPI, cuyo artículo 7 declara expresamente la imprescriptibilidad de los crímenes recogidos en el mismo, y los Estados tienen la obligación de adaptar sus legislaciones al Estatuto, con la incorporación de la imprescriptibilidad

de abril de 2005, aprobados por la AG (Resolución 60/147, de 16 de noviembre de 2005), párrs. 6º y 7º, disponible en <http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/RemedyAndReparation.aspx>.

⁹¹⁶ MARTÍNEZ ALCANIZ, A., *op. cit.*, pp. 378-382.

en su ordenamiento jurídico. Quizá, más que buscar soluciones internas a situaciones ya resueltas por el DI, se debería apuntar hacia la búsqueda de la voluntad en la aplicación del DI y, para ello, resulta interesante observar como algunos Estados europeos (Alemania, Suecia, Polonia) han resuelto la cuestión de la imprescriptibilidad de los crímenes de DI como una cuestión procesal (y no sustantiva) que impediría su aplicación retroactiva, de forma que “los crímenes (...) son imprescriptibles, cualquiera que sea la fecha en que se hayan cometido”, de acuerdo con el artículo 1 de la Convención sobre la imprescriptibilidad de 1968. Es así como

“El concepto de prescripción, unido a la seguridad jurídica cede ante la gravedad y el horror de los crímenes contra la Humanidad. No se pueden olvidar nunca estos delitos, por la humanidad y, por tanto, los tribunales no podrán tener en cuenta nunca el transcurso del tiempo como excusa para no perseguirlos”⁹¹⁷.

En España, el Comité de Derechos Humanos recomendó en el año 2009 a nuestro país que adoptara, entre otras, las medidas legislativas que fueran necesarias para que los jueces nacionales no apliquen la prescripción a los crímenes de lesa humanidad⁹¹⁸. Sin embargo, el poder legislativo es reacio a ratificar la *Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad* de 1968, señalando que va en contra del principio de seguridad jurídica y de prohibición de retroactividad de la ley penal⁹¹⁹. Se mantiene, por tanto, la prescriptibilidad de los crímenes internacionales hasta la fecha en que se incorporó la imprescriptibilidad en el 2003 con la ley orgánica de adaptación al Estatuto de la CPI⁹²⁰. De esta forma, la investigación y enjuiciamiento de los crímenes cometidos antes de 2003 a través del principio de jurisdicción universal se hace imposible en aquellos Estados que siguen contemplando la prescripción de los crímenes internacionales, cuyo resultado sería la extinción de la responsabilidad penal. Así ha ocurrido con la querrela interpuesta en Argentina

⁹¹⁷ LÓPEZ GARRIDO, D., “Contra la impunidad”, *óp., cit.*, p. 32.

⁹¹⁸ Comité de Derechos Humanos, Observaciones Finales, Doc. CCPR/C/ESP/CO/5 (2009), de 5 de enero de 2009, párr. 9.

⁹¹⁹ *Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, Pleno y Diputación Permanente*, IX Legislatura, núm. 264, de 19 de julio de 2011.

⁹²⁰ *Ley Orgánica 18/2003, de 10 de diciembre, de Cooperación con la Corte Penal Internacional*, BOE, núm. 296, de 11 de diciembre de 2003.

en relación a los crímenes del franquismo cometidos en España⁹²¹ cuando al solicitar la jueza María R. SERVINI DE CUBRÍA, el 28 de octubre de 2013, la extradición de cuatro de los presuntos responsables en octubre de 2013, la AN se negó, apuntando la prescripción de los crímenes al haber transcurrido más de 10 años de acuerdo con el Código penal español de 1973⁹²². Al respecto Pablo de GREIFF, Relator Especial de Naciones Unidas para la promoción de la verdad, la justicia, la reparación y las garantías de no repetición, señaló:

“Tomo nota con preocupación de la posición de la Fiscalía de la Audiencia Nacional (del 31 de enero de 2014) de denegar la solicitud de extradición interpuesta por la justicia Argentina de un presunto responsable por delitos de tortura cometidos durante los últimos años del franquismo. No hemos recibido copia aún de esta decisión, pero pareciera que invocaría la competencia de los tribunales españoles de juzgar estos delitos y la prescripción de los mismos. Si no se garantiza el acceso a la justicia para las víctimas en el sistema judicial español, esta decisión representaría cerrar a las víctimas toda posibilidad de acceso a la justicia, a la investigación y el establecimiento de la verdad sobre los hechos y las circunstancias en las cuales se habrían cometido estos delitos, que podrían constituir crímenes de lesa humanidad”⁹²³.

Dos podrían ser las soluciones a la situación expuesta: considerar la prescripción un elemento procesal; esto es, un requisito procedimental que podría ser eludido sin necesidad de entenderlo anti-institucional, pues no le sería de

⁹²¹ Se ha abierto un procedimiento (causa 4591/2010) ante el Juzgado de Instrucción núm. 1 de la ciudad de Buenos Aires, a cargo de la jueza María Romilda Servini de Cubría, contra los presuntos crímenes cometidos durante la dictadura del General Francisco Franco Bahamonde (1936-1977, fecha de las primeras elecciones democráticas).

⁹²² “El delito de torturas está sujeto en la legislación española (...) a una prescripción de diez años. Por lo que, tratándose de hechos perpetrados entre 1971 y 1975 (...) el periodo de prescripción está ampliamente cumplido, por lo que concurriendo la causa de denegación de la entrega señalada en el artículo 9.c) del Tratado de Extradición, procede denegar la misma”, Sección Segunda de la Sala de lo Penal de la AN, Auto núm. 14/2014, de 30 de abril, Fundamento de Derecho 6º, en relación a la denegación de Antonio González Pacheco, alias “Billy el Niño”, disponible en <http://www.ceaqua.org/wp-content/uploads/2014/05/Auto-resolución-no-extradición-de-Pacheco.pdf>.

⁹²³ Para terminar concluyendo: “Finalmente, anoto con sorpresa las actuaciones, tanto de la Audiencia Nacional, como del Fiscal General, aparentemente dirigidas a prevenir que el Tribunal Constitucional pueda debatir y pronunciarse sobre la aplicación e interpretación de la Ley de Amnistía, los principios de legalidad, la prescripción de delitos graves tales como crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra, entre otros, a la luz de las normas y obligaciones internacionales en la materia” (*Observaciones preliminares* del Relator Especial para la promoción de la verdad, la justicia, la reparación y las garantías de no repetición, de 3 de febrero de 2014, disponible en <http://www.ohchr.org/EN/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=14216&LangID=E>).

aplicación ni el principio de seguridad jurídica ni el principio de irretroactividad penal; o bien, podrían, en ejercicio de la jurisdicción universal, investigarse y enjuiciarse crímenes internacionales cometidos en otro Estado “sin atender a la posible extinción de la responsabilidad penal conseguida, al aplicarse una retroactividad material de la norma de la imprescriptibilidad”⁹²⁴. En definitiva, vemos como, de nuevo, el problema reside en la falta de homogeneidad en las legislaciones internas de las condiciones de ejercicio del principio universal. Heterogeneidad que deriva de la falta estatal de cumplir con los deberes establecidos a los Estados.

Ahora bien, puede observarse cómo tres factores contribuyen a la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de lesa humanidad: en primer lugar, el hecho de que cada vez más Estados incluyan en su legislación penal interna la imprescriptibilidad de esos crímenes; en segundo lugar, la tipificación de la imprescriptibilidad en el artículo 29 del ECPI; y, por último, el aumento de los Estados parte en los convenios de la ONU y del Consejo de Europa⁹²⁵. Son factores que, en todo caso, deben continuar potenciándose para hacer de la imprescriptibilidad una realidad. Porque ésta, la prescriptibilidad, es una alegación común por parte de los acusados por crímenes internacionales en procesos en los que se aplica el principio de jurisdicción universal⁹²⁶.

1.4 La amnistía

“La amnistía es un acto de soberanía interna del Estado por el que el Poder Legislativo, fundado en razones de orden público cuya existencia y oportunidad sólo a él le compete valorar, por medio de una ley con efecto retroactivo, declara el olvido de infracciones de naturaleza penal (delitos comunes o políticos e infracciones administrativas o disciplinarias), ocurridas con anterioridad, produciendo la extinción de sus consecuencias represivas, sin individualizar a los

⁹²⁴ MARTÍNEZ ALCAÑIZ, A., *op. cit.*, p. 389.

⁹²⁵ *Principios generales del derecho penal internacional*, Documento de trabajo del Comité Internacional de Cruz Roja (ICRC), p. 2.

⁹²⁶ JIMÉNEZ GARCÍA, F. y GARCÍA SÁNCHEZ, B., “Propuesta de Convención universal...”, *óp. cit.*, p. 214.

destinatarios del beneficio, quienes no puedan renunciarlo, y, una vez reconocido por una resolución judicial basada en autoridad de cosa juzgada, es irrevocable”⁹²⁷.

Tradicionalmente, las *amnistías generales o absolutas*⁹²⁸ han sido, por un lado, un obstáculo estatal a la investigación y enjuiciamiento de los responsables de los crímenes más graves del DI y, por otro, un impedimento al derecho a la tutela judicial efectiva que tienen las víctimas. En muchas de las ocasiones son dictadas por el propio gobierno que, tras regímenes represivos, le permite continuar en el poder (*auto amnistía*)⁹²⁹; en otras, se acuerdan en una situación de post conflicto y olvido durante un proceso de justicia transicional (*amnistías negociadas, parciales, limitadas o condicionales*)⁹³⁰. Que sean más o menos aceptadas, dependerá de las condiciones que las legitimen, es decir, de las razones que expliquen la necesidad de su adopción. Margarita ROBLES señala como *condiciones mínimas de legitimidad* las siguientes:

“1) ser un último recurso para garantizar objetivos esenciales como la paz, la supervivencia, la reconciliación nacional o el salvamento de vidas humanas; 2) operar en circunstancias específicas respecto de sujetos concretos, sin abarcar cualquier crimen y dejando posibilidades alternativas de exigencia de

⁹²⁷ LASCAN, C. J., “Límites del principio de justicia universal: los alcances de la amnistía en la Argentina”, PÉREZ CEPEDA, A. (Dir.), *El principio de Justicia Universal: Fundamentos y límites*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, pp. 523-556, p. 525. Otra definición la ofrece Abraham MARTÍNEZ ALCANIZ: “Una derogación transitoria de la ley por la cual se beneficia a una pluralidad de sujetos, se cancelan los antecedentes penales, se suspenden los procesos judiciales en curso y se impide la incoación de otros nuevos procesos por los hechos que caen en el ámbito de aplicación de la ley de amnistía” (*op. cit.*, p. 395).

⁹²⁸ Señala el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española que la palabra amnistía procede del griego, ἀμνηστία (*amnēstía*), propiamente “olvido”, y significa “perdón de cierto tipo de delitos, que extingue la responsabilidad de sus autores”.

⁹²⁹ José Elías ESTEVE MOLTÓ las define como “leyes de amnistía que se otorgan a sí mismos y a todos los agentes del Estado, los responsables políticos de los gobiernos donde se han violado de forma sistemática los derechos humanos” (“La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos ante las leyes de amnistía: un referente para la necesaria “fertilización” trasatlántica”, *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, núm. 9, octubre 2015 – marzo 2016, pp. 105-123, p. 107). Las auto amnistías “constituyen una herramienta que ha sido empleada por parte de regímenes antidemocráticos que, después de depurar a la oposición política, han pretendido legitimar sus estructuras de poder mediante un cierto barniz democrático, pero desde el que, en ningún modo se pudieran entrar a revisar criminalidades pasadas, en una especie de borrón y cuenta nueva, valga la expresión coloquial” (VALLEJO PEÑA, C., *El estado de la jurisdicción universal en el Derecho Internacional...*, *óp. cit.*, p. 187).

⁹³⁰ Se denominan *amnistías negociadas* a aquellas “que surgen tras un proceso de conflicto y que bajo el pretexto de la reconciliación nacional bloquean a las víctimas el derecho a la tutela judicial efectiva” (ESTEVE MOLTÓ, J. E., “La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos ...”, *óp. cit.*, p. 107).

responsabilidad; 3) contar con la legitimidad garantizada por procesos democráticos o consultivos porque no es lo mismo una auto amnistía decidida desde un gobierno a aquella que resulta de un proceso amplio de reconciliación nacional; y 4) no aplicarla a crímenes internacionales, porque ningún Estado puede decretarlo y hacerlo oponible a los demás”⁹³¹.

Por el contrario, Antonio CASSESE señala que si bien en ocasiones las amnistías pueden ser adecuadas (Sudáfrica, El Salvador, Guatemala o Chile), no puede defenderse lo mismo en otras (ex Yugoslavia y Bosnia). En relación a ex Yugoslavia apunta:

“Thus in my view, the best option is to bring to court alleged culprits dispense justice, as is happening both in the former Yugoslavia and given that (a) they have been the scene of appalling atrocities which are beyond amnesty, (b) they are still riven by the violent nationalisms or ethnic hatred over which the wars were fought, and (c) they are not yet willing to be reconciled. I should add that arguably, under international law, an amnesty for genocide would anyway be precluded by *jus cogens*”⁹³².

Las amnistías presentan desde sus orígenes, allá por la década de los setenta, una problemática propia que tiene que ver con su alcance. Al tratarse de un acto de soberanía interna de los Estados, consecuencia de los principios de igualdad soberana y de no injerencia en los asuntos internos tienen plena vigencia dentro del Estado donde sean aprobadas⁹³³. Ahora bien, respecto al resto de

⁹³¹ ROBLES CARRILLO, M., *óp. cit.*, p. 92.

⁹³² CASSESE, A., “Reflections on International...”, *óp. cit.*, pp. 3-5.

⁹³³ William W. BURKE-WHITE ha señalado que existen cuatro tipos de amnistía atendiendo a la legitimidad con que el gobierno emite una ley de amnistía y el alcance de la misma, es decir, la cobertura de la ley de amnistía (quién es inmune a persecuciones y qué actos están inmunizados): 1. *Blanked amnesty*, es un amnistía decretada por el dictador sin aprobación alguna nacional o internacional y con un gran alcance. Pone como ejemplos la ley china de 18 de abril de 1978 y la peruana de 14 de junio de 1995, así como muchos otros Estados latinoamericanos (Argentina, El Salvador, Nicaragua, Sri Lanka y Uruguay); 2. *Locally Legitimized, Partial Immunity*, tiene mayor legitimidad que las amnistías en blanco y su ámbito de aplicación es más reducido, fundamentalmente excluye delitos comunes y aquellos cometidos por motivos personales. Han sido las adoptadas en Sudáfrica en 1993 y Fiji en 2000; 3. *Internationally Legitimized, Partial Immunity*. El tercer tipo de amnistía disfruta de una gran legitimidad por el compromiso y la implicación internacional, si bien su ámbito de ampliación es más reducido. Dos ejemplos son la inmunidad reconocida en Haití y en Guatemala; 4. Por último, la *International Constitutional Immunity*. Es el tipo de amnistía más restringido (los Estados están obligados a perseguir los crímenes internacionales) y tiene la mayor legitimidad, nacional e internacional cuyo ejemplo lo tenemos en los Estados de Croacia y Bosnia. Según su autor, sólo este tipo de inmunidades debe tener efectos

Estados o de sus tribunales penales, aunque deberían respetar tal acto de soberanía, lo cierto es que el surgimiento del DI de los DDHH ha originado una práctica que defiende que los efectos de las amnistías no pueden ser impuestas a los tribunales de otros Estados o tribunales penales internacional⁹³⁴ cuando se trata de los crímenes más graves del DI regulados por normas de *ius cogens*⁹³⁵. Se establece, por tanto, un primer límite *ratione materiae* a las amnistías⁹³⁶.

extraterritoriales. Sin embargo, como señala el autor, el efecto de estas categorías de amnistías depende no sólo de su aplicación sino también del texto real de las normas (“Refraining Impunity: Applying Liberal International Law Theory to an Analysis of Amnesty Legislation”, *Harvard International Law Journal*, vol. 42, 2001, pp. 467-533, pp. 471-479 y pp. 482-518, disponible en https://scholarship.law.upenn.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1882&context=faculty_scholarship).

⁹³⁴ Frente a las críticas suscitadas acerca de si tras la amnistía de un hecho en un Estado, no puede juzgar un tribunal internacional pues supondría un ataque del principio *non bis in idem*, Cristina RODRÍGUEZ YAGÜE señala que, aunque se refiere a la CPI sería de aplicación respecto de cualquier tribunal internacional: “El no enjuiciamiento de un crimen contra la Humanidad, competencia de la Corte según el artículo 5 del ECPI, por la promulgación de una ley de amnistía o de una ley de punto final no pueden impedir la actuación de la CPI. Se trata de un supuesto distinto al de cosa juzgada puesto que el Estado competente ha declinado la facultad de enjuiciar el hecho, no habiendo habido ni proceso ni sentencia en uno u otro sentido (condenatoria o absolutoria). Supone una renuncia a evaluar la responsabilidad penal por unos hechos determinados” (“La justicia universal y el principio...”, *óp. cit.*, p. 19).

⁹³⁵ “Ahora bien, estas amnistías, perdones o como se les quiera denominar, tienen como finalidad hacer posible la reconciliación nacional y la vuelta a la normalidad dentro del Estado. Los responsables de estos crímenes, que gozan en sus países de protección al amparo de tales normas, han de ser conscientes de que la impunidad concedida no tienen alcance universal. Lo que no puede pretenderse es que tales leyes produzcan un efecto extraterritorial e impidan el ejercicio de la jurisdicción por los tribunales competentes de otros Estados. Estas leyes no pueden eximir de la responsabilidad penal internacional a quienes han cometido actos que constituyen crímenes según el Derecho Internacional (...) Las actuaciones de los tribunales extranjeros, ejercidas de conformidad con el Derecho Internacional e interno, no pueden considerarse injerencia en los asuntos internos sino actos de justicia” (ORIHUELA CALATAYUD, E., “Justicia universal y...”, *óp. cit.*, pp. 145-146). También, en el mismo sentido, Antonio REMIRO BROTONS: “(las amnistías) no pueden eximir de responsabilidad penal, más allá del ámbito soberano de quién las promulga, a los individuos que han cometido crímenes contra el Derecho internacional (todo ello, sin perjuicio, de que la promulgación de dichas leyes pueda constituir por sí misma o al ser aplicadas un ilícito internacional). Estas leyes no pueden, por lo tanto, proyectarse en el exterior vinculando a los órganos (judiciales) de otros Estados; más aún si, como es el caso español, responden a sistemas que prohíben los indultos generales. Es este el sentido, limitativo, en que cabe hablar de la territorialidad de la soberanía legislativa. La soberanía legislativa es, en efecto, territorial en la medida en que no es posible que una legislación auto exculpatoria produzca efectos más allá de los límites físicos del Estado” (“Los crímenes de Derecho internacional y...”, *óp. cit.*, pp. 117-118). Por último, Francisco CORTÉS RODAS: “Las transformaciones en el derecho internacional que han hecho posible sancionar la responsabilidad penal de los individuos por los crímenes más graves del derecho internacional, han estado determinadas, de un lado, por el progresivo debilitamiento del paradigma estatista centrado en la primacía de la soberanía estatal frente a los derechos humanos y, de otro lado, por el progresivo fortalecimiento del paradigma cosmopolita centrado en la primacía del individuo y los derechos humanos frente a los imperativos de la soberanía estatal” (“El derecho internacional penal y el asunto de la amnistía. El caso de las Farc”, *Araucaria. Revista Iberoamericana de Filosofía, Política y Humanidades*, núm. 29, 2013, pp. 189-216, p. 193).

⁹³⁶ “Hasta la fecha no ha cristalizado una posición clara del derecho (penal) internacional sobre esta materia. Fuera de toda duda hay que afirmar que una exención general de responsabilidad penal no es admisible en cuanto el derecho internacional obliga a la persecución y a la sanción

De hecho, diversas codificaciones privadas han señalado la improcedencia de la amnistía ante crímenes internacionales de DI. Así, el ILA en su conferencia de Londres en el año 2000 señaló:

“The obligation or the entitlement of states to bring perpetrators of gross human rights offences to justice on the basis of universal jurisdiction is not affected by amnesties awarded in the territorial state. Individual amnesties awarded as part of a legitimate legal process may however be taken into account by a prosecutor when exercising his or her discretion whether or not a prosecution would be in the public interest (assuming there is no treaty obligation to prosecute) and by a court where imposing a sentence”⁹³⁷.

Los *Principios de Princeton* señalan en su principio 7 dedicado a las amnistías:

- “1. Las amnistías, en general son incompatibles con la obligación de los Estados de imputar responsabilidad por la comisión de los delitos graves de derecho internacional que se enumeran en el párrafo 1 del Principio 2.
2. Las amnistías que sean incompatibles con las obligaciones jurídicas internacionales del Estado que las concede no impedirán el ejercicio de la jurisdicción universal sobre los delitos graves de derecho internacional que se enumeran en el párrafo 1 del Principio 2”.

Como señalan los comentarios a los Principios de Princeton, las amnistías y otras formas de ejercicio del derecho de gracia que, por decisión del Estado o por aplicación de las normas de un tratado, pudieran concederse a personas o grupos de personas suscitaron un importante debate, de ahí que, tras el estudio de “la posibilidad de tratar de determinar los requisitos mínimos que debieran cumplirse para que los mecanismos de imputación de responsabilidad se considerasen

penal. Esto significa que las amnistías generales para los crímenes de derecho internacional son inadmisibles según el derecho internacional consuetudinario. Una amnistía contraria al derecho internacional no obsta a la persecución penal por terceros Estados (WERLE, G., *Tratado de Derecho Penal...*, óp. cit., pp. 135-136).

⁹³⁷ Committee on International Human Rights Law and Practice, *Final Report on the Exercise of Universal Jurisdiction in Respect of Gross Human Rights Offences*, ILA, London Conference, 2000, párr. 5 p. 21.

legítimos”, así como de las diversas posturas, se decidió apostar por criterios generales⁹³⁸.

También los *Principios El Cairo – Arusha sobre jurisdicción universal* han señalado en su principio 15:

“While amnesties for gross human rights offences granted to individuals may, in certain cases, be politically expedient, such amnesties are generally incompatible with international law and do not have any effect outside the borders of the country in which they are granted; nor do they absolve other States of their responsibility and their duty to prosecute or to transfer for trial such individuals”⁹³⁹.

Como señala Antoni PIGRAU, ha sido muy importante la labor realizada por las diversas ONG, por la extinta Comisión de Derechos Humanos de Naciones Unidas ⁹⁴⁰ y por los órganos de control establecidos por los tratados internacionales de DDHH⁹⁴¹.

⁹³⁸ Las posturas que se barajaron fueron, por un lado, aquellos que “estaban totalmente en contra de la inclusión de cualquier principio que reconociera la amnistía para “delitos graves de derecho internacional”. Por otro, los que señalaban que “algunos tipos de amnistías, junto a mecanismos de imputación de responsabilidad distintos del procesamiento penal, eran aceptables en algunos casos: al menos en períodos difíciles de transición política, como la segunda mejor alternativa al procesamiento penal. Incluso, se suscitó “una gran polémica respecto de mecanismos de imputación de responsabilidad como el de la comisión de Verdad y Reconciliación de Sudáfrica” (*Principios de Princeton sobre la Jurisdicción Universal...*, *óp. cit.*, pp. 32-33).

⁹³⁹ La AFLA reunió en El Cairo, los días 30 y 31 de julio de 2001, y en Arusha, los días 18 a 21 de octubre del 2002, a un gran número de expertos de toda África, así como de otros lugares del extranjero, para discutir e idear los principios sobre jurisdicción universal desde una perspectiva africana, disponible en http://www.africalegalaid.com/download/policy_document/Policy_Document.pdf.

⁹⁴⁰ La Comisión de Derechos Humanos elaboró el *Conjunto de principios actualizado para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad* que señala en su principio 24: “Restricciones y otras medidas relativas a la amnistía: Incluso cuando tenga por finalidad crear condiciones propias para alcanzar un acuerdo de paz o favorecer la reconciliación nacional, la amnistía y demás medidas de clemencia se aplicarán dentro de los siguientes límites: a) Los autores de delitos graves conforme al derecho internacional no podrán beneficiarse de esas medidas mientras el Estado no cumpla las obligaciones enumeradas en el principio 19 o los autores hayan sido sometidos a juicio ante un tribunal competente, sea internacional o internacionalizado o nacional, fuera del Estado de que se trata. b) La amnistía y otras medidas de clemencia no afectan al derecho de las víctimas a reparación (...) y no menoscabarán el derecho a saber. c) Como la amnistía puede interpretarse como un reconocimiento de culpa, no podrá imponerse a las personas enjuiciadas o condenadas por hechos reconocidos durante el ejercicio pacífico del derecho a la libertad de opinión y de expresión. Cuando esas personas no hayan hecho más que ejercer ese derecho legítimo, garantizado por los artículos 18 a 20 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y 18, 19, 21 y 22 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, una ley deberá considerar nula y sin valor respecto de ellas toda decisión judicial o de otro tipo que les concierna; se pondrá fin a su reclusión sin condiciones ni plazos. d) Toda persona condenada por infracciones

“Los gobiernos deben derogar la legislación que favorezca la impunidad de los responsables de violaciones graves de los derechos humanos, como la tortura, y castigar esas violaciones, consolidando así las bases para el imperio de la ley”⁹⁴².

Relevantes han sido también las aportaciones de la jurisprudencia acerca de la amnistía, en especial la del sistema interamericano de protección de DDHH, que se ha convertido en un referente para otros tribunales internacionales⁹⁴³. En el año 2001, en el asunto *Barrios Altos*, la CIDH ha señalado la incompatibilidad de la

que no sean las previstas en el apartado c) del presente principio y que entren en él ámbito de aplicación de la amnistía podrá rechazar la amnistía y solicitar que se revise su proceso si no ha tenido un juicio imparcial y con las debidas garantías, previstas en los artículos 10 y 11 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y en los artículos 9, 14 y 15 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, o si ha sido condenada sobre la base de una declaración que, según se haya establecido, ha sido hecha como resultado de interrogatorios inhumanos o degradantes, especialmente bajo la tortura”, *Conjunto de principios actualizados para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad*, adoptados el 8 de febrero de 2005, doc. E/CN.4/2005/102/Add.1, disponible en <http://www.derechos.org/nizkor/impu/impuppos.html>. Dos meses más tarde, en su Resolución relativa a la *Impunidad*, señala: “Estima también que no se debe conceder la amnistía a quienes hayan cometido violaciones de derechos humanos y del derecho internacional humanitario que constituyan delito, encarece a los Estados que tomen medidas conformes con las obligaciones que han contraído en virtud del derecho internacional y acoge con satisfacción la supresión o la anulación de la amnistía y de otras clases de inmunidad o la renuncia a ellas, y reconoce también la conclusión del Secretario General de que los acuerdos de paz aprobados por las Naciones Unidas nunca puedan prometer amnistías por crímenes de genocidio, de guerra o de lesa humanidad o por infracciones graves de los derechos humanos” (Resolución 2005/81, de 21 de abril, párr. 3, disponible en http://ap.ohchr.org/documents/sdpage_s.aspx?b=1&se=59&t=11).

⁹⁴¹ Antoni PIGRAU SOLÉ pone de manifiesto cómo el Comité de Derechos Humanos se ha manifestado tanto desde un punto de vista general (*Naturaleza de la obligación jurídica general impuesta a los Estados Partes en el Pacto*, Observación General núm. 31, de 29 de marzo de 2004: “En los casos en que algún funcionario público o agente estatal haya cometido violaciones de los derechos reconocidos en el Pacto (...), los Estados Parte de que se trate no podrán eximir a los autores de su responsabilidad jurídica personal, como ha ocurrido con ciertas amnistías (...) y anteriores inmunidades”) como en relación a países concretos y “en todos los casos el CDH ha estimado que las leyes de amnistía eran incompatibles con las obligaciones establecidas en el Pacto” (*La jurisdicción universal y su aplicación en España: la persecución del genocidio, los crímenes de guerra y los crímenes contra la humanidad por los Tribunales nacionales*, Colección Recerca per Drets Humans, 3, Generalitat de Catalunya, Oficina de promoción de la paz y los Derechos Humanos, Barcelona, 2009, pp. 75-76).

⁹⁴² Conferencia Mundial de Derechos Humanos. Declaración y Programa de Acción de Viena (Doc. A/CONF.157/23, de 12 de julio de 1993, Sección II, párr. 60, disponible en https://www.es.amnesty.org/uploads/tx_useraitypdb/declaracion_programa_accion_viena.pdf).

⁹⁴³ Sobre la jurisprudencia de la CIDH en materia de amnistía puede consultarse: ESTEVE MOLTÓ, J. E., “La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos...”, pp. 105-123; GAMARRA, Y., “El legado de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la erradicación de las leyes de amnistía”, *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, núm. 9, octubre 2015 – marzo 2016, pp. 124-146; y DONDE MATUTE, J., “El concepto de impunidad: Leyes de amnistía y otras formas estudiadas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, ELSNER, G. (Ed.), *Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos y Derecho Penal Internacional*, Konrad-Adenauer-Stiftung e. V., Berlín, 2010, pp. 263-293.

amnistía con los graves crímenes de DI en relación con las leyes de amnistía del gobierno de Fujimori en Perú.

“Son inadmisibles las disposiciones de amnistía, las disposiciones de prescripción y el establecimiento de excluyentes de responsabilidad que pretendan impedir la investigación y sanción de los responsables de las violaciones graves de los derechos humanos tales como la tortura, las ejecuciones sumarias, extralegales o arbitrarias y las desapariciones forzadas, todas ellas prohibidas por contravenir derechos inderogables reconocidos por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos”⁹⁴⁴.

En el mismo sentido se ha pronunciado el TEDH, en su sentencia de 2014, en el asunto *Margus v. Croacia*⁹⁴⁵ y el TPIY⁹⁴⁶.

⁹⁴⁴ Asunto *Barrios Altos (Chumbipuma Aguirra y otros v. Perú)*, Sentencia de 14 de marzo de 2001, Serie C, núm. 75, párr. 41. Además, en el asunto *Almonacid Arellano y otro v. Chile*, la CIDH concretó que las declaraciones del Gobierno chileno de no aplicación de la Ley de auto amnistía (Decreto Ley núm. 2191 de 1978, proclamado por el Gobierno de Pinochet, aún vigente) “no es suficiente para satisfacer las exigencias del artículo 2 de la Convención [Americana] en el presente caso. En primer lugar porque, conforme a lo señalado en los párrafos anteriores, el artículo 2 impone una obligación legislativa de suprimir toda norma violatoria a la Convención y, en segundo lugar, porque el criterio de las cortes internas puede cambiar, decidiéndose aplicar nuevamente una disposición que para el ordenamiento interno permanece vigente” (Sentencia de 26 de septiembre de 2006, serie C, núm. 154, párr. 121). Por su parte, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en relación al asunto *Ignacio Ellacuría S. J. y otros* (asunto núm. 10.488) apuntó que: “La CIDH ha señalado reiteradamente que la aplicación de leyes de amnistía que impiden el acceso a la justicia en casos de violaciones serias de los derechos humanos, hace ineficaz la obligación de los Estados partes de respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y de garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona sujeta a su jurisdicción sin discriminación de ninguna clase, según establece el artículo 1(1) de la convención americana. En efecto, muchas leyes eliminan la medida más efectiva para la vigencia de los derechos humanos, vale decir, el enjuiciamiento y castigo a los responsables” (Informe núm. 136/1999, de 22 de diciembre de 1999, párr. 200).

⁹⁴⁵ En el presente asunto, el TEDH condenó a un soldado por crímenes de guerra al que previamente se le había concedido una amnistía, señalando el Tribunal de Estrasburgo que al demandante se le había concedido indebidamente una amnistía por aquellos actos que equivalían a graves violaciones de los DDHH fundamentales protegidos en virtud de los artículos 2 y 3 del Convenio, cuando los Estados tienen la obligación de enjuiciar aquellos actos como la tortura y los homicidios intencionados. Por otra parte, señala el Tribunal, se observa una tendencia cada vez mayor en el DI a encontrar inaceptables las concesiones de amnistía con respecto a delitos graves contra los DDHH. En apoyo a esta observación, el Tribunal se basó en varios organismos, tribunales y convenciones internacionales, entre ellas, el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, el TPIY y la CIDH. Además, señala, incluso aunque se aceptara que las amnistías eran posibles en virtud de determinadas circunstancias personales (un proceso de reconciliación y/o una forma de compensación a las víctimas) la amnistía concedida al demandante en el presente caso no puede ser aceptada ya que no hay nada que indique que se hubieran dado tales circunstancias. El nuevo auto de acusación contra el demandante por crímenes de guerra en la segunda serie de procedimientos cumple con los requisitos establecidos en los artículos 2 y 3 del Convenio, de forma que el artículo 4 del Protocolo núm. 7 (“Nadie podrá ser inculcado o sancionado penalmente por un órgano jurisdiccional del mismo Estado, por una infracción de la que ya hubiere sido anteriormente absuelto o condenado en virtud de sentencia definitiva conforme a la ley y al

Como se ha señalado, el DI rechaza las amnistías y auto amnistías cuando se trata de los crímenes más graves del DI. Sin embargo, como señala Margarita ROBLES, las amnistías también pueden producirse ante un nuevo escenario, el de la *justicia transicional*, en el que se desencadena una ponderación entre *justicia y verdad*⁹⁴⁷. En este tipo de procesos, el debate surge entorno al establecimiento de las *líneas rojas* que no deben ser sobrepasadas. Javier CHINCHÓN apunta, con carácter general, que hay un cierto consenso en la doctrina que permite afirmar que se podrían llegar a admitir las *amnistías parciales* si son

“una pieza clave para lograr el fin de un conflicto armado y/o de un sistema no democrático; que además ha de excluir a los máximos responsables de los crímenes en cuestión; que no debe impedir una investigación independiente e imparcial de los hechos (para otros, tampoco y en su caso el consiguiente proceso

procedimiento penal de ese Estado”) no es aplicable (Sentencia de Gran Sala del TEDH, *Margus v. Croacia*, núm. 4455/10, de 27 de mayo de 2014, párr. 124 y ss.). En el mismo sentido se había pronunciado el TEDH en el asunto *Abdulsamet Yaman v. Turquía*: “where a State agent has been charged with crimes involving torture or ill-treatment, it is of the utmost importance for the purposes of an “effective remedy” that criminal proceedings and sentencing are no time barred and that the granting of an amnesty or pardon should not be permissible” (Sentencia del TEDH, núm. 32446/96, de 2 de noviembre de 2004, párr. 55).

⁹⁴⁶ “El hecho de que la tortura esté prohibida por una norma imperativa de Derecho Internacional tiene otros efectos tanto a nivel interestatal como individual. A nivel interestatal, sirve para deslegitimar internacionalmente cualquier acto legislativo, administrativo o judicial que autorice la tortura. Carecería de sentido sostener, de una parte, que como consecuencia del valor de *ius cogens* de la prohibición de la tortura, los tratados o reglas consuetudinarias que permitiesen la tortura serían nulos de pleno derecho y, de otra, que un Estado pudiera adoptar medidas nacionales que autorizaran o condonaran la tortura o que absolvieran a los responsables a través de una ley de amnistía. Si se produjera tal situación (...), los responsables de prácticas de tortura que hubieran actuado con base en esas medidas nacionales o que se hubieran beneficiado de ellas podrían ser considerados penalmente responsables, sean en un Estado extranjero, sean en su propio Estado una vez establecido un nuevo régimen”, TPIY, Sala de primera instancia, *Fiscal v. Anto Furundzija*, núm. IT-95-17/1-T, Sentencia, de 10 de diciembre de 1998, párr. 155.

⁹⁴⁷ “La coexistencia de ambos expedientes no es sencilla por dos motivos principales: el valor y la legitimidad de sus respectivos objetivos no siempre resultan fácilmente ponderables a efectos de establecer una prelación entre ambos y, junto a ello, los instrumentos de justicia transicional varían considerablemente entre sí en su origen, medios, alcance y efectos” (ROBLES CARRILLO, M., *óp. cit.*, p. 91). En el mismo sentido, MACHADO RAMÍREZ, S., “Límites a la exoneración de responsabilidad en el derecho internacional: amnistías, selección y priorización de casos en la jurisdicción nacional”, *Anuario Colombiano de Derecho Internacional*, vol. 7, 2014, pp. 13-37, pp. 15-16, disponible en <http://revistas.urosario.edu.co/index.php/acdi/article/view/acdi7.2014.01/>.

Sobre amnistía y justicia transicional en el ámbito internacional puede consultarse: LAPLANTE, L. J., “Outlawing Amnesty: The Return of Criminal Justice in Transitional Justice Schemes”, *Virginia Journal of International Law*, vol. 49, 2009, pp. 915-984, disponible en https://law.wisc.edu/gls/documents/lisa_laplante_paper.pdf; y CORTÉS RODAS, F., “El derecho internacional penal y...”, *óp. cit.*, pp. 189-216.

judicial); y finalmente, que estas leyes no pueden afectar al derecho de la víctima a la reparación ni a la verdad”⁹⁴⁸.

Así, lo ha señalado Francisco CORTÉS RODAS en relación al proceso de justicia transicional que vive Colombia: “Si en un Estado cualquiera se llega a plantear la posibilidad de que en una negociación con un grupo guerrillero, cuyos líderes hayan cometido crímenes internacionales, se conceda una amnistía a cambio de la firma de un acuerdo de paz, ésta será rechazada porque las leyes de amnistía están en contra del imperio del derecho internacional penal”. Sin embargo, esta limitación jurídica no es absoluta, pues puede suceder que “la falta de persecución penal sea una herramienta del Estado para poner fin a un largo conflicto, de manera que se genere un proceso de reconstrucción de la sociedad”, con lo que nadie discute que en este caso las amnistías “o cualquier otra modalidad que tenga como fin afectar los intereses de las víctimas son inadmisibles desde la perspectiva del derecho internacional penal. Es decir, puede haber leyes de amnistía o de indulto pero estas leyes deben estar sometidas a límites relativamente claros impuestos por el derecho internacional penal”. Por ejemplo, si el Estado colombiano concede “amnistías por delitos políticos en el contexto normativo del “marco jurídico para la paz”, que comprende verdad, justicia, reparación y reforma institucional, estaría cumpliendo una función social específica en función de la paz y la reconciliación. Ahora bien, siempre y cuando la concesión de la amnistía no esté planteada en función de garantizar la impunidad de los autores de violaciones del derecho internacional penal, sino por el contrario, si este mecanismo se utiliza en concordancia con el derecho nacional e internacional podría, entonces, ser aceptable por la comunidad nacional e internacional. De este modo, las leyes de amnistía o de indulto no son, en toda circunstancia, incompatibles con el derecho penal internacional”⁹⁴⁹. Así lo señala también Gerhard WERLE:

“el derecho (penal) internacional no debe cerrarse completamente a una amnistía necesaria para lograr la paz. La renuncia a la sanción de los crímenes de derecho

⁹⁴⁸ CHINCHÓN ÁLVAREZ, J., “El Derecho penal internacional en contextos transicionales”, GIL GIL, A. y MACULAN, E. (Dirs.), *Derecho penal internacional*, Dykinson, Madrid, 2016, pp. 465-483, pp. 478-479.

⁹⁴⁹ CORTÉS RODAS, F., “El derecho internacional penal y...”, *óp. cit.*, pp. 197-198.

internacional puede en casos individuales ser necesaria para alcanzar la paz interna y hacer posible una reconciliación nacional”⁹⁵⁰.

Y también lo ha señalado la CIDH en el asunto *masacres de El Mozote y lugares aledaños v. El Salvador* que, por primera, vez trató una ley de amnistía otorgada tras un conflicto armado y en el marco de negociaciones de paz:

“El Estado debe asegurar que la Ley de Amnistía General para la Consolidación de la Paz no vuelva a representar un obstáculo para la investigación de los hechos materia del presente caso ni para la identificación, juzgamiento y eventual sanción de los responsables de los mismos y de otras graves violaciones de derechos humanos similares acontecidas durante el conflicto armado en El Salvador”⁹⁵¹.

En definitiva, aunque la amnistía pueda ser admitida en un proceso de paz, en ningún caso podrá obstaculizar la investigación y el enjuiciamiento de los responsables de los crímenes más graves del DI que afectan a normas de *ius cogens*⁹⁵². En este sentido, Sebastián MACHADO señala que, desde que comenzó su andadura la CPI, se temía que ésta pudiera ser un obstáculo a procesos de justicia transicional y reconciliación llevados a cabo por los Estados. Por ello, se aproximaron “figuras de justicia disímiles a las tradicionales” (amnistía parcial) con la misma función que la CPI (la lucha contra la impunidad). De ahí que, parte de la doctrina mantenga que “la exoneración parcial de responsabilidad durante procesos de justicia transicional legítimos no contraviene las disposiciones del Estatuto de Roma”⁹⁵³. Es por ello que las *amnistías parciales, pactadas o*

⁹⁵⁰ “Esto ocurre, por ejemplo, cuando sólo es posible finalizar una guerra civil con el precio de la renuncia a la sanción penal. En situaciones de esta clase, la renuncia a la sanción penal puede ser legítima desde el punto de vista del estado de necesidad. La dificultad radica aquí en elaborar criterios sustentable para la admisibilidad de una amnistía” (WERLE, G., *Tratado de Derecho Penal...*, *óp. cit.*, p. 136).

⁹⁵¹ Asunto *masacres de El Mozote y lugares aledaños v. El Salvador*, Sentencia de 25 de octubre de 2012, serie C, núm. 252, p. 148, párr. 4.

⁹⁵² El Voto concurrente del juez Diego García Sayán señala: “un conflicto armado y la solución negociada del mismo abre varios interrogantes y plantea enormes exigencias jurídicas y éticas en la búsqueda de la armonización entre justicia penal y paz negociada (...). Por ello, los Estados deben ponderar en este tipo de circunstancias el efecto de la justicia penal tanto sobre los derechos de las víctimas como sobre la necesidad de terminar el conflicto” (asunto *masacres de El Mozote y lugares aledaños v. El Salvador*, Voto concurrente de la Sentencia de 25 de octubre de 2012, serie C, núm. 252, p. 148, párrs. 26-27).

⁹⁵³ De hecho, la interpretación que la doctrina hace del artículo 53.1.c) del Estatuto de la CPI (“El Fiscal, después de evaluar la información de que disponga, iniciará una investigación a menos que

condicionales se suelen admitir en los procesos de paz en los que estén trabajando comisiones de la verdad, siempre que sus destinatarios no sean los responsables de los crímenes más graves del DI⁹⁵⁴. Ahora bien, no olvidemos que las decisiones adoptadas en un proceso de justicia transicional, excepto que “se haya articulado mediante una norma internacional también vinculante para otros Estados”, son actos que se adoptan en el ámbito interno de un Estado, no pudiendo ser oponibles a otros sujetos de DI o a otros tribunales internacionales pues “carecen de efectos extraterritoriales”⁹⁵⁵, con la excepción de los crímenes más graves de DI.

En relación a España, el Comité de Derechos Humanos se pronunció sobre el quinto Informe presentado por España en relación a la Ley de Amnistía de 1977⁹⁵⁶, afirmando la incompatibilidad de la misma con el artículo 14.7 del PIDCP⁹⁵⁷. En 2015, el Comité de Derechos Humanos se volvió a pronunciar sobre el sexto, y último, Informe que ha presentado España:

“Violaciones a los derechos humanos del pasado.

El Comité expresa y reitera su preocupación (CCPR/C/ESP/CO/5, párr. 9) por la posición del Estado parte de mantener en vigor la Ley de Amnistía de 1977, que impide la investigación de las violaciones de los derechos humanos del pasado, en particular los delitos de tortura, desapariciones forzadas y ejecuciones sumarias. El Comité está preocupado por las lagunas y deficiencias en la regulación de los procedimientos de búsqueda, exhumación e identificación de personas desaparecidas, en particular, por el hecho de que la localización e identificación de personas desaparecidas se dejan a cargo de la iniciativa de los familiares, y por las

determine que no existe fundamento razonable para proceder a ella con arreglo al presente Estatuto. Al decidir si ha de iniciar una investigación, el Fiscal tendrá en cuenta si: (...) c) Existen razones sustanciales para creer que, aún teniendo en cuenta la gravedad del crimen y los intereses de las víctimas, una investigación no redundaría en interés de la justicia”) va dirigido en este sentido.

⁹⁵⁴ “Por lo tanto, el derecho penal internacional concede cierto margen de libertad a los Estados para decidir cuáles crímenes cometidos en conflicto sancionará penalmente. Así las cosas, esta regulación es similar a la establecida por el derecho internacional de los derechos humanos, en la cual no se encuentra disposición alguna que impida que los Estados ejerzan tal discrecionalidad, imponiendo como único límite la prohibición de conceder amnistías generales y absolutas” (MACHADO RAMÍREZ, S., “Límites a la exoneración de responsabilidad...”, *óp. cit.*, pp. 31-33).

⁹⁵⁵ ROBLES CARRILLO, M., *óp. cit.*, pp. 92-93.

⁹⁵⁶ *Observaciones finales sobre el quinto informe periódico de España* (Doc. CCPR/C/ESPCO/5), de 5 de enero de 2009, párr. 9.

⁹⁵⁷ Artículo 14.7 del PIDCP: “Nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un delito por el cual haya sido ya condenado o absuelto por una sentencia firme de acuerdo con la ley y el procedimiento penal de cada país”.

desigualdades que de ello resulta para las víctimas dependiendo de la región de que se trate. El Comité también está preocupado por las dificultades en el acceso a los archivos, en particular, los archivos militares (arts. 2, 6 y 7).

El Comité reitera su recomendación en el sentido de que se derogue la Ley de Amnistía o se la enmiende para hacerla plenamente compatible con las disposiciones del Pacto. El Estado parte debe impulsar activamente las investigaciones respecto de todas las violaciones a los derechos humanos del pasado. El Estado parte debe también velar por que en estas investigaciones se identifique a los responsables, se los enjuicie y se les impongan sanciones apropiadas, proporcionales a la gravedad de los crímenes y se repare a las víctimas. El Estado parte debe revisar su legislación relativa a la búsqueda, exhumación e identificación de las personas desaparecidas y, a este respecto, se le alienta a implementar las recomendaciones del Comité contra la Desaparición Forzada en sus recientes observaciones finales (CED/C/ESP/CO/1, párr. 32). Asimismo, el Estado parte debe establecer un marco jurídico nacional en materia de archivos y permitir la apertura de los archivos sobre la base de criterios claros y públicos, de acuerdo con los derechos garantizados por el Pacto⁹⁵⁸.

Fue el juez de instrucción penal de la AN Baltasar GARZÓN REAL, en atención a la prohibición de las normas de amnistía por el DI, el que admitió a trámite el 16 de octubre de 2008 una querrela por crímenes de lesa humanidad cometidos presuntamente durante la época de la dictadura en España. Ante la petición de sobreseimiento del Fiscal basándose en la Ley de Amnistía de 1977⁹⁵⁹, entre otros motivos, el juez la rechazó argumentando la incompatibilidad de la amnistía con las normas de DI, en concreto con el PIDCP:

“Por lo demás, es conocida y reiterada la jurisprudencia internacional, cuando nos enfrentamos a crímenes contra la humanidad y no olvidemos que en ese contexto es en el que se mueven los aquí denunciados e investigados. En efecto, es aceptado en forma pacífica y conteste que resulta imposible la aplicación de este tipo de medidas de gracia si no se han investigado los hechos en un proceso judicial bajo las premisas de la independencia e imparcialidad, en el que también se hayan debatido y establecido la verdad de los mismos y las responsabilidades de los

⁹⁵⁸ *Observaciones finales sobre el sexto informe periódico de España* (Doc. CCPR/C/ESP/CO/6), Comité de Derechos Humanos, de 14 de agosto de 2015, párr. 21, disponible en http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CCPR%2fCO%2fESP%2fCO%2f6&Lang=es.

⁹⁵⁹ *Ley 46/1977, de 15 de octubre, de amnistía*, BOE de 17 de octubre de 1977.

culpables (Caso *Furundzija*, Sentencia del Tribunal Penal Internacional para la Ex Yugoslavia de fecha 19 de diciembre de 1988 y Caso *Minina Fofana* en la Corte Especial para Sierra Leona, Sala de Apelaciones, sentencia de 25 de abril de 2005)⁹⁶⁰.

Sin embargo, en la resolución al recurso interpuesto por el Fiscal, el Pleno de la AN sobreseyó el procedimiento señalando que la AN no era competente para los crímenes mencionados, sino que lo eran los tribunales del lugar de comisión de los hechos⁹⁶¹. El juez fue acusado de prevaricación resolviendo el TS su absolución y señalando en relación a la Ley de amnistía de 1977, que:

“La asunción de competencia por el Juzgado Central nº 5 de la Audiencia Nacional del que era titular el magistrado acusado, que realiza en el auto de 16 de octubre de 2008, contiene algunas argumentaciones erróneas. Se efectúa una interpretación de las normas aplicables a los hechos, particularmente en lo referente a la incoación del proceso y a la asunción de competencia, que entra en colisión con las normas y la interpretación de la misma que consideramos procedente. Colisiona también con la Ley de amnistía de 1977 (...), con la determinación de los posibles imputados y con la subsunción de los hechos en la norma penal que aplica”⁹⁶².

⁹⁶⁰ Auto del Juzgado de Instrucción núm. 5 de la AN, de 18 de noviembre de 2008, Fundamento de Derecho 14º.

⁹⁶¹ Auto del Pleno de la Sala de lo Penal de la AN, de 2 de febrero de 2009.

⁹⁶² Señala el TS (Sentencia de la Sala Segunda, núm. 101/2012, de 27 de febrero de 2012), por un lado, que la ley de amnistía “fue promulgada con el consenso total de las fuerzas políticas en un período constituyente surgido de las elecciones democráticas de 1977. (...) fue consecuencia de una clara y patente reivindicación de las fuerzas políticas ideológicamente contrarias al franquismo. (...) tuvo un evidente sentido de reconciliación pues la denominada “transición” española exigió que todas las fuerzas políticas cedieran algo en sus diferentes posturas. (...) Tal orientación hacia la reconciliación nacional, en la que se buscó que no hubiera dos Españas enfrentadas, se consiguió con muy diversas medidas de todo orden una de las cuales, no de poca importancia, fue la citada Ley de Amnistía. Tal norma no contenía, como no podía ser de otro modo, ninguna delimitación de bandos. (...) En consecuencia, en ningún caso fue una ley aprobada por los vencedores, detentadores del poder, para encubrir sus propios crímenes”. Y añade: “Precisamente, porque la “transición” fue voluntad del pueblo español, articulada en una ley, es por lo que ningún juez o tribunal, en modo alguno, puede cuestionar la legitimidad de tal proceso. Se trata de una ley vigente cuya eventual derogación correspondería, en exclusiva, al Parlamento” (Fundamento de Derecho 3.3). Por otro lado, el TS, a pesar de prestar atención a la jurisprudencia de tribunales internacionales en materia de DDHH, niega que una norma consuetudinaria de DI pudiera ser aplicada directamente en el ordenamiento interno español (Fundamento de Derecho 3.1).

La Ley de amnistía española de 1977 sigue en vigor y nada hace presagiar ningún cambio⁹⁶³, a pesar de recientes iniciativas⁹⁶⁴. Al contrario, el Congreso de los Diputados, el 19 de julio de 2011, rechazó una proposición de ley para modificar la Ley de amnistía⁹⁶⁵. Tanto el Relator Especial de Naciones Unidas para la promoción de la verdad, la justicia, la reparación y las garantías de no repetición, Pablo de GREIFF⁹⁶⁶, como el Consejo de Derechos Humanos, en un informe de

⁹⁶³ Se lamenta el profesor José Elías ESTEVE, en relación a la ley de amnistía española de 1977, que “décadas después de la llamada transición española, esa amnistía continúa siendo una suerte de pernicioso cultivo transgénico que no solo ha sido impermeable a la *fertilización*, sino que puede contaminar todo un sistema judicial” y critica que en España, “uno de los principales países del sistema europeo de derechos humanos se lleguen a veredictos, como el del auto del Tribunal Supremo de 7 de abril de 2010 en el que el magistrado Luciano Varela no dudaba en dar curso a la querrela por prevaricación contra el juez Baltasar Garzón, puesto que la causa de los crímenes del franquismo y su “artificiosa incoación suponía desconocer principios esenciales del Estado de Derecho, (...) como la Ley de amnistía 46/1977” (“La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos ante las leyes de amnistía...”, *óp. cit.*, p. 107). La cursiva es nuestra, resaltando así los términos acuñados por la CIDH, *jurisprudential cross-fertilization* para referirse al empleo que ha hecho la Corte Interamericana de criterios o principios de otros tribunales de DDHH para establecer sus propios criterios o principios (asunto *Almonacid Arellano y otro v. Chile*, Voto razonado del juez Antônio A. Cançado Trindade, Sentencia de 26 de septiembre de 2006, serie C, num. 154, párrs. 26-28).

⁹⁶⁴ A finales de febrero de 2017 se decidió presentar una campaña que tiene como objetivo una proposición de ley “para acabar con una norma que (...) supone una “ley de punto final” y todo ello teniendo en cuenta que, desde finales de los noventa, existe una “nueva sensibilidad pública hacia los derechos de las víctimas del franquismo”. La ley de amnistía tiene como objetivo la liberación de todos los presos políticos del franquismo. Sin embargo, una “aplicación torticera” dio lugar a la impunidad de todos los crímenes del franquismo lo que se aproximó más a una “ley de punto final”. “IU propondrá en el Congreso derogar la Ley de Amnistía de 1977”, *InfoLibre*, 28 de diciembre de 2017, disponible en http://www.infolibre.es/noticias/politica/2017/01/30/iu_propondra_congreso_derogar_ley_amnistia_1977_60443_1012.html.

⁹⁶⁵ La proposición de ley del Grupo Parlamentario Mixto solicitaba la inclusión de un nuevo artículo con el siguiente contenido: “Primero. Lo dispuesto en esta ley no será de aplicación a los crímenes de genocidio o de lesa humanidad, a los que será de aplicación lo dispuesto en la normativa internacional que regula los mismos. Segundo. En lo referente a la definición de actos criminales de genocidio y lesa humanidad, a su ámbito de aplicación universal y en su carácter imprescriptible se estará a lo dispuesto en la normativa internacional en materia de derechos humanos y crímenes de lesa humanidad. Tercero. El presente artículo será aplicable retroactivamente a todas las resoluciones administrativas o judiciales que guarden relación con su objeto, pudiendo revisarse o reiniciarse al amparo de lo dispuesto en el mismo”. La proposición fue rechazada por ocho votos a favor, 320 en contra y ocho abstenciones, *Diario de sesiones del Congreso de los Diputados*, de 19 de julio de 2011, sesión plenaria núm. 250, p. 4, disponible en http://www.congreso.es/public_oficiales/L9/CONG/DS/PL/PL_264.PDF.

⁹⁶⁶ El Relator Especial Pablo GREIFF en sus observaciones preliminares señaló: “En España se ha alegado que la ley 46/1977 (Ley de Amnistía) no es una ley de ‘punto final’ puesto que fue adoptada democráticamente por el primer parlamento elegido después de la transición. El hecho de que la ley fue adoptada no por el régimen anterior sino por un parlamento elegido democráticamente la hace, es cierto, diferente de una ‘auto-amnistía.’ Pero en efecto la ley acabó cumpliendo las funciones de una ley de punto final en tanto que se ha utilizado para archivar prácticamente la totalidad de los casos que llegan ante los jueces. Aun en países que no han derogado leyes de amnistía, los tribunales de algunos de ellos han encontrado interpretaciones tanto de esas leyes como de los principios relevantes (legalidad, no retroactividad) que no han impedido la

2017⁹⁶⁷, lamentaba observar pocos avances en la implementación de las recomendaciones realizadas por el Grupo de Trabajo sobre desapariciones forzadas o involuntarias en su informe relativo a su visita a España del 23 al 30 de septiembre de 2013. Entre ellas señalaba:

“Adoptar todas las medidas necesarias legislativas y judiciales, para asegurar que las desapariciones forzadas no sean crímenes sujetos a amnistía, en particular privando de todo efecto a la interpretación judicial dada a la Ley de Amnistía de 1977”⁹⁶⁸.

investigación y el procesamiento de presuntos responsables de violaciones a los derechos humanos. Esto incluye, por ejemplo, interpretaciones según las cuales las amnistías suspenden la responsabilidad penal, pero, en la medida en que requieren para su aplicación una determinación judicial (como sucede con la ley 46/1977), requieren a su vez al menos una investigación de los hechos, pues de otra manera no hay responsabilidad alguna que se pueda suspender o extinguir. En cualquier caso, haré del acceso a la justicia por parte de las víctimas, uno de los temas de análisis en el reporte que presentaré en Septiembre. Por lo pronto me limito a anotar la uniformidad casi absoluta en el tratamiento por parte de los operadores judiciales de los casos relacionados a los temas que conciernen a este mandato. La decisión del Tribunal Supremo del 27 de Febrero del 2012 absolviendo al titular del Juzgado de Instrucción Penal n^o 5 por haber iniciado investigación de las desapariciones forzadas ocurridas durante la guerra civil y la dictadura, junto con su decisión de competencia en favor de los juzgados territoriales, según información recibida sólo han solidificado la tendencia de los jueces a archivar los procesos que les son presentados. Hay, sin embargo, algunas excepciones a ese patrón” (Observaciones preliminares del Relator Especial para la promoción de la verdad, la justicia, la reparación y las garantías de no repetición, de 3 de febrero de 2014, disponible en <http://www.ohchr.org/EN/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=14216&LangID=E>).

Más tarde, en su informe apuntaba: “El ataque a aquella Ley se justifica por el uso y abuso que de ella vienen haciendo quienes se oponen al esclarecimiento de los crímenes del franquismo, al levantamiento de las fosas y al relato de la naturaleza criminal de aquel régimen”. Sin embargo, la misma fue, en 1977, un *cierre simbólico* de la dictadura para abrir la puerta de la democracia en unas recién estrenadas Cortes Generales. La interpretación restrictiva que de la misma se ha hecho después es la que ha dado lugar en llamarla “ley de punto final”, el principio de no retroactividad, el principio de norma más favorable al reo o administrado, la prescripción de los delitos y la seguridad jurídica ha impedido la investigación de los hechos” (*Informe del Relator Especial sobre la Promoción de la verdad, la justicia, la reparación y las garantías de no repetición*, Misión a España, Consejo de Derechos Humanos de la ONU, doc. A/HRC/27/56/Add.1, de 22 de julio de 2014). Sin embargo, señala Pepe REIG CRUAÑES, “la extinción de la responsabilidad penal, es decir de la consecuencia jurídica del delito, requiere, precisamente, la investigación de los hechos para determinar su existencia. De lo contrario no habría responsabilidad penal que extinguir”. Se bloquea así “una función básica de la justicia, cual es el “conocimiento de los hechos”. Al impedir siquiera investigar las desapariciones o las fosas vulnera el derecho a la justicia y vulnera el derecho a la verdad”. De ahí que “Pablo Greiff, pide la reforma de la Ley de Amnistía, no lo hace porque sea en sí misma una “ley de punto final”, sino para impedir que se siga usando como tal, debido a las “interpretaciones restrictivas” que emanan de un Poder Judicial que es “la esfera del Estado que ha acusado menos reformas estructurales desde la transición” (“La doble vida de la Ley de Amnistía”, *Al revés y al derecho*, 28 de febrero de 2017 disponible en <http://alrevesyalderecho.blogspot.com/?p=4898>).

⁹⁶⁷ *Report of the Working Group on Enforced or Involuntary Disappearances*, Consejo de Derechos Humanos, 36^o sesión, 11-29 septiembre 2017, de 7 de septiembre de 2017, Doc. A/HRC/36/39/Add.3, párr. 32.

⁹⁶⁸ *Report of the Working Group on Enforced or Involuntary Disappearances*, Addendum Mission to Spain, 2 July 2014, Doc. A/HRC/27/49/Add.1, párr. 49.

Llama la atención cómo, a la vista de todo lo anterior con respecto a la ley de amnistía española de 1977, la sentencia de la AN en el asunto *Scilingo* señaló que:

“La actuación de la jurisdicción española en actuación del principio de universalidad ha venido determinada por la falta de actuación eficaz de la justicia argentina que ha dado lugar a una situación de impunidad de los responsables penales de los hechos, situación que de forma diferente a lo acontecido en otros países ha devenido, salvo en el caso de que queden definitivamente anuladas las leyes de punto final y obediencia debida, irreversibles”⁹⁶⁹.

¿Acaso, incluso muchos años después de haberse producido los hechos, no pervive en España hoy esa impunidad (fundamentalmente debido a la ley de amnistía de 1977, aún en vigor) de la que la AN acusaba al Estado argentino en 2005 y por la que los tribunales españoles decidieron ejercer su *ius puniendi* extraterritorial a través del principio de jurisdicción universal? ¿Acaso esa misma impunidad, que legitimó el ejercicio de la jurisdicción universal española, no legitima hoy el ejercicio de esa figura por el Estado argentino iniciado en 2010?

Señala Diego LÓPEZ, en relación a las leyes de impunidad, que éstas

⁹⁶⁹ La Ley 22.924 de Pacificación Nacional o auto amnistía había sido derogada por Ley 23.040 en diciembre de 1983. Y añade la AN: “Creemos que todo el relato anterior [referido a las Leyes de Punto Final y de Obediencia así como a los indultos, excluyendo del relato la ley de auto amnistía que, hemos señalado, ya había sido derogada] resulta suficientemente expresivo y pone de manifiesto la justificación de la actuación del derecho penal internacional para la persecución penal de gravísimos hechos, cuando ésta no es posible en el ámbito interno, precisamente por situaciones de secuestro de la justicia incluso muchos años después de haberse producido los hechos” Sentencia de la Sala de Lo Penal de la AN, núm. 16/2005, de 19 de abril, Fundamento de Derecho 6º, apartados 1, 2 y 3. En este sentido, el Relator Especial de Naciones Unidas para la promoción de la verdad, la justicia, la reparación y las garantías de no repetición, Pablo de GREIFF, en sus Observaciones Preliminares apuntó: “En los casos Scilingo y Pinochet, los tribunales españoles supieron no sólo respetar los principios del debido proceso y derechos de los acusados, sino que desplegaron destreza jurídica en favor de los derechos de las víctimas. Por ejemplo, en el caso Pinochet, el decreto-ley de amnistía chileno es desestimado por el Tribunal, y en el caso Scilingo, los tribunales encontraron las vías legales para sobrepasar el problema de la aplicabilidad de tipos legales propios del derecho internacional y del problema relacionado de la prescripción” (Observaciones preliminares del Relator Especial para la promoción de la verdad, la justicia, la reparación y las garantías de no repetición, de 3 de febrero de 2014, disponible en <http://www.ohchr.org/EN/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=14216&LangID=E>).

“son incompatibles con el derecho internacional y, por tanto, no pueden ser aceptadas en un Estado que pretenda ser visto seriamente como un Estado de Derecho”⁹⁷⁰.

Ahora bien, centrándonos en la relación existente entre el principio de jurisdicción universal y la amnistía, aunque el DI prohíbe las amnistías para los crímenes de DI *stricto sensu*, algunos Estados contemplan amnistías generales, que si bien no pueden imponer a los tribunales de otros Estados, sí surten plenos efectos en su territorio. Dos son las situaciones que podrían darse en esta relación. En la primera de ellas, un Estado que ha silenciado los hechos ocurridos en su territorio con una ley de amnistía no podrá imponer o generar ningún tipo de efecto en otros Estados y, menos aún, cuando ejercen el principio universal. Así lo sostuvo el juez francés que, en aplicación del principio universal, condenó al militar de Mauritania Ely Ould Dha, tras haber sido amnistiado por una ley de 1993⁹⁷¹. Y así se ha señalado también en el Acuerdo de Paz de Lomé, que pone fin al conflicto en Sierra Leona, donde el TESL ha señalado que:

“La concesión de amnistía o indulto es indudablemente un ejercicio de poder soberano que, esencialmente, está íntimamente ligado, por su relación con el crimen, a la jurisdicción penal del Estado que ejerce dicho poder soberano. Cuando la jurisdicción es universal, un Estado no puede privar a otro de su jurisdicción para perseguir a un sospechoso al que se le ha concedido amnistía. (...) Un Estado no puede condenar al olvido a un delito, como los crímenes contra la humanidad, cuando otros Estados están legitimados para mantenerlo vivo en el recuerdo”⁹⁷².

⁹⁷⁰ LÓPEZ GARRIDO, D., “La impunidad nacional de los delitos de genocidio...”, *óp. cit.*, p. 59.

⁹⁷¹ “Independientemente de la legitimidad de tal amnistía, en el marco de una política local de reconciliación, esa ley no tiene efecto más que en el territorio del Estado afectado y no es oponible a terceros países, en el contexto de la aplicación del derecho internacional. No tiene, por consiguiente, ninguna incidencia sobre la acción pública para la aplicación de la ley en Francia”, SÁNCHEZ LEGIDO, A., *Jurisdicción universal penal y...*, *óp. cit.*, pp. 381.

⁹⁷² “The grant of amnesty or pardon is undoubtedly an exercise of sovereign power which, essentially, is closely linked, as far as crime is concerned, to the criminal jurisdiction of the State exercising such sovereign power. Where jurisdiction is universal, a State cannot deprive another State of its jurisdiction to prosecute the offender by the grant of amnesty. It is for this reason unrealistic to regard as universally effective the grant of amnesty by a State in regard to grave international crimes in which there exists universal jurisdiction. A State cannot bring into oblivion and forgetfulness a crime, such as a crime against international law, which other States are entitled to keep alive and remember”, TESL, *Decision on challenge to jurisdiction: Lomé Accord Amnesty*, de 13 de marzo de 2004, párr. 67, p. 29, disponible en <http://rscsl.org/>. En el mismo sentido, la profesora Alicia GIL GIL ha señalado: “La ley de amnistía no sería por supuesto un obstáculo para la persecución por tribunales de otro país, en ejercicio de la jurisdicción universal, de los crímenes

Incluso en esta primera situación, señala Ángel SÁNCHEZ LEGIDO que:

“Teniendo en cuenta que las obligaciones de represión de los crímenes de Derecho internacional no se limitan al Estado del lugar de comisión, sino que –como mínimo en virtud de los convenios de derecho penal internacional- se extienden al Estado en cuyo territorio se encuentre el sospechoso –generalmente bajo la fórmula *aut iudicare aut dedere*-, es dudoso que las leyes de amnistía impliquen que tales obligaciones desaparezcan. Admitir tal cosa supondría aceptar una disposición unilateral de derechos o intereses que, muy probablemente, excedan del ámbito de facultades del Estado del lugar de comisión”⁹⁷³.

En la segunda situación sí podría la amnistía llegar a convertirse en un obstáculo para el ejercicio de la jurisdicción universal. Pongamos un ejemplo. El Estado A quiere ejercer la jurisdicción universal contra crímenes de DI *stricto sensu* que se cometieron en el Estado B, donde sus responsables fueron amnistiados y los hechos mantenidos en el olvido. Si los responsables de los hechos mencionados se encuentran en el Estado B, el Estado A solicitará la extradición de los presuntos responsables al Estado B, que podrá negarse a la entrega de los responsables basándose en su ley de amnistía (o también en la prescripción de los mismos⁹⁷⁴). Ahora bien, también es aquí aplicable lo señalado por Ángel SÁNCHEZ LEGIDO en relación a la primera situación. Es decir, en el caso de que el Estado B no entregue a los presuntos responsables, tendría la obligación de juzgar (*aut dedere aut iudicare*), sin que una norma interna (amnistía) pudiera

que en el momento de su comisión fueran tipificables como delitos internacionales y que no hubieran prescrito conforme a la legislación del país que persigue como no lo fueron tampoco las leyes de punto final y obediencia debida para la persecución seguida por la AN española” (“Justicia transicional en España”, TAMARIT SUMALLA, J. M. (Coord.), *Justicia de transición, justicia penal internacional y justicia universal*, Atelier, Barcelona, 2010, pp. 143-174, pp. 165-166).

⁹⁷³ “Sin duda, es ésta la idea que subyace al artículo 51 del Convenio I de Ginebra –y preceptos correspondientes de los otros tres convenios- cuando excluye la posibilidad de que una parte pueda exonerar a cualquier otra de sus responsabilidades en lo que a las infracciones graves se refiere. De confirmarse esta interpretación, las leyes de amnistía, independientemente de su conformidad o no con el Derecho internacional, en modo alguno afectarían a la facultad u obligación de ejercicio de la jurisdicción universal que, en virtud del Derecho internacional, corresponde a terceros Estados” (SÁNCHEZ LEGIDO, A., *Jurisdicción universal penal y...*, *óp. cit.*, pp. 383-384).

⁹⁷⁴ Así lo ha hecho España en relación a las cuatro extradiciones solicitadas por el Estado argentino en el marco de la querrela que se interpuso en 2010 por los crímenes franquistas. Y llama la atención que, en la negativa que dio España a la solicitud de extradición, no se hiciera alusión alguna a la ley de amnistía española de 1977 sino a la prescripción de los crímenes de lesa humanidad que se les imputaba a los *extradituros*.

eximir al Estado B de la obligación de cumplir con sus obligaciones internacionales. Ahora bien, ¿qué ocurriría si el Estado B ni extradita ni juzga? ¿Llevará ante la CIJ el Estado A al Estado B por incumplimiento de sus obligaciones internacionales (*aut dedere aut iudicare*) contempladas en un tratado internacional de naturaleza de *ius cogens* (crímenes de lesa humanidad)? Sustituyamos ahora el Estado A por el Estado argentino y el Estado B por el Estado español.

Podemos concluir que, en puridad, la amnistía únicamente se convierte en un obstáculo para el ejercicio de la jurisdicción universal en el supuesto en que los presuntos responsables se encuentren en el Estado donde se cometieron los hechos y el Estado que ejerza el principio universal solicite su extradición para la investigación y el enjuiciamiento de los crímenes más graves del DI. Pero en cuanto la amnistía contiene “renuncias a la jurisdicción” por parte del Estado que las otorga, “proporcionan el genuino supuesto de hecho para que dicha competencia adquiera vigor y pueda ser ejercida. Ello confirma que el principio de justicia universal proporciona cauce para el ejercicio de la tutela judicial efectiva –como derecho a obtener una resolución judicial- en el plano internacional”⁹⁷⁵. Además, el principio de jurisdicción universal complementa la lucha contra la impunidad en relación con los procesos de justicia transicional, señala Antonio REMIRO:

“más allá de su efecto disuasorio, instruir un procedimiento penal cuando no es posible –o creíble- allí donde se cuenta con una conexión territorial o personal con el crimen permite mantener viva la memoria, no sólo histórica, sino judicial, y es un acicate para que más adelante los jueces naturales retomen el curso de la persecución y la condena de los criminales. No cabe negar el papel positivo que los procedimientos instruidos en España sobre crímenes cometidos en Argentina o Chile ha tenido en la eliminación de las leyes que cerraban la puerta a la acción de los jueces locales o a su reinterpretación”⁹⁷⁶.

⁹⁷⁵ GARCÍA ARÁN, M., “El principio de justicia universal en la L.O...”, *óp. cit.*, p. 87.

⁹⁷⁶ REMIRO BROTONS, A., “Malos tiempos para...”, *óp. cit.*, pp. 391-410 (versión cedida por el autor, pp. 1-21, p. 20). Y así se ha señalado respecto a Guatemala (ROHT-ARRIAZA, N., “Making the State Do Justice: Transnational Prosecutions and International Support for Criminal Investigations in Post-Armed Conflict Guatemala”, *Chicago Journal of International Law*, vol. 9, 2008, pp. 79-106) y Ruanda (SADAT, L., “Transjudicial Dialogue and the Rwandan Genocide: Aspects of Antagonism and Complementarity”, *Leiden Journal of International Law*, vol. 22, 2009, pp. 33-82). Sin embargo, en esta lucha contra la impunidad a través del ejercicio de la justicia transicional y el principio universal no hay nada definitivo, pues vemos como ha ido evolucionando de forma muy distinta a cómo se organizó originariamente. En la actualidad, dos son los *parámetros* en que se basan. El primero de ellos hace referencia a la influencia que la jurisdicción universal ha tenido en la

1.5 Otras cláusulas legislativas

A nivel legislativo vemos cómo, además de lo señalado, ha sido común el establecimiento de dos requisitos para el ejercicio de la jurisdicción universal: la presencia del presunto responsable en el territorio que ejerce el principio universal y el visto bueno de la Fiscalía para la interposición de una querrela que de lugar a la jurisdicción universal.

1.5.1 Jurisdicción universal territorial o prohibición *in absentia*

El primero de estos nexos particulares que vamos a analizar es el hecho de exigir que el presunto responsable del crimen esté presente en el territorio del Estado que va a ejercer la jurisdicción universal (*jurisdicción universal territorial fundamentada en el iudex apprehensionis*)⁹⁷⁷, “dando igual la nacionalidad de la

organización y funcionamiento de la justicia transicional, obligando a buscar condiciones de legitimidad que disminuyeran los efectos negativos del proceso transicional en la lucha contra la impunidad de forma que si finalmente era necesario un proceso judicial, mejor siempre el juez nacional frente al extranjero. El segundo parámetro pone de manifiesto como, si bien en sus orígenes se daba una preferencia hacia la justicia transicional, “la JU se empieza a convertir en un límite a la justicia transicional, y no al revés, y en un doble sentido porque permite juzgar *ad externum* en otro Estado aquello que se había querido inmunizar con la justicia transicional y porque permite convencer *ad internum* en el propio Estado de la necesidad y la conveniencia de juzgar ellos mismos lo que pretendieron inmunizar” (ROBLES CARRILLO, M., *óp. cit.*, p. 94).

⁹⁷⁷ La presencia del culpable en el territorio del Estado que la pretende ejercer puede encontrar sus raíces en textos como el mencionado proyecto sobre jurisdicción universal de 1935 o, incluso, por lo que disponen los tratados internacionales al establecer no el principio de jurisdicción universal pero si el *principio de justicia supletoria* (ORIHUELA CALATAYUD, E., “Justicia universal y...”, *óp. cit.*, p. 138). Así, el artículo 10 del Proyecto de Convención sobre jurisdicción penal de 1935 de la *Harvard Research in International Law* recoge que el principio de jurisdicción universal sólo puede ser ejercido por el Estado donde se encuentra el responsable del delito, pues es la presencia del mismo la que fundamenta el ejercicio de la jurisdicción universal. Sin embargo, señala Antonio REMIRO BROTONS que, teniendo en cuenta la fecha del Proyecto, anterior a la *expansión normativa* de los crímenes internacionales, “la exigencia de la presencia del acusado no tiene que ver con el fundamento jurisdiccional sino con la evacuación del juicio y el pronunciamiento de una sentencia en rebeldía, que muchos ordenamientos, entre ellos el español (art. 841 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal) no permiten” (“Los crímenes de Derecho internacional y...”, *óp. cit.*, p. 27) excepto en determinados procedimientos como los procedimientos abreviados y los ya inexistentes juicios de faltas.

víctima o del responsable y el lugar en donde cometió el delito”⁹⁷⁸, prohibiéndose por tanto, la jurisdicción universal *in absentia*⁹⁷⁹.

Ni en sus orígenes ni en su evolución, el DI ha establecido una norma que señale el derecho de los Estados a ejercer la jurisdicción universal *in absentia*, de ahí que debamos analizar si existe un fundamento en el que pueda apoyarse dicha práctica. Actualmente la mayoría de los tratados internacionales que reconocen expresamente la jurisdicción universal lo hacen cuando el acusado se encuentra en el territorio del Estado que la ejerce (a través del principio *aut dedere aut iudicare*)⁹⁸⁰ y, en tal caso, atendiendo a su redacción, los Estados tienen que o bien conceder la extradición o bien juzgar, sin que ello excluya otros títulos de jurisdicción (*vid. supra* Capítulo II, apdo. III, 1, 1.1)⁹⁸¹, pues podría darse la posibilidad de que otro Estado reclamara la extradición del presunto responsable para ejercer la jurisdicción universal, habiendo comenzado la investigación del crimen antes de realizar la solicitud. También puede darse la situación de que no exista ninguna exigencia acerca de que el acusado se encuentre en el territorio del Estado que va a ejercer la jurisdicción universal, en cuyo caso, será el Estado, a través de sus propias disposiciones, el que regule su ejercicio. La única excepción a

⁹⁷⁸ Es importante no confundir esta *jurisdicción universal territorial* con el principio de *jurisdicción universal supletoria* que, a diferencia de aquella, persigue delitos ordinarios o domésticos cuando, de acuerdo con la ley interna del Estado que lo ejerce, no hay otra jurisdicción preferente. Así, basta observar los crímenes internacionales (que no delitos ordinarios) recogidos en tales tratados internacionales para entender que estamos (o no) ante el principio de jurisdicción universal territorial. Sin embargo, no parece muy adecuado utilizar esta fórmula de *jurisdicción universal territorial* a sabiendas de que “la presencia del responsable resultará imprescindible en la fase del juicio oral, no así en la fase de instrucción de la causa, la cual no quebrantaría los principales derechos del responsable”, MARTÍNEZ ALCANIZ, A., *op. cit.*, pp. 180-184.

⁹⁷⁹ La CIJ definió la jurisdicción *in absentia* como: “jurisdiction over offences committed abroad by foreigners against foreigners when the perpetrator is not present in the territory of the State in question” (asunto *relativo a la orden de detención de 11 de abril de 2000* (República Democrática del Congo v. Bélgica), Opinión separada del juez Guillaume a la Sentencia de 14 de febrero de 2002, párr. 9).

⁹⁸⁰ RABINOVITCH, R., “Universal Jurisdiction...”, *op. cit.*, p. 506.

⁹⁸¹ “Habría que precisar, además, que la *presencia del autor o presunto autor de los crímenes en el territorio del Estado del foro* es una cuestión relacionada con el *expediente o procedimiento de cooperación exigido por la regla aut dedere aut iudicare* prevista en los convenios internacionales de sanción de estos crímenes, pero *no una cuestión de competencia o de jurisdicción del Estado*, pues ambas cuestiones aparecen reguladas en disposiciones distintas del convenio de que se tratare” (JIMÉNEZ GARCÍA, F. y GARCÍA SÁNCHEZ, B. “Propuesta de Convención universal...”, *op. cit.*, p. 196). Y también REMIRO BROTONS, A., *El caso Pinochet. Los límites...*, *op. cit.*, pp. 56-59. El TC, en su Sentencia 237/2005, de 26 de septiembre, asunto *Guatemala*, señala: “Por otra parte, la presencia del culpable en España es una condición procesal, pero no puede impedir el derecho de acceder al proceso, porque para eso existe la extradición” (GÓMEZ-BENÍTEZ, J. M., “Complementariedad de la Corte Penal Internacional...”, *op. cit.*, p. 45).

la jurisdicción universal territorial son los Convenios de Ginebra en los que en ninguno se requiere expresamente que el acusado esté presente en el Estado que ejerce la jurisdicción⁹⁸².

La situación contraría consistiría en exigir la presencia del responsable en el territorio⁹⁸³, requisito que ha sido normalmente incluido “con la finalidad de que los instrumentos internacionales fuesen ratificados por la mayoría de Estados, ya que muchos de ellos no permiten en su legislación los juicios en ausencia, pero otros sí”⁹⁸⁴. De hecho, una mayoría de Estados han previsto en la implementación de los tratados internacionales que el ejercicio de la jurisdicción universal requiere la presencia del responsable (Francia o Canadá). Ahora bien, la práctica estatal, atendiendo a su *inconsistencia* y a su *escasez*, tampoco apunta hacia la existencia de una costumbre en este sentido⁹⁸⁵. Sin embargo,

⁹⁸² “It states, “each High Contracting Party shall be under the obligation to search for persons alleged to have committed, or to have ordered to be committed grave breaches, and shall bring such persons, regardless of their nationality, before its own courts”. The use of the words “search form”, however, implies that parties to the Convention have an obligation to prosecute the perpetrators “found” as a result of investigations *in their territory*”, RABINOVITCH, R., “Universal Jurisdiction...”, *óp. cit.*, pp. 506-507.

⁹⁸³ “En algunos pocos casos se requiere la residencia habitual, pero en otros basta con la presencia del acusado en el territorio, aunque a veces se requiere la presencia del presunto autor del crimen en el país, solamente en el momento de interponer la denuncia inicial o de abrir el procedimiento penal y, en otro, que no permiten los juicios *in absentia*, se requiere también la presencia del acusado en el juicio” (PIGRAU SOLÉ, A., *La jurisdicción universal y su aplicación en España...*, *óp. cit.*, pp. 67-69).

⁹⁸⁴ MARTÍNEZ ALCAÑIZ, A., *óp. cit.*, pp. 180-181 y PASCULLI, M^a. A., *óp. cit.*, p. 189.

⁹⁸⁵ RABINOVITCH, R., “Universal Jurisdiction...”, *óp. cit.*, p. 507. Los asuntos más conocidos en los que se haya ejercido la jurisdicción universal *in absentia* son el asunto *Pinochet*; el asunto *Bouterse*, en el que el antiguo Jefe de Estado de Surinam fue juzgado en los Países Bajos por la Corte Suprema que apreció, sin embargo, falta de jurisdicción en relación al Derecho nacional (ZEGVELD, L., “The Bouterse case”, *Netherlands Yearbook of International Law*, vol. 32, 2001, pp. 97-118); el asunto *Ould Dah*, condenada *in absentia* por torturas cometidas en Mauritania y sin tener ningún vínculo con Francia, que obliga a estar presente al responsable sólo al comienzo de las investigaciones (STIGEN, J., “The Right or Non-Right of States to Prosecute Core International Crimes under the Title of Universal Jurisdiction”, *Baltic Yearbook of International Law*, vol. 10, 2010, pp. 95-138) y el asunto *Zimbabwe Torture Docket* en el que la Corte Constitucional de Sudáfrica entendió su deber de investigar actos de tortura cometidos en Zimbabue por zimbabuenses tras llegar a la conclusión de la legalidad de la jurisdicción al señalar que: “the exercise of universal jurisdiction, for *purposes of the investigation* of an international crime committed outside our territory, may occur in the absence of a suspect without offending our Constitution or international law” (National Commissioner of the South African Police Service v. Southern African Human Rights Litigation Centre and Another, Constitutional court of South Africa, núm. CCT 02/14, párr. 47 (la cursiva es nuestra) y VENTURA, M. J., “The Duty to Investigate Zimbabwe Crimes Against Humanity (Torture) Allegations: The Constitutional court of South Africa Speaks on Universal Jurisdiction and the ICC Act”, *JICJ*, vol. 13, 2015, pp. 861-889). Así, “la jurisprudencia comparada que se ha venido consolidando en los últimos años se ha formado sobre todo con pronunciamientos en que una jurisdicción anclada en el principio de persecución universal se ha concretado en el Estado donde se ha detenido al acusado. Pero, como el *caso Pinochet* viene a demostrar, los desplazamientos de los presuntos responsables de los crímenes más allá de los refugios seguros y la cooperación

“while it is true that the foregoing analysis suggests that no custom has of yet emerged permitting the exercise of universal jurisdiction *in absentia*, this hardly amounts to evidence that there is a custom prohibiting such exercise. The most that can be said is that States have rarely exercised such jurisdiction”⁹⁸⁶.

A la vista de lo señalado, Tim KLUWEN apunta:

“The brief discussion of the cases illustrates the status of absolute universal jurisdiction in case law: some States allow it unequivocally (...) while others require different sorts of conditions to be met. From the case law in general it is difficult to derive a rule allowing absolute universal jurisdiction to be asserted. This is due to a lack of both practice and opinio juris of States (not) asserting universal jurisdiction in absentia. It should therefore be concluded that a permissive rule of international customary law that allows to States to assert universal jurisdiction in absentia to prosecute international crimes does not seem to exist”⁹⁸⁷.

La CIJ, en el asunto *relativo a la orden de detención de 11 de abril de 2000* (República Democrática del Congo v. Bélgica), si bien no se pronunció sobre la jurisdicción universal, si trató la prohibición de los juicios *in absentia* en un procedimiento enmarcado en el ejercicio de la jurisdicción universal. En las Opiniones separadas de algunos jueces se señala que, al margen del crimen de piratería, el principio de jurisdicción universal *in absentia* es “desconocido en el Derecho internacional” (juez M. GUILLAUME, párr. 12); no es “más que una petición de principio” (juez M. RANJEVA, párr. 8); y solicitar la extradición o emitir una orden de arresto internacional, sin conexiones con el crimen, “no estaría en modo alguno autorizada por el Derecho internacional actual” (juez M. REZEK, párr.

policial y judicial en los procesos de extradición relativizan la importancia de su presencia en la instrucción y, desde luego, evidencian la inconsistencia de esta circunstancia como elemento de una jurisdicción basada en el principio de persecución universal” (REMIRO BROTONS, A., “Los crímenes de Derecho internacional y...”, *óp. cit.*, p. 28).

⁹⁸⁶ RABINOVITCH, R., “Universal Jurisdiction...”, *óp. cit.*, p. 510.

⁹⁸⁷ KLUWEN, T., “Universal Jurisdiction in Absentia Before Domestic courts Prosecuting International Crimes: A Suitable Weapon to Fight Impunity?”, *Goettingen Journal of International Law*, vol. 8, 2017, pp. 7-38, p. 24.

6), ya que es “contraria a la concepción del Derecho internacional” (juez *ad hoc* M. BULA, párr. 40)⁹⁸⁸.

Por el contrario, los jueces *ad hoc* VAN DEN WYNGAERT (párr. 56) y HIGGINS, KOOIJMANS y BUERGENTHAL señalaron:

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

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

58. If the underlying purpose of designating certain acts as international crimes is to authorize a wide jurisdiction to be asserted over persons committing them, there is no rule of international law (and certainly no the *aut dedere* principle) which makes illegal co-operative overt acts designed to secure their presence within a State wishing to exercise jurisdiction”⁹⁸⁹.

Los jueces HIGGINS, KOOIJMANS y BUERGENTHAL proponen cuatro garantías que son “absolutamente esenciales para evitar el abuso” y mitigar las objeciones: a. que el Estado afirmativo debe respetar las inmunidades; b. antes de afirmar la jurisdicción universal absoluta, el Estado debe solicitar al Estado

⁹⁸⁸ Asunto *relativo a la orden de detención de 11 de abril de 2000* (República Democrática del Congo v. Bélgica), Votos particulares a la Sentencia de 14 de febrero de 2002.

⁹⁸⁹ Asunto *relativo a la orden de detención de 11 de abril de 2000* (República Democrática del Congo v. Bélgica), Opinión separada de los jueces Higgins, Kooijmans y Buergenthal a la Sentencia de 14 de febrero de 2002, párrs. 56-58.

nacional que enjuicie primero; c. el fiscal o juez de instrucción debe ser independiente del gobierno; y d. por el bien de las relaciones interestatales amistosas, deben existir circunstancias especiales que justifiquen la afirmación de la jurisdicción universal absoluta⁹⁹⁰. Es decir, pusieron de manifiesto que no se debe confundir la jurisdicción universal con su ejercicio y que, si un Estado decide establecer la jurisdicción universal (o cualquier otro tipo de aplicación de su *ius puniendi* extraterritorial) *in absentia*, podrá hacerlo con todas las garantías para evitar abusos entre Estados. Además, terminan apuntando que existe una tendencia en DI a defender el ejercicio de la jurisdicción universal *in absentia* como un derecho del Estado cuando estamos ante los crímenes más graves del DI. Parece, por tanto que tampoco podemos considerar que exista una norma que prohíba la jurisdicción universal *in absentia*⁹⁹¹. Por lo tanto, los Estados podrían asumirla en su ordenamiento jurídico sin que suponga una violación de una norma de DI. De hecho, como hemos visto, algunos Estados han venido estableciendo discrecionalmente la necesidad, o no, de la presencia del presunto responsable en su territorio en el ejercicio de la jurisdicción universal⁹⁹². Así, en determinados

⁹⁹⁰ Asunto *relativo a la orden de detención de 11 de abril de 2000* (República Democrática del Congo v. Bélgica), Opinión separada de los jueces Higgins, Kooijmans y Buergenthal a la Sentencia de 14 de febrero de 2002, párr. 59. Sin embargo, la doctrina cuestiona la validez de estas condiciones pues, en primer lugar, a excepción de la primera condición que exige que los Estados respeten las inmunidades (norma de DI), el resto no son condiciones vinculantes, por lo que se corre el riesgo de ser ignoradas atendiendo a su naturaleza opcional. Respecto a la segunda condición, es discutible que pudiera eliminar las violaciones al principio *ne bis in idem*, de ahí que quizá sería bueno la existencia de un “sistema de notificación” más elaborado entre los Estados que prevén el ejercicio de jurisdicción universal absoluta para evitar que se pueda ejercer por dos o más Estados al mismo tiempo. La tercera condición no suele darse en realidad pues, en mayor o menor medida, existe siempre alguna relación con el poder ejecutivo. Así ocurre especialmente con la Fiscalía, que en muchos ordenamientos se establece la necesidad de una orden de sus superiores para ser ejercida (*vid. infra* 1.5.2), siendo ejercidos estos procedimientos de jurisdicción universal como una herramienta política. Respecto a la última condición, la existencia de circunstancias especiales es subjetiva, por lo que no será difícil de cumplir. Examinadas las condiciones propuestas por la Opinión conjunta, éstas no resuelven el problema de la aplicación arbitraria de la jurisdicción universal absoluta por los Estados desarrollados, de ahí que se pueda concluir que no sean condiciones concluyentes que, por tanto, eviten un abuso de la jurisdicción universal *in absentia* tan temido por la Opinión conjunta (KLUWEN, T., “Universal Jurisdiction in Absentia...”, *óp. cit.*, pp. 35-37).

⁹⁹¹ “So although there is a practice of States not asserting absolute universal jurisdiction, no *opinio iuris* can be established since States have not acknowledged refraining from asserting this type of jurisdiction because of its perceived illegality under international law”, KLUWEN, T., “Universal Jurisdiction in Absentia...”, *óp. cit.*, p. 25.

⁹⁹² En el mismo sentido, Jacqueline HELLMAN, tras analizar la sentencia de la Corte de Casación belga, de 12 de febrero de 2003, en la que se reconocía la jurisdicción universal belga en términos absolutos, señala que la mencionada sentencia augura buenas perspectivas para la consolidación de la jurisdicción universal *in absentia* y que “la presencia o no presencia del culpable no tiene por qué menoscabar el fundamento de la jurisdicción universal. A nuestro entender, ello influye,

Estados se requiere la presencia del enjuiciado, bien en el momento de presentación de la querrela o de la denuncia, bien en el inicio de la investigación, bien en el momento de la apertura de juicio oral. Pero, como hemos señalado, son opiniones; no hay normas que lo contemplen de ahí que, incluso, la propia doctrina se encuentre dividida⁹⁹³.

Centrándonos en esos Estados en los que se permite la jurisdicción *in absentia*⁹⁹⁴, algunos autores⁹⁹⁵ han señalado que la “jurisdicción universal *in absentia* se justifica cuando ninguna otra jurisdicción nacional con vínculos específicos con el crimen pretende conocer del mismo”, remitiendo el principio de jurisdicción universal a la subsidiariedad. Sin embargo, ya señalamos que la jurisdicción universal juega en el ámbito del DI atendiendo a las reglas de la concurrencia de jurisdicciones, sin que exista ninguna norma que establezca la prioridad jurisdiccional en cuanto al principio universal se refiere. El hecho de que los Estados establezcan en el ámbito interno determinadas condiciones que *a priori* limiten el ejercicio de la jurisdicción universal no puede dar lugar al establecimiento de nuevas reglas jurisdiccionales en el DI⁹⁹⁶. Podrán ser entendidas como reglas de cortesía una vez dado el conflicto jurisdiccional estimándose la preferencia por otra jurisdicción más adecuada, como por ejemplo

únicamente, en el desarrollo del juicio y en el pronunciamiento de una sentencia en rebeldía; por lo tanto, estas cuestiones no afectan directamente a la esencia de la jurisdicción universal” (*Jurisdicción universal sobre crímenes internacionales...*, *óp. cit.*, pp. 44-45).

⁹⁹³ CASSESE, A., “Is the Bell Tolling for Universality? A Plea for a Sensible Notion of Universal Jurisdiction”, *JICJ*, vol. 1, 2003, pp. 589-595.

⁹⁹⁴ Para una mayor precisión de los Estados que han establecido o no la prohibición de la jurisdicción universal *in absentia*, véase PIGRAU SOLÉ, A., *La jurisdicción universal y su aplicación en España...*, *óp. cit.*, p. 69, notas a pie 206-207.

⁹⁹⁵ PIGRAU SOLÉ, A., *La jurisdicción universal y su aplicación en España...*, *óp. cit.*, p. 71 y SÁNCHEZ LEGIDO, A., *Jurisdicción universal penal y...*, *óp. cit.*, nota a pie 685, pp. 292-293.

⁹⁹⁶ “La condición de que los presuntos responsables se encuentren en el Estado que aplica la jurisdicción universal supone confundir la cuestión de la competencia jurisdiccional con la exigencia de un requisito procedimental de enjuiciamiento pues, como es sabido, lo que prohíben determinadas legislaciones procesarles domésticas son los juicios en ausencia”. Además, esta exigencia podría plantear diversos problemas, “al ser discutible si la falta de jurisdicción por esta causa supone incluso que no se pueda iniciar la investigación, esto es, que ni siquiera se puedan realizar averiguaciones sobre el paradero de los responsables lo que, claramente, resultaría absurdo”. Incluso, señala Manuel OLLÉ, podríamos plantearnos otras cuestiones también controvertidas: “¿el presunto responsable debe permanecer en el tercer Estado durante toda la instrucción judicial o es suficiente con que se encuentre en ese territorio al inicio de esa investigación judicial, aunque estuviera solo temporalmente?, ¿qué ocurre si, iniciada la causa y estando el sospechoso en libertad provisional, se fuga?, ¿cabe solicitar su extradición en el marco de un proceso vivo y que se ha incoado respetando todos los requisitos exigidos?” (“La aplicación del Derecho Penal Internacional por...”, *óp. cit.*, p. 141).

la del lugar de comisión o la de la nacionalidad de los autores, pero no como un criterio jurídico. De nuevo, preferencia, sí; prioridad, no.

¿Deberían los Estados afirmar la jurisdicción universal *in absentia*? A favor nos encontramos con que la razón de ser del ejercicio de la jurisdicción universal *in absentia* es que ésta es considerada un *arma de lucha* contra la impunidad. Así, mientras que los Estados son reacios y los tribunales internacionales no actúan, un Estado podría ejercer su jurisdicción universal, incluso, aunque el responsable no se encontrara en su territorio, siendo esta una *herramienta efectiva* contra la impunidad⁹⁹⁷. Incluso así podemos interpretar las palabras del TPIY en el asunto *Tadic*:

“It would be a travesty of law and a betrayal of the universal need for justice, should the concept of State sovereignty be allowed to be raised successfully against human rights. Borders should not be considered as a shield against the reach of the law and as a protection for those who trample underfoot the most elementary rights of humanity”⁹⁹⁸.

En contra, son varios los argumentos que mantienen la prohibición de la jurisdicción universal *in absentia*. Ángel SÁNCHEZ LEGIDO apunta tres que, sin embargo rebate. El primero, el hecho de que la presencia en el territorio del Estado está en el *origen* de la jurisdicción universal, habiéndose recogido así desde las primeras propuestas jurídicas y en los diversos debates doctrinales. Quizá hoy, aquellas mismas propuestas no tendrían el mismo sentido, por un lado, porque se hacen a la luz de la piratería, esto es, se ejerce la jurisdicción universal sobre sujetos que se encuentran en un espacio que nadie tiene bajo su soberanía; y, por otro, porque todo lo dicho en su origen quedaría fuera de la evolución que el DI ha experimentado, en particular, en todo lo relativo al principio de responsabilidad penal individual. El segundo argumento tiene que ver con los tratados internacionales que regulan la jurisdicción universal. Todos, excepto los Convenios de Ginebra de 1949, recogen expresamente la prohibición de la jurisdicción *in absentia* a través de la cláusula *aut dedere aut iudicare*. Sin embargo, junto al *aut*

⁹⁹⁷ KLUWEN, T., “Universal Jurisdiction in Absentia...”, *óp. cit.*, pp. 27-28.

⁹⁹⁸ TPIY, *Prosecutor v. Dusko Tadic*, Decision on the defence motion for interlocutory appeal on jurisdiction, 2 October 1995, párr. 58, disponible en <http://www.icty.org/x/cases/tadic/acdec/en/51002.htm>.

dedere aut iudicare, la mayoría de tratados señalan otra cláusula tipo: “no se excluye ninguna jurisdicción penal ejercida de conformidad con las leyes nacionales”, lo que supondría aceptar implícitamente la jurisdicción *in absentia* si así lo prevé la legislación estatal⁹⁹⁹. La única excepción sería el *Proyecto de Crímenes contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad* de 1996 de la CDI¹⁰⁰⁰, que no hace referencia alguna a la jurisdicción *in absentia*. El tercer y último argumento gira en torno a los ordenamientos jurídicos nacionales, pues la mayoría de Estados prevén el requisito de que el presunto responsable se encuentre en el territorio que ejerce la jurisdicción universal. Sin embargo, “la mayoría, por muy amplia que sea, no equivale a unanimidad” y es ahí donde encontramos las antiguas legislaciones de países como Bélgica y España¹⁰⁰¹.

En la actualidad, Bélgica recoge en su legislación la necesidad de que el encausado esté presente para el juicio. Si bien la ley belga de 16 de junio de 1993, modificada por la ley de 10 de febrero de 1999, incluía la posibilidad de llevar a cabo investigaciones y enjuiciamientos sin la necesidad de que el presunto responsable se encontrara en el territorio, sufrió dos enmiendas (23 de abril y 5 de agosto de 2003) que la *acomodaron* a la mencionada sentencia de la CIJ dictada en el asunto *de la orden de detención de 11 de abril de 2000*. Debido a la modificación, el Tribunal de Grande Instance belga declaró inadmisibles tanto el asunto *la Orden*

⁹⁹⁹ Autores a favor del reconocimiento de la jurisdicción universal *in absentia*: ABELLÁN HONRUBIA, V., *óp. cit.*, p. 373; REMIRO BROTONS, A., *El caso Pinochet.*, *óp. cit.*, p. 56; y ORIHUELA CALATAYUD, E., “Justicia universal y...”, *óp. cit.*, pp. 131-132. Así lo manifestó también la Juez Van Den WINGAERT: “En estas convenciones, las disposiciones relativas a la competencia imponen habitualmente a los Estados dotarse de una competencia extraterritorial, pero no les prohíben ejercer su competencia de conformidad con su legislación. Aunque no prevén la competencia universal, estas disposiciones tampoco la excluyen, ni mucho menos reclaman a los Estados que eviten ejercer esta forma de competencia en virtud de su derecho interno” (Opinión disidente, párr. 61). También se pronuncian en este sentido los jueces HIGGINS, KOOIJMANS y BUERGENTHAL (Opinión separada conjunta, párrs. 51 y 57).

¹⁰⁰⁰ Ni en el artículo 8 ni en el artículo 9 se hace referencia alguna a la jurisdicción *in absentia*, A/CN.4/L 532, de 8 de julio de 1996, en *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*, 1996, vol. II, Segunda parte.

¹⁰⁰¹ SÁNCHEZ LEGIDO, A., *Jurisdicción universal penal y...*, *óp. cit.*, pp. 272 y ss. Véase también SÁNCHEZ LEGIDO, A., “El fin del modelo español de jurisdicción universal”, *REEL*, núm. 27, junio 2014, pp. 34-35. También Tim KLUWEN señala tres dificultades fundamentales en el ejercicio de la jurisdicción universal *in absentia*: 1. Sólo cumple parcialmente con los objetivos del Derecho penal, pues el objeto de la justicia penal (reconciliación y prevención) no se ve satisfecho completamente si la investigación y enjuiciamiento ocurre lejos de la comunidad que fue directamente dañada. 2. Puede comprometer los derechos fundamentales del acusado, como el derecho a estar presente en el juicio y el derecho al *ne bis in idem*. 3. Puede llegar a desestabilizar y *juridificar* las relaciones interestatales, entendiendo por *juridificar* someter a los jueces las políticas internacionales (“Universal Jurisdiction in Absentia...”, *óp. cit.*, pp. 28-34).

de detención Belga contra el Ministro de Exteriores del Congo como el asunto *las matanzas de Sabra y Chatila* en 1982. Sin embargo, más tarde, la Cour de Cassation de Bélgica señaló que éstos debían ser admisibles ya que fueron presentados conforme la ley belga de 1993 que establecía una jurisdicción pura¹⁰⁰², rechazando así la resolución del Tribunal de Grande Instance y aceptando la jurisdicción en ambos asuntos:

“l'article 7, alinéa 1, de ladite loi du 16 de juin 1993 porte que les juridictions belges sont compétentes pour connaître de ces crimes, indépendamment du lieu où ils auront été commis”¹⁰⁰³.

Parte de la doctrina ha manifestado su descontento al señalar:

“A nuestro entender, aunque, insistimos, el Derecho internacional no lo prohíba, los Estados, como Bélgica, que han promulgado una legislación en la que se regula la jurisdicción universal *in absentia*, pretenden asumir un protagonismo desmedido, y por lo general muy poco efectivo, en el castigo de las conductas criminales tipificadas por el ordenamiento internacional. Sin que se deba despreciar el valor simbólico que puede tener para las víctimas de las violaciones de los derechos humanos el inicio de procedimientos *in absentia* del imputado (...). En definitiva, en orden por lo menos a alcanzar una mayor efectividad, resulta preferible optar por la jurisdicción universal territorial”¹⁰⁰⁴.

¹⁰⁰² “Esta decisión contiene efectos muy positivos acerca de la consolidación del principio de universalidad *in absentia*. De todos modos, no hay que olvidar, como se advirtió anteriormente, que la presencia o no presencia del culpable no tiene por qué menoscabar el fundamento de la jurisdicción universal” (HELLMAN, J., *Jurisdicción universal sobre crímenes internacionales...*, *óp. cit.*, p. 45).

¹⁰⁰³ “Los crímenes de derecho internacional previstos por la ley de 16 de junio de 1993, modificada por la de 10 de febrero de 1999, no constituyen infracciones para cuya persecución la ley exija, cuando hayan sido cometidas fuera del territorio que el inculpado haya sido encontrado en Bélgica. Al decidir en sentido contrario, la sentencia impugnada no está legalmente justificada”, Cour de Cassation, Section Française, 2e Chambre, arrêt du 12 février 2003, Aff. *Hijazi S. et crts. C/Sharon A. et Yaron A.*, núm. JC032C1_1, disponible en <http://cass.be/juris>.

¹⁰⁰⁴ FERRER LLORET, J., “Impunidad versus inmunidad...”, *óp. cit.*, pp. 324-325. Pero no se trata sólo de un *valor simbólico* para las víctimas; se produce también la posibilidad real de disminuir los espacios de impunidad, de forma que los responsables de los crímenes más graves puedan sentir la inseguridad de una posible detención en respuesta a una solicitud de extradición como consecuencia de un procedimiento de jurisdicción universal *in absentia* en un tercer Estado.

En el caso de España, la *Ley de Enjuiciamiento Criminal* de 1882¹⁰⁰⁵ permitía, en determinadas situaciones, enjuiciar sin que el acusado estuviera presente. En esta línea, el auto de la AN en el asunto *Pinochet*, de 5 de noviembre de 1998, señalaba que la LOPJ de 1985¹⁰⁰⁶ no establecía el requisito de que el presunto responsable debiera encontrarse en nuestro país para ejercer la jurisdicción universal, aceptando, por tanto, una jurisdicción universal *in absentia*. Más tarde, fue la reforma de 2005 de la LOPJ¹⁰⁰⁷ la primera que la incluyó y la de 2009¹⁰⁰⁸ la que exigió, en relación a la jurisdicción universal, la presencia del enjuiciado en el territorio español no durante la fase de instrucción o investigación pero sí al comienzo del juicio oral, sin que fuera posible llevar a cabo un juicio en rebeldía. Y así lo señalaron las resoluciones judiciales de la AN (auto de 13 de diciembre de 2000) y del TS (sentencia de 25 de febrero de 2003) en los asuntos *Pinochet* y *Guatemala*. Sin embargo, la Sentencia del TC, en el asunto *Guatemala*, consideró que la exigencia de la presencia del responsable (al igual que la exigencia del vínculo de la nacionalidad española de las víctimas) infringía el derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 24 de la CE y que ello no tenía nada que ver con la naturaleza especialmente grave de los crímenes, auténtico fundamento del principio de la jurisdicción universal pura que era el establecido en nuestro ordenamiento interno¹⁰⁰⁹.

¹⁰⁰⁵ En España, la Ley de Enjuiciamiento Criminal (*Real Decreto de 14 de septiembre de 1882, aprobatorio de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, Gaceta*, de 17 de septiembre de 1882) señala el enjuiciamiento sin la presencia del acusado “cuando la pena solicitada no exceda de dos años de privación de libertad o, si fuera de distinta naturaleza, cuando su duración no exceda de seis años” (artículo 786.1, párr. 2º). Además, el artículo 277 relativo a la querrela apunta que ésta deberá contener, entre otros datos: “3.º El nombre, apellidos y vecindad del querrellado. En el caso de ignorarse estas circunstancias, se deberá hacer la designación del querrellado por las señas que mejor pudieran darle a conocer”.

¹⁰⁰⁶ *Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, BOE*, núm. 157, de 2 de julio de 1985.

¹⁰⁰⁷ En el caso español, fue introducido por primera vez en el ordenamiento jurídico con la reforma operada en 2005 en relación a la mutilación genital femenina (*vid. infra* Capítulo IV, apdo. I, 2).

¹⁰⁰⁸ *Ley Orgánica 1/2009, de 3 de noviembre, complementaria de la Ley de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina judicial, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, BOE* núm. 266, de 4 de noviembre de 2009.

¹⁰⁰⁹ Sentencia del la Sala Segunda del TC, núm. 237/2005, de 26 de septiembre, Fundamento de Derecho 3º: “el fundamento último de esta norma atributiva de competencia radica en la universalización de la competencia jurisdiccional de los Estados y sus órganos para el conocimiento de ciertos hechos sobre cuya persecución y enjuiciamiento tienen interés todos los Estados (...). La Ley Orgánica del Poder Judicial instaura un principio de jurisdicción universal absoluto, es decir, sin sometimiento a criterios restrictivos o de corrección o procedibilidad, y sin ordenación jerárquica alguna con respecto al resto de las reglas de atribución competencial, puesto que, a diferencia del resto de criterios, el de justicia universal se configura a partir de la particular

“Sin lugar a dudas la presencia del presunto autor en territorio español es un requisito insoslayable para el enjuiciamiento y eventual condena, dada la inexistencia de los juicios *in absentia* en nuestra legislación (exceptuando supuestos no relevantes en el caso). Debido a ello, institutos jurídicos como la extradición constituyen piezas fundamentales para una efectiva consecución de la finalidad de la jurisdicción universal: la persecución y sanción de crímenes que, por sus características, afectan a toda la comunidad internacional. Pero tal conclusión no puede llevar a erigir esa circunstancia en requisito *sine qua non* para el ejercicio de la competencia judicial y la apertura del proceso, máxime cuando de así proceder se sometería el acceso a la jurisdicción universal a una restricción de hondo calado no contemplada en la ley; restricción que, por lo demás, resultaría contradictoria con el fundamento y los fines inherentes a la institución”¹⁰¹⁰.

Donde sí existen referencias a la jurisdicción universal *in absentia* son en estas disposiciones en agraz o de *soft law*. Así, por ejemplo, el principio 1.2 de los *Principios de Princeton*:

“La jurisdicción universal podrá ser ejercida por un órgano judicial competente y ordinario del Estado a fin de enjuiciar a una persona debidamente acusada de la comisión de los delitos graves de derecho internacional que se enumeran en el párrafo 1 del Principio 2, a condición de que el acusado esté presente ante ese órgano judicial”¹⁰¹¹.

naturaleza de los delitos objeto de persecución”. En el mismo sentido, Sentencia de la Sala Segunda del TC, núm. 87/2000, de 27 de marzo, Fundamento de Derecho 4º.

¹⁰¹⁰ Sentencia del la Sala Segunda del TC, núm. 237/2005, de 26 de septiembre, Fundamento de Derecho 7º.

¹⁰¹¹ En los comentarios a los *Principios de Princeton* se lee: “¿Debieran los Principios insistir, por lo menos, en que el acusado esté físicamente presente en el territorio del Estado que ejerza la jurisdicción universal? ¿Debieran también exigirse otros nexos?” Los participantes decidieron abstenerse de incluir el requisito explícito de un nexo territorial en la definición que se consigna en el párrafo 1 del principio 1. Ello se debió: primero, al deseo de continuar el debate; segundo, al anhelo de no frustrar la evolución de la jurisdicción universal; y, tercero, a que se tuvieron en cuenta los litigios pendientes ante la Corte Internacional de Justicia [asunto de la *Orden de detención de 11 de abril de 2000* (Congo v. Bélgica)]. Sin embargo, el párrafo 2 del principio 1 dispone que un órgano judicial “competente y ordinario” podrá enjuiciar a los acusados fundado en la jurisdicción universal “a condición de que el acusado esté presente ante ese órgano judicial”. La redacción del párrafo 2 del principio 1 no impide que un Estado entable acción penal, realice una investigación, libre un auto de acusación o solicite la extradición cuando el acusado no está presente”, pero el juicio oral deberá realizarse con el acusado presente. *Principios de Princeton sobre la Jurisdicción Universal...*, *óp. cit.*, pp. 28-29.

En el mismo sentido la Resolución del IDI de Cracovia de 2005 señala en el apartado 3.c):

“L'exercice de la compétence universelle est subordonné aux dispositions ci-après, à moins qu'il en soit convenu autrement de manière licite: (...) c) Mis à part les actes d'instruction et les demandes d'extradition, l'exercice de la compétence universelle requiert la présence du suspect sur le territoire de l'Etat qui le poursuit, ou sa présence à bord d'un navire battant son pavillon ou d'un aéronef immatriculé conformément à sa législation, ou d'autres formes licites de contrôle à son égard”¹⁰¹².

Por su parte, el principio 11 relativo a *El inicio de la investigación y la presencia del posible responsable en el proceso* de los Principios FIBGAR Madrid-Buenos Aires señala:

- “1. Las autoridades competentes, al amparo del Principio de Jurisdicción Universal, iniciarán la investigación de los hechos y los responsables de alguno de los crímenes señalados en los principios 2 y 3, con independencia de su grado de participación y sin necesidad de su presencia. En todo caso se facilitará al presunto responsable su acceso al procedimiento y se permitirá su derecho de defensa.
2. Si en el momento del inicio de la investigación el posible responsable no estuviere presente, la autoridad competente podrá acordar las medidas cautelares pertinentes para asegurar la presencia de aquél, las pruebas y la reparación a las víctimas.
3. La autoridad competente del Estado en el que se encuentre el posible responsable acordará las medidas cautelares que aseguren su presencia, el objeto del proceso y la reparación a las víctimas con independencia de la existencia de una previa solicitud de extradición”.

Y, por último, también el Committee on International Human Rights Law and Practice de la ILA, que en el año 2000 celebró su conferencia anual en Londres, señaló en su *Informe final sobre el ejercicio de la jurisdicción universal en relación con las infracciones graves de derechos humanos*:

¹⁰¹² La resolución, titulada *La compétence universelle en matière pénale à l'égard du crime de génocide, des crimes contre l'humanité et des crimes de guerre*, fue adoptada en su sesión de Cracovia el 26 de agosto de 2005, disponible en http://www.justitiaetpace.org/idiF/resolutionsF/2005_kra_03_fr.pdf.

“Signals that they are so appalling that they represent a threat to the international legal order. Justice requires that there should be no safe haven for the perpetrators of such crimes. Domestic courts and prosecutors bringing the perpetrators to justice are not acting on behalf of their own domestic legal System but on behalf of the international legal order”¹⁰¹³.

Y cabría preguntarnos acerca de los motivos del fracaso de la jurisdicción universal *in absentia*. En este sentido Ryan RABINOVITCH lo resume así:

“The failure of States to exercise universal jurisdiction *in absentia* is quite possibly attributable to considerations such as political convenience, public opinion, desire to avoid overburdening their judicial systems, and the practical challenges associated with gathering evidence and witnesses in distant States”¹⁰¹⁴.

A la vista de lo señalado, las situaciones pueden ser tres. Por un lado, existen Estados que no permiten la jurisdicción *in absentia*, lo que se convierte en un verdadero obstáculo a la jurisdicción universal. Por otro lado, también existen Estados, los menos, que recogen en su legislación interna la posibilidad de que un juez inicie la instrucción sobre un asunto sin que el presunto responsable se encuentre en el territorio del Estado, solicitándose su presencia solamente durante la fase de juicio oral a través de los instrumentos de cooperación penal internacional, extradición u orden de detención internacional; y, por último, hay Estados, muy pocos, que pueden completar todo el proceso penal en ausencia del presunto responsable.

“Se puede afirmar (...) que la presencia del acusado en el territorio del Estado no puede ser interpretada como una *conditio sine qua non* exigida por el derecho internacional para el ejercicio del principio de jurisdicción universal, sino más bien como un requisito para la celebración del juicio y el pronunciamiento de una sentencia en rebeldía, que muchos ordenamientos no permiten. Todo ello sin perjuicio de admitir la discrecionalidad de los Estados a la hora de establecer las

¹⁰¹³ El Informe prevé la presencia del presunto responsable en el territorio que ejerce la jurisdicción universal, excepto en el caso de los crímenes de guerra (Committee on International Human Rights Law and Practice, *Final Report on the Exercise of Universal Jurisdiction in Respect of Gross Human Rights Offences*, ILA, London Conference, 2000, pp. 4-9).

¹⁰¹⁴ RABINOVITCH, R., “Universal Jurisdiction...”, *óp. cit.*, p. 510.

condiciones que estimen oportunas para el ejercicio de la jurisdicción universal facultativa por parte de sus tribunales, que podrían incluir la presencia del acusado en el territorio del Estado”¹⁰¹⁵.

Permitir la jurisdicción universal *in absentia* tendría fundamentalmente tres tipos de consecuencias. La primera es que su ejercicio sería cada vez más frecuente, pues todos los Estados podrían investigar y enjuiciar delitos internacionales graves, lo que supondría, por un lado, reducir la impunidad y, por otro, también daría lugar a cierta inestabilidad internacional, múltiples persecuciones, o un uso desmedido contra ciudadanos de países en desarrollo (*vid. infra* apdo. II, 1) que afectarían al rol de la CPI. En segundo lugar, al no ser necesaria la presencia del presunto responsable, aumentaría la rapidez en la investigación y enjuiciamiento de los crímenes internacionales y facilitaría la recopilación de pruebas. Por último, es discutible que el ejercicio de la jurisdicción universal *in absentia* pueda aumentar el número de condenas pues, si bien en DI la investigación *in absentia* es común, no ocurre lo mismo ante tribunales nacionales al plantear preocupaciones legales e, incluso, políticas¹⁰¹⁶.

El ejercicio de la jurisdicción universal *in absentia* tendría también algunos efectos para las víctimas:

“the stigma associated with investigations and prosecutions, even in absentia, will in some measure punish criminals, and have effect of deterring those crimes for which universal jurisdiction exists. (...) also (...) will provide relief for victims and their families even if the proceedings would not necessarily result in the incarceration of the accused”¹⁰¹⁷.

Antonio REMIRO ha señalado:

“no es correcta [el ejercicio *in absentia*] si con ello se pretende afirmar que dicha presencia es requisito necesario según el derecho internacional para fundamentar la jurisdicción con base en dicho principio. Casi todos los tratados (...) advierten en párrafos aparte que nada en ellos excluye una jurisdicción penal ejercida de

¹⁰¹⁵ JORGE URBINA, J., *óp. cit.*, pp. 263-264.

¹⁰¹⁶ RABINOVITCH, R., “Universal Jurisdiction...”, *óp. cit.*, pp. 518-529.

¹⁰¹⁷ RABINOVITCH, R., “Universal Jurisdiction...”, *óp. cit.*, p. 520.

acuerdo con las leyes nacionales (...) La exigencia de la presencia del acusado no tiene que ver con el fundamento jurisdiccional sino con la evacuación del juicio y el pronunciamiento de una sentencia en rebeldía que muchos ordenamientos (...) no permiten”¹⁰¹⁸.

Por tanto, la conclusión a la que llegamos sería ésta, aunque avanzamos que desborda los parámetros jurídicos para tener en cuenta también los políticos:

“Universal jurisdiction in absentia would be a powerful weapon in this battle, but the (potential) risks inherent to its use are just too high. Compromising the fundamental rights of the accused and destabilizing international relations for a suboptimal result with regard to the aims of criminal law are impossible to accept. (...) So although the fight against impunity is a noble one, absolute universal jurisdiction should not be used as a weapon”¹⁰¹⁹.

1.5.2 La prohibición de extraditar y el *ius standi* de la Fiscalía

En el año 2010, el SG preparó un informe a la luz de los diversos comentarios y observaciones que habían realizado los Estados en relación al alcance y aplicación del principio de jurisdicción universal. En ella, el SG apreció que los Estados habían ido estableciendo en sus legislaciones otras condiciones diferentes a las ya señaladas (*vid. supra* apdo. 1.1) para el ejercicio de aquella:

“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”¹⁰²⁰.

El primer requisito al que se refiere el Informe del SG también había sido mencionado por Amnistía Internacional: que se haya rechazado una petición de

¹⁰¹⁸ REMIRO BROTONS, A., *El caso Pinochet...*, *óp. cit.*, pp. 56-57.

¹⁰¹⁹ KLUWEN, T., “Universal Jurisdiction in Absentia...”, *óp. cit.*, p. 37.

¹⁰²⁰ *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*, A/65/181, de 29 de julio de 2010, p. 6.

extradición o *requirement that an extradition request be refused*¹⁰²¹. Se trata de una trasposición del principio *aut dedere aut iudicare* que recogen determinados tratados internacionales al ordenamiento jurídico de los Estados, de forma que un Estado sólo podrá proceder al ejercicio de la jurisdicción universal si, previamente, se hubiera negado a extraditar al presunto infractor, al Estado del territorio donde tuvieron lugar los hechos o al Estado del que el mismo es nacional.

En segundo lugar, señala el Informe del SG “la necesidad de que una autoridad debidamente designada formulara una petición concreta o diera su consentimiento”. Cuando se hace referencia a una “autoridad”, debe entenderse que se refiere a una autoridad distinta a un juez y que, en la práctica, normalmente esa *autoridad* suele ser el Fiscal. El hecho de que esta condición se establezca a través de un instrumento legislativo conlleva que lo hayamos incluido en el apartado de obstáculos legislativos. Sin embargo, somos conscientes del sesgo ejecutivo de la figura del Fiscal¹⁰²². Así, a diferencia de aquellas investigaciones que comienzan por las víctimas o por otras personas con interés en la causa, algunas legislaciones estatales han establecido que sea el Fiscal el que inicie tal investigación, lo que nos lleva a pensar que el objetivo del establecimiento de dicha condición no sea otra que fiscalizar, haciendo honor a su nombre, las acciones penales que se interponen a través de la jurisdicción universal¹⁰²³. Y es que

¹⁰²¹ Chapter one (definitions), *Universal Jurisdiction: The duty of states to enact and implement legislation*, Amnesty International, 2001, pp. 19-22.

¹⁰²² En este sentido, Amnistía Internacional ha señalado: “La figura de la acusación popular, por tanto, ha jugado un papel esencial en la lucha contra la impunidad, en el contexto de los procesos de jurisdicción universal. Si bien el Ministerio Fiscal es un órgano autónomo, éste se rige por instrucciones y circulares internas que, en algunos casos, no son públicas y que pueden reflejar la postura del Gobierno sobre un caso particular y concreto. La postura del Ministerio Fiscal en los casos de jurisdicción universal ha sido cambiante en el curso del tiempo. En casos recientes, la Fiscalía se ha mostrado en general contraria a las querellas basadas en el principio de universalidad. Ejemplo de ello son los casos Tíbet, Falun Gong, Couso y Atenco. Amnistía Internacional reitera su demanda de que las actuaciones y decisiones judiciales sean adoptadas de manera independiente, en base –exclusivamente– a consideraciones jurídicas, sin injerencias políticas de ninguna naturaleza” (“España. Ejercer la jurisdicción universal para acabar con la impunidad”, Serie *Estrechando el Cerco*, núm. 2, Amnistía Internacional, EUR41/017/2008, Amnesty International Publications, Reino Unido, 2008, p. 49, disponible en http://iccnow.org/documents/AI_Spain.pdf).

¹⁰²³ Antoni PIGRAU SOLÉ señala que de lo que se trata, al atribuir al fiscal estas competencias, es de que los Estados traten de “mantener un cierto control de los procedimientos que puedan iniciarse en tiempo” (*La jurisdicción universal y su aplicación en España...*, *óp. cit.*, p. 61). En la misma línea, F. JIMÉNEZ GARCÍA y B. GARCÍA SÁNCHEZ: “Mayoritariamente, las leyes nacionales condicionan dicho ejercicio del fiscal concediéndole un margen de discrecionalidad, a no ser que dicho ejercicio dimane de una obligación internacional. Con ello, los Estados tienen cierto control sobre los

“no hay que olvidar la conveniencia política de esta reforma para evitar conflictos diplomáticos con terceros Estados, estableciendo, por tanto, mecanismo que filtren las querellas que se presentan contra las autoridades de estos terceros Estados (...) Por todos es conocido, aunque pocos se atreven a reconocerlo, cómo los Estados más poderosos y celosos de su soberanía presionan sobre los gobiernos con el fin de que sus nacionales en ningún caso puedan ser enjuiciados por terceros Estados”¹⁰²⁴.

Antoni PIGRAU señala que los ordenamientos jurídicos pueden establecer *márgenes de discrecionalidad* al dejar el inicio de un procedimiento a través de la jurisdicción universal a decisión del Fiscal, estableciendo tres modalidades: La primera de ellas, requiere una autorización previa proveniente del más alto órgano de la autoridad de la Fiscalía para que el Fiscal pueda iniciar un procedimiento penal. Ejemplo de ello es la legislación canadiense, australiana, croata, bosnia, búlgara, costarricense, finlandesa, maltesa, noruega, neozelandesa, congoleña, entre otras. En la segunda, solamente un Fiscal puede solicitar el inicio de una investigación a través del principio de jurisdicción universal permitiendo así la discrecionalidad del Fiscal. Es el ejemplo de la legislación alemana. Por último, la tercera situación consiste en una combinación de las dos anteriores: la necesidad de una autorización previa al Fiscal y, si esta fuera positiva, el Fiscal decidirá discrecionalmente el inicio o no del proceso penal mediante jurisdicción universal. Así ocurre en el caso de la ley belga¹⁰²⁵, la ley sueca y también en Reino Unido.

procedimientos penales que versen sobre estos crímenes” (“Propuesta de Convención universal...”, *óp. cit.*, pp. 185-186).

¹⁰²⁴ LÓPEZ-JACOISTE DÍAZ, M^a. E., “Comentarios a la ley belga de jurisdicción universal...”, *óp. cit.*, p. 847.

¹⁰²⁵ Así lo explica Antonio REMIRO: “En Bélgica la ley de 16 de junio de 1993, modificada por ley de 10 de febrero de 1999, sobre represión de violaciones graves de derecho internacional humanitario, proclamó el imperio de la versión *absoluta* del principio de jurisdicción universal, sin atender a la *ausencia* y posibles inmunidades de los imputados. Pero cuatro años más tarde las enmiendas de 23 de abril y 5 de agosto de 2003 no sólo acomodaron la legislación –en materia de inmunidades– a las de la sentencia de la Corte en el asunto *Orden de Arresto*, sino que introdujo un filtro –la requisitoria del Fiscal Federal– para ejercer la jurisdicción universal *in absentia*. Frente a una denuncia de esta naturaleza el Fiscal gozaba de una amplísima discrecionalidad para apreciar la capacidad, independencia e imparcialidad de los jueces de otros países cuya competencia se fundase en un nexo territorial, en la nacionalidad del presunto criminal o en el *locus apprehensionis*, de manera que si se consideraba satisfecho –y no lo imponían obligaciones internacionales del Estado– podía rehusar la requisitoria “en interés de la buena administración de justicia”. Y añade que también en Canadá, de acuerdo con la *Crimes Against Humanity and War Crimes Act* de 2000,

Ahora bien, si el ejercicio de la jurisdicción universal deriva de una obligación internacional (caso del DIH) y el Fiscal, atendiendo a criterios oportunistas, decidiera no iniciar la investigación, podría dar lugar a la correspondiente responsabilidad por la comisión un hecho ilícito internacional. Pero si la formulación de aquella obligación se hubiere hecho a través de principio *aut dedere aut iudicare* (*vid. supra* Capítulo II, apdo. III, 1, 1.2), el Estado podrá eximirse de tal responsabilidad con la extradición del responsable al Estado que la hubiere solicitado o a aquel que tuviera competencia¹⁰²⁶.

Con todo si, como veremos más adelante (*vid. infra* apdo. II), uno de los efectos que tiene el ejercicio de la jurisdicción universal es que el Estado de donde es nacional el acusado entiende el ejercicio como una intervención injustificada en sus asuntos internos por parte de otros Estados, este efecto aún se agravaría más si los fiscales actúan "con total independencia, sin vínculos o control por parte del gobierno de ese Estado" no pudiendo los Estados suspender los procesamientos que atentan contra la estabilidad de sus relaciones internacionales con otros Estados¹⁰²⁷.

2. RÉMORAS JUDICIALES

Si no fuera suficiente con los diversos óbices legislativos con los que se ha encontrado el ejercicio de la jurisdicción universal, también los jueces han jugado un papel importante en este sentido, llevando a cabo funciones pseudolegislativas más propias del poder legislativo que del poder judicial¹⁰²⁸. En este sentido, Amnistía Internacional ha señalado que

art. 8.b, es decisivo el consentimiento escrito por el Attorney General o el Deputy General Attorney ("Malos tiempos para...", *óp. cit.*, pp. 391-410 (versión cedida por el autor, pp. 1-21, p. 9).

¹⁰²⁶ PIGRAU SOLÉ, A., *La jurisdicción universal y su aplicación en España*, *óp. cit.*, p. 61.

¹⁰²⁷ RABINOVITCH, R., "Universal Jurisdiction...", *óp. cit.*, p. 521.

¹⁰²⁸ "La acumulación de requisitos previos a contrastar antes de la simple admisión a trámite, la imprecisión de los conceptos (organismos internacionales pertinentes, comunidad internacional, plazo razonable, razonabilidad), la inevitable duración de los trámites previos exigidos, la inadmisión supeditación de la jurisdicción universal a la previa "inactividad de la comunidad internacional", solo tienen la lectura del sometimiento del derecho al acceso al proceso a una peculiar carrera de obstáculos dilatorios, al final de la cual, no obstante, no queda asegurada la admisión a trámite de las querellas o denuncias, sino que el tribunal se reserva la posibilidad de la inadmisión, no obstante estar superados todos los obstáculos previos, en base a un absolutamente

“el alto grado de discrecionalidad de los tribunales de justicia a la hora de apreciar el abuso o al admitir la actividad de la jurisdicción territorial en donde se cometieron los hechos delictivos, sin criterios claros ni transparentes, (...) pueden colocar a las víctimas en una situación de indefensión”¹⁰²⁹.

En España, la discrecionalidad de los tribunales se ha visto materializada con el establecimiento de una serie de criterios restrictivos del ejercicio de la jurisdicción universal establecidos fundamentalmente por el TS¹⁰³⁰ y la AN. Así, el *criterio de necesidad* (asunto *Guatemala*) consistía en exigir a las víctimas que acreditaran, con *indicios serios y razonables*, que el asunto que se estaba tramitando no había sido o estaba siendo investigado por el Estado del lugar de los hechos. Se trataba de una *probatio diabólica*, tal y como señaló el TC¹⁰³¹, que lesionaría el derecho a la tutela judicial efectiva en grave perjuicio hacia las víctimas y suponía, además, invertir la carga de la prueba, de forma que los jueces españoles sólo debían conocer de un asunto cuando hubiere “necesidad” de ello.

indeterminado criterio de razonabilidad. Esta peculiar técnica judicial pseudolegislativa abre la puerta a la arbitrariedad en esta concreta materia del ejercicio de la jurisdicción universal y es, por tanto, contraria a la doctrina jurisdiccional antes establecida” (GÓMEZ-BENÍTEZ, J. M., “Complementariedad de la Corte Penal Internacional...”, *óp. cit.*, p. 46).

¹⁰²⁹ “España. Ejercer la jurisdicción universal para acabar con la impunidad”, Serie *Estrechando el Cerco*, núm. 2, Amnistía Internacional, EUR41/017/2008, Amnesty International Publications, Reino Unido 2008, p. 51, disponible en http://iccnw.org/documents/AI_Spain.pdf.

¹⁰³⁰ En concreto, fueron los criterios establecidos en la sentencia de 25 de febrero de 2003, asunto *Guatemala*, los que guiaron al legislador a la reforma que afectó a la jurisdicción universal en 2009 (*vid. infra* Capítulo IV, apdo. I, 3): “La existencia de una conexión con un interés nacional como elemento legitimador, en el marco del principio de justicia universal, modulando su extensión con arreglo a criterios de racionalidad y con respeto al principio de no intervención. En estos casos podría apreciarse una relevancia mínima del interés nacional cuando el hecho con el que se conecte alcance una significación equivalente a la reconocida a otros hechos que, según la ley interna y los tratados, dan lugar a la aplicación de los demás criterios de atribución extraterritorial de la jurisdicción penal. (...) Esta atribución deberá apreciarse en relación directa con el delito que se utiliza como base para afirmar la atribución de jurisdicción” (Sentencia de la Sala de lo Penal del TS núm. 327/2003, de 25 de febrero, Fundamento de Derecho 10º). “El argumento del TS conduce a estimar que el principio de justicia universal no se basa en la protección de bienes de la comunidad internacional, sino que exige para su operatividad, la existencia de un “punto de conexión directo” con intereses nacionales”, negando lo que se entendía hasta ahora por “la reclamación de justicia internacional” contenida en el art. 23.4 de la LOPJ (GARCÍA ARÁN, M., “Complementariedad recíproca y justicia global: España...”, *óp. cit.*, p. 269). “Unos límites para la aplicación del principio de jurisdicción universal cuando el mismo ha sido decidido unilateralmente por un Estado en atención a la naturaleza del delito pero no viene reconocido en el Derecho internacional convencional” (GIL GIL, A., “La sentencia de la Audiencia Nacional...”, *óp. cit.*, p. 12).

¹⁰³¹ Sentencia de la Sala de la Sala Segunda del TC, núm. 237/2005, de 26 de septiembre, Fundamento de Derecho 8º.

En los asuntos *Argentina, Chile y Guatemala* se estableció el *criterio de subsidiariedad*. Establecido por la Fiscalía, se señaló que la jurisdicción universal no estaba contemplada expresamente en los tratados internacionales que recogen los crímenes más graves del DI, convirtiéndose así en una jurisdicción subsidiaria del principio de territorialidad. De esta forma, el ejercicio del principio universal por los jueces españoles debía llevarse a cabo cuando el Estado del territorio, o un tribunal internacional con competencia sobre el mismo, no ejerciera su jurisdicción¹⁰³². Sin embargo, ya vimos (*vid. supra* Capítulo II, apdo. II) que no existe ninguna norma internacional que regule la concurrencia de jurisdicciones, estableciéndose la preferencia, que no la prioridad, de la jurisdicción territorial.

Por último, el *criterio de razonabilidad* ha sido otro de los nexos que, “si bien no aparece expresamente recogido en la ley”, fue establecido por primera vez en el voto particular recogido en la sentencia del TS en el asunto *Guatemala* y ha ido limitando el ejercicio de la jurisdicción universal.

“La exigencia de algún vínculo o nexo de conexión entre los hechos delictivos y algún interés o valor de los ciudadanos del Estado que ejerza la jurisdicción universal, puede constituir un criterio razonable de autorrestricción para evitar la proliferación de procedimientos relativos a delitos y lugares totalmente extraños y/o alejados, así como un desgaste excesivo de los órganos jurisdiccionales cuya competencia se reclama. Pero únicamente será así si se aplica estrictamente como criterio de exclusión del exceso o abuso del derecho, no si se aplica como un modo de derogar en la practica el principio de jurisdicción universal”¹⁰³³.

¹⁰³² Auto del Pleno de la Sala de lo Penal de la AN, núm. 115/2000 de 13 de diciembre: “Lo que debe reconocerse, en razón de la prevalencia de los tratados internacionales sobre el derecho interno (artículo 96 de la Constitución Española y 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969), es que el artículo 6 del Convenio para la Prevención y la Sanción del delito de Genocidio impone la subsidiariedad de la actuación de jurisdicciones distintas a las que el precepto contempla, de forma que la jurisdicción de un Estado debería abstenerse de ejercer jurisdicción sobre hechos, constitutivos de genocidio, que estuviesen siendo enjuiciados por los tribunales del país en que ocurrieron o por un tribunal penal internacional”.

¹⁰³³ Y añade: “La aplicación del criterio de razonabilidad (...) puede permitir a un Tribunal nacional que tenga atribuida con carácter general competencia extraterritorial en estos supuestos (...) denegar el ejercicio abusivo de la jurisdicción en relación con supuestos hechos delictivos sucedidos en países que no tengan vínculo alguno de conexión, en sentido amplio, con España, con los ciudadanos españoles, con sus intereses y sus relaciones. Esta restricción puede ser asumible en cuanto se orienta a una finalidad razonable, como es la de evitar un efecto excesivamente expansivo de este tipo de pronunciamientos, y garantizar la efectividad de la intervención jurisdiccional, pues en los supuestos de ausencia absoluta de vínculos de conexión con el país y con los hechos denunciados en el sentido amplio anteriormente expresado, la efectividad práctica del procedimiento puede ser nula”, Voto Particular de la Sentencia de la Sala de lo Penal del TS núm. 327/2003, de 25 de febrero, Fundamento de Derecho 11º.

Más tarde, el criterio de razonabilidad fue adoptado también por la AN española, en el Pleno no jurisdiccional de la Sala de lo Penal, el 3 de noviembre de 2005:

“Constatado que se cumplen los requisitos exigidos por el ordenamiento jurídico interno y descartada la actuación de la jurisdicción del lugar de comisión del presunto delito y de la Comunidad Internacional deberá, como regla, aceptarse la jurisdicción salvo que se aprecie exceso o abuso de derecho por la absoluta ajenidad del asunto por tratarse de delitos y lugares totalmente extraños y/o alejados y no acreditar el denunciante o querellante interés directo o relación con ellos”¹⁰³⁴.

El criterio de razonabilidad, tal y como viene redactado por el acuerdo del Pleno de la AN, resulta inadecuado al ejercicio de la jurisdicción universal por tres aspectos: el primero, se convierte en un concepto en el que podrían tener cabida cualquier tipo de situación incómoda al ejercicio de jurisdicción universal, pues el “exceso o abuso de derecho”, los “lugares totalmente extraños y/o alejados” e, incluso, el “interés directo” son conceptos abstractos e indeterminados que podrían ser utilizados al libre albedrío de a quién interese¹⁰³⁵; en segundo lugar y respecto a la exigencia de que no se trate de asuntos de absoluta ajenidad por estar referidos a delitos o lugares alejados o extraños, vemos como es un concepto

¹⁰³⁴ Acuerdo del Pleno de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional relativo a la interpretación de la sentencia del TC sobre Guatemala, de 3 de noviembre de 2005, disponible en <http://www.derechos.org/nizkor/espana/doc/interp.html>. “La *ajenidad* a la que se refiere la Audiencia Nacional es precisamente una de las características del principio de jurisdicción universal, que no necesita de vínculos o puntos de conexión con el territorio nacional de ningún Estado. Calificar de “abuso de derecho” a una iniciativa tendente a investigar la comisión de delitos o crímenes de derecho internacional es sin lugar a dudas una manera de limitar el acceso a la jurisdicción, lo que vulnera el derecho de las víctimas a obtener justicia” (“España. Ejercer la jurisdicción universal para acabar con la impunidad”, Serie *Estrechando el Cerco*, núm. 2, Amnistía Internacional, EUR41/017/2008, Amnesty International Publications, Reino Unido 2008, p. 49). Este abuso de derecho fue matizado más tarde por el Juzgado de Instrucción núm. 2 de la AN, auto de 17 de julio de 2008: “lo que se trata de evitar es única y exclusivamente que se utilice la jurisdicción de este tribunal en ejercicio abusivo del derecho y no de que los hechos objeto de la denuncia, el delito denunciado o el país en el que tales hechos ocurran estén o no alejados del nuestro”.

¹⁰³⁵ OLLÉ SESÉ, M., *Justicia universal para...*, *óp. cit.*, pp. 375-376. “Como si la justicia universal fuera una cuestión de kilometraje o de paisajes o espacios afines con nuestro país” (ESTEVE MOLTÓ, J. E., “La Ley Orgánica 1/2014 de reforma de la jurisdicción universal: entre el progresivo avance de la globalización comercial y de la deuda y la no injerencia en los asuntos internos de China”, *AEDI*, vol. 30, 2014, pp. 139-201, p. 150).

totalmente contrario al fundamento del principio de jurisdicción universal¹⁰³⁶; y, en tercer lugar, el hecho de que el querellante o denunciante no acrediten un interés directo en el delito o crimen va contra el reconocimiento que la propia CE hace de la acción popular. Finalmente, la AN tuvo que renunciar al criterio de razonabilidad en la decisión final del recurso de apelación que se interpuso contra la inadmisión por la propia AN de la querrela del asunto *Tíbet*, el 10 de enero de 2006. En la mencionada resolución final, Fundamento de Derecho 10º, señala que “de lo que se trata es de evitar, única y exclusivamente, que se utilice la jurisdicción de este tribunal en ejercicio abusivo del Derecho, y no de que los hechos objeto de denuncia, el delito denunciado o el país en el que tales hechos ocurran estén o no alejados del nuestro”, tal y como fue configurado el criterio de razonabilidad en su origen por el voto particular en la sentencia del TS en el asunto *Guatemala*¹⁰³⁷.

Y llama la atención, como pone de manifiesto Amnistía Internacional, que tras el Acuerdo del Pleno de la Sala de lo Penal de la AN, algunos Jueces de Instrucción recurrieron a la apertura de *diligencias previas “indeterminadas”* incluso antes de acordar la admisión a trámite, con el objetivo de comprobación de la existencia de los mencionados criterios. Si bien aquellas (las diligencias previas indeterminadas) no están reguladas en los artículos 259 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, se convirtió en una *praxis* común¹⁰³⁸.

¹⁰³⁶ “Ignora, así, este acuerdo que no existen delitos ni lugares extraños ni alejados a los efectos de la persecución universal de crímenes internacionales, cuya comisión, por definición, afecta a todos los Estados y al interés de la propia humanidad” (GÓMEZ-BENÍTEZ, J. M., “Complementariedad de la Corte Penal Internacional...”, *óp. cit.*, p. 47).

¹⁰³⁷ Comulgando con el criterio de razonabilidad, la profesora Alicia GIL GIL señala que: “tal *razonabilidad*, no debe derivarse de la presencia mayor o menor de una conexión con los intereses españoles, sino del engarce entre la justicia territorial, la justicia universal ejercida por tribunales internacionales y la justicia universal ejercida por Tribunales españoles. A partir de la existencia de la CPI es ya posible que la justicia española se complemente recíprocamente con la de dicha Corte y, por tanto, es posible que intervenga en última instancia, sin riesgo de convertirse en una instancia sustitutiva de otras naturalmente prevalentes” (GARCÍA ARÁN, M., “Complementariedad recíproca y justicia global: España...”, *óp. cit.*, p. 271).

¹⁰³⁸ Así, por ejemplo, en el asunto *Sahara* (Diligencias previas 362/2007) y en el asunto *campos de concentración Nazis* (Diligencias previas 211/2008) finalmente ambas se convirtieron en el sumario, siendo admitidas las querellas. Sin embargo, en el asunto *Atenco* (Diligencias Previas 27/2008) no fue admitida la querrela dando lugar al archivo de las actuaciones. “España. Ejercer la jurisdicción universal para acabar con la impunidad”, Serie *Estrechando el Cerco*, núm. 2, Amnistía Internacional, EUR41/017/2008, Amnesty International Publications, Reino Unido 2008, p. 54, disponible en http://iccnw.org/documents/AI_Spain.pdf.

3. ÍTEM MÁS: LAS ZANCADILLAS POLÍTICAS

Al hablar de los vínculos de conexión (*vid. supra* apdo. I, 1, 1.1), señalamos que la justificación que se había dado desde el Estado para su establecimiento era doble: una justificación jurídica que trataba de impedir que un Estado se convirtiera en una segunda CPI o en una Policía Mundial y una justificación política, basada en evitar que la jurisdicción universal se convierta en un principio más simbólico, prácticamente inoperable, teniendo en cuenta las consecuencias diplomáticas que se derivan o que conlleva el ejercicio de jurisdicción universal. En este epígrafe nos ocuparemos de aquellos obstáculos políticos que se presentan en la sombra del ejercicio de la jurisdicción universal. No son vínculos de conexión, esto es, no son vínculos establecidos por el Estado para el ejercicio de la jurisdicción universal; al contrario, estos obstáculos surgirán una vez que, ejercido el principio de jurisdicción universal, éste se encuentre desplegando sus efectos, suponiendo así una zancadilla política al desarrollo del (posible) resultado de la jurisdicción universal¹⁰³⁹. Pues

“(…) los Estados que, valientemente, han tratado de aplicar los principios de jurisdicción universal y complementariedad de una manera más sistemática y concreta, basándose en su legislación nacional, no han tardado mucho en darse cuenta de que las limitaciones de la *real politik* o la diplomacia contrastan con el concepto de jurisdicción universal. Lamentablemente, las razones políticas han prevalecido sobre el razonamiento jurídico en muchos casos”¹⁰⁴⁰.

Nos encontramos, por tanto, en el plano de los obstáculos políticos. Una categoría heterogénea y amplia en la que pueden tener cabida todo tipo de circunstancias con un denominador común: la *realpolitik* o escenario compartido por dos actores, la justicia y la política; más concretamente la justicia internacional ejercida por los tribunales nacionales y la política internacional desarrollada por

¹⁰³⁹ Las interferencias o condicionantes políticos no podemos confundirlos con los límites ni con las condiciones. Aunque estos pueden estar en el origen de algunas reformas normativas (por ejemplo las llevadas a cabo en España en 2009 y 2014) “no pueden confundirse con las mismas porque no toda presión política ha conducido a un cambio normativo y no todo cambio normativo se justifica por injerencias políticas” (ROBLES CARRILLO, M., *óp. cit.*, p. 87).

¹⁰⁴⁰ Así lo afirma Xavier PHILIPPE, hasta el punto de preguntarse si “los debates sobre esos principios no son más que un ejercicio académico sin resultados tangibles (“Los principios de jurisdicción universal...”, *óp. cit.*, p. 2).

sujetos de DI. Así ha ocurrido, por ejemplo, con las últimas reformas (2009, 2014 y 2015) que ha sufrido el principio de jurisdicción universal en España, limitando, hasta casi anular, su alcance¹⁰⁴¹.

Las consecuencias diplomáticas que suele tener el ejercicio de la jurisdicción universal han sido, para algunos autores, una de las razones que explican su escasa aplicación¹⁰⁴², teniendo en cuenta el potencial instrumento de lucha contra la impunidad. Sin embargo, llama la atención cómo estas presiones políticas *curiosamente* sólo surgen cuando el principio universal, que recordemos no está destinado a defender los intereses del Estado que lo ejerce, se utiliza en la lucha contra la impunidad de los crímenes de DI más graves (tortura, genocidio, crímenes contra la humanidad y crímenes de guerra), no ocurriendo lo mismo con aquellos otro crímenes menos conflictivos (secuestro de aeronaves, terrorismo...) en los que, a pesar de que se ejerce una jurisdicción universal pura, no resulta tan cuestionada¹⁰⁴³. De forma que

“Mientras la persecución universal se puso al servicio de los casos (*Eichmann, Demjanjuk*) en que se daba caza a responsables de los campos de exterminio nazis, no se levantó la voz; en la década de los noventa se jaleó a las ONG humanitarias que aprovecharon las leyes estatales que disponen la jurisdicción universal de sus jueces y tribunales para pedir cuentas sobre los viejos atropellos de las juntas militares y de los tiranos latinoamericanos, o de las tragedias más recientes, de los Balcanes a Ruanda y la región de los Grandes Lagos. Sin embargo, una vez que la aplicación de esas leyes ha amenazado a aparentemente respetables dirigentes del mundo *civilizado*, formalmente democrático, y de las *grandes potencias*, el principio de persecución universal ha sido puesto en entredicho por algunos

¹⁰⁴¹ Sin embargo, “resulta muy paradójico que en este momento en el que todo tiende a la globalización nos traten de convencer de que la justicia se tiene que nacionalizar y que lo bueno es que la justicia sólo actúe dentro de las pequeñas fronteras de los Estados mientras que todo lo demás sí debe circular por el mundo a su libre albedrío” (LOZANO DOMINGO, I., “Los costes de la Jurisdicción Universal”, *Relatoría del I Congreso Internacional sobre la jurisdicción universal*, Madrid, 2014, p. 31, disponible en <http://www.fibgar.org/congreso-jurisdiccion-universal/relatoria.pdf>)

¹⁰⁴² Así lo pone de manifiesto Antoni PIGRAU SOLÉ al señalar que: “la poco disimulada irrupción de argumentos extrajurídicos y de presiones políticas ponen perfectamente de relieve en este caso las implicaciones que puede tener para un Estado el utilizar el principio de jurisdicción universal, lo que contribuye, si no a justificar, por lo menos a explicar la escasa práctica al respecto” (“¿Qué Tribunal Internacional...”, *óp. cit.*, p. 75).

¹⁰⁴³ GÓMEZ-BENÍTEZ, J. M., “Complementariedad de la Corte Penal Internacional...”, *óp. cit.*, p. 42.

gobiernos, conspicuos políticos y fabricantes más o menos interesados de opinión”¹⁰⁴⁴.

Parece, por tanto, y desde un punto de vista político, que la jurisdicción universal sólo opera ante los *autores de bajo coste*, pues sólo en estos casos aparentan ser más los *incentivos políticos positivos* que los negativos¹⁰⁴⁵.

Por otro lado, las principales zancadillas políticas al ejercicio del principio de jurisdicción universal se producen como respuesta a lo que se entiende como una falta de respeto a la soberanía de los Estados y una intromisión o injerencia en cuestiones estatales ajenas. Es ese el argumento que suelen utilizar los Estados destinatarios de la jurisdicción universal¹⁰⁴⁶, al señalar que la jurisdicción es una

¹⁰⁴⁴ En el mismo sentido, José R. PARDO GATO: “En efecto, esta transformación del principio de justicia universal surge, ni más ni menos, que al calor del debate social, pero sobre todo político, del complejo reflejo ocasionado de las relaciones internacionales encontradas, a sabiendas de que cuando nos situamos ante hechos susceptibles de ser calificados como genocidio, lesa humanidad, crímenes de guerra, terrorismo, etc., la política no deja de estar presente ante los contrapesos diplomáticos generados, en muchas ocasiones porque los principales imputados suelen ser altos cargos políticos o líderes militares de un determinado país. Por ello, cualquier acusación proveniente de la jurisdicción de otro Estado se ve como una injerencia o inmisión en los asuntos políticos internos del estado soberano afectado, directa o indirectamente por la acusación formulada” (“El principio de jurisdicción universal”, *Diario La Ley*, núm. 7676, de 19 de julio de 2011, p. 18). “En este punto la política de *recortes* al principio de persecución universal ha congregado a una feligresía relativamente numerosa en la que Estados Unidos (para el que, con centenares de miles de soldados en armas más allá de sus fronteras no hay tribunal extranjero bueno) se da la mano con Rusia, China, Israel y cualesquiera países con cadáveres en el armario, amén del concierto de países en desarrollo que consideran que la aplicación del principio de universalidad no sólo perturba los procesos de transición pacífica a regímenes democráticos que sólo corresponde hacer a los pueblos afectados, sino que es de dirección única *Norte-Sur*, sin garantizar, finalmente, una administración eficaz de justicia” (REMIRO BROTONS, A., “Malos tiempos para...”, *óp. cit.*, pp. 8-9; también en “Derecho y política en la persecución de los crímenes internacionales en España”, ARROYO ZAPATERO, L. y NIETO MARTÍN, A., *Piratas, mercenarios, soldados, jueces y policías: nuevos desafíos del Derecho Penal Europeo e Internacional*, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, 2010, pp. 207-223, p. 208).

¹⁰⁴⁵ Se entiende por acusados de bajo coste aquellos “que pueden imponer pocas o ninguna relaciones internacionales, políticas, económicos y de otro tipo para los potenciales Estados procesadores, y especialmente para aquellos acusados de bajo costo contra quienes existe un amplio acuerdo en la comunidad internacional” (LANGER, M., “The diplomacy of universal jurisdiction: the political branches and the transnational prosecution of international crimes”, *AJIL*, vol. 105, núm. 1, pp. 1-49, pp. 11 y 15-16).

¹⁰⁴⁶ “There is great potential for political interference in such cases, both, in the territorial and the forum state, despite the separation of powers and otherwise independent judiciary. The potential for political interference is particularly given where political decision makers, such as the Ministry of Justice or the Attorney General, have a discretion whether or no to investigate or prosecute a particular complaint. (...) Cases that target relatively high level officials can lead to extensive pressure exercised by government officials on the forum state, to interfere in proceedings or to change the legislation in order to prevent third parties from filing universal jurisdiction complaints”, *A step by a step approach to the use of universal (criminal) jurisdiction in western European States*, FIDH International Federation for Human Rights, núm. 522, April 2000, p. 18, disponible en <https://www.fidh.org/IMG/pdf/ComUniv522a2009.pdf>.

facultad exclusiva del propio Estado, único soberano en su territorio, pues el principio de territorialidad deriva de la soberanía del mismo. Así, el primer ministro de Asuntos Exteriores chileno en el asunto *Pinochet*, en una carta enviada a Kofi ANNAN, SG de las Naciones Unidas, señalaba que “la tendencia a la universalización de la justicia y los derechos humanos (...) no puede llevarse adelante en detrimento de la soberanía de los Estados y su igualdad jurídica” pues “de vulnerarse esos principios con acciones unilaterales, la universalidad de la jurisdicción penal se convertiría en un factor de anarquía internacional” y, continuaba, “la intervención de terceros Estados en asuntos de orden judicial que corresponde conocer al Estado en cuyo territorio se cometió el delito, importa un quebrantamiento del principio de la igualdad soberana de los Estados que consagra el artículo 2.1 de la Carta”¹⁰⁴⁷. Sin embargo, como bien apunta la profesora Esperanza ORIHUELA:

“Resulta evidente, a la luz de la regulación existente en el Derecho Internacional, que el ejercicio de la jurisdicción penal universal no se encuentra en colisión con el principio de soberanía. El Estado que en uso –mal uso, creemos- de su soberanía decide violar la obligación que tiene de enjuiciar a los responsables de la comisión de crímenes en su territorio no puede impedir que otros en su actuar soberano decida cumplir la obligación asumida en los convenios internacionales o ejercer el derecho reconocido por el Derecho Internacional¹⁰⁴⁸.

Junto al presunto ataque a la soberanía de los Estados, se añade también el hecho de que el principio de jurisdicción universal vulnera el principio de injerencia en los asuntos internos de los Estados, al investigar o juzgar a sus nacionales. Ahora bien, ¿qué nacionales, los de bajo o alto costo?, pues tal y como pone de manifiesto el profesor José Elías ESTEVE en relación a la experiencia española,

¹⁰⁴⁷ REMIRO BROTONS, A., *El caso Pinochet...*, óp. cit., p. 46.

¹⁰⁴⁸ Quizá, como lo hace la profesora ORIHUELA, deberíamos cuestionarnos “si el ejercicio de la jurisdicción universal está supeditado al fracaso de la actuación territorial. Y en relación con esta cuestión, es necesario destacar que el reconocimiento del carácter generalmente prioritario, fundamental y esencial que ostenta el principio de territorialidad. La jurisdicción universal se presenta, en la mayoría de los casos, con un carácter subsidiario de la actuación territorial” (ORIHUELA CALATAYUD, E., “Justicia universal y...”, óp. cit., p. 144).

“la invocación del artículo 2.7 de la Carta de las Naciones Unidas y del consenso internacional para justificar una limitación de la jurisdicción universal en España resulta cuanto menos un tanto hipócrita y retrógrada. Cuando nuestros jueces nacionales han perseguido a militares ruandeses o piratas somalíes no aparecía controversia jurídica, ni política alguna, y no inquietaba esa justicia universal”¹⁰⁴⁹.

De ahí que coincidimos con el profesor Manuel OLLÉ en que utilizar el principio de injerencia en los asuntos internos es un argumento que en la actualidad ya no sirve, pues

“el concepto tradicional de soberanía, como protección de los Estados ante eventuales injerencias externas (al tratarse, en muchas ocasiones, de los delitos más graves que atentan contra los más eventuales derechos humanos) ha evolucionado en consonancia con el principio de “responsabilidad de proteger” de tal forma que son los Estados los que deben salvaguardar a sus ciudadanos frente a estos crímenes internacionales y, si estos Estados incumplen este deber protector, será la comunidad internacional la que adoptará las medidas necesarias para que esta obligación de los Estados y también derechos de los ciudadanos sea efectiva”¹⁰⁵⁰ (*vid. supra* Capítulo II, apdo. III, 1, 1.2).

En la práctica observamos cómo los Estados que han ejercido poco o ningún control político sobre los procesos que se han desarrollado al hilo de la jurisdicción universal sobre acusados de mayor costo han tenido consecuencias, o *costos*, en sus relaciones internacionales, dando lugar a un *incentivo* a su poder ejecutivo y político para limitar el marco legislativo de la jurisdicción universal y asegurar que aquellos acusados de alto costo no se vean envueltos (o, si ya lo están, no avancen) en un proceso judicial universal¹⁰⁵¹. El principio de jurisdicción universal ejercido por los Estados en la sanción de los crímenes internacionales encuentra sus límites en los intereses políticos y diplomáticos cuando de tal ejercicio podrían derivarse consecuencias que originarán graves daños en las relaciones económicas de los Estados. Es así como éstos deciden modificar el *marco legal* del ejercicio del principio universal, en el sentido de legalizar y conceder impunidad al victimario,

¹⁰⁴⁹ ESTEVE MOLTÓ, J. E., “La Ley Orgánica 1/2014 de reforma de la jurisdicción universal...”, *óp. cit.*, p. 147.

¹⁰⁵⁰ OLLÉ SESÉ, M., “La aplicación del derecho penal internacional...”, *óp. cit.*, p. 137.

¹⁰⁵¹ LANGER, M., “The diplomacy of universal jurisdiction...”, *óp. cit.*, pp. 5-6.

para evitar dañar sus intereses económicos y mantener la buena salud de sus relaciones internacionales¹⁰⁵². De hecho, un ejemplo de lo aquí señalado sería lo ocurrido en Francia en relación a Mauritania¹⁰⁵³, en Bélgica en relación a EEUU¹⁰⁵⁴ y en España en relación a China¹⁰⁵⁵. Y, es que, como señala el profesor Manuel OLLÉ,

¹⁰⁵² MARULLO, M^a. CH., “La jurisdicción universal: sus altibajos”, *Papeles en el tiempo de los derechos*, núm. 2, 2015, pp. 5-6.

¹⁰⁵³ “The French conviction of Ould Dah, a Mauritanian national, for committing torture, led to a serious deterioration of the relations between France and Mauritania. The measures Mauritania took to retaliate against France included the expulsion of French (aid) workers and military trainees. Military cooperation between France and another African countries was also disturbed” (KLUWEN, T., “Universal Jurisdiction in Absentia...”, *óp. cit.*, p. 32).

¹⁰⁵⁴ “The most prominent example of being target of such pressure is the case of Belgium, where complaints had been filed against high ranking US officials, including Tommy Franks, then commander of the US troops in Iraq. The complaint led then Secretary of Defence, Donald Rumsfeld in June 2003 to threaten to move NATO headquarters from Belgium if it did not change its legislations. (...) As a response to universal jurisdiction complaints filed by human rights groups in Spain and the United Kingdom, Israel put considerable pressure on the government of both countries to change their legislation so as to prevent universal jurisdiction cases against Israeli officials in the future. Similarly, following complaints issue by Spanish and French investigative judges against high level officials of the Rwandan government in 2005 and 2008 respectively, the African Union putt he EU and the UN under pressure to discuss the “abuse of universal jurisdiction”, pressuring EU countries top ut a moratorium on the arrest warrants”, *A step by a step approach to the use of universal (criminal) jurisdiction in western European States*, FIDH International Federation for Human Rights, núm. 522a, April 2000, pp. 18-19, disponible en <https://www.fidh.org/IMG/pdf/ComUniv522a2009.pdf>. En el mismo sentido, *Belgium: Universal Jurisdiction law repealed*, Human Rights Watch, 1 de enero de 2003, disponible en <https://www.hrw.org/news/2003/08/01/belgium-universal-jurisdiction-law-repealed>. En relación a la ley belga *anti atrocidades*, la profesora María Eugenia LÓPEZ-JACOISTE señala como a pesar de la reforma que había sufrido en abril de 2003, el 23 de junio (un par de meses más tarde) y “en un acto de injerencia sin precedentes en los procesos judiciales y políticos de un Estado”, el gobierno estadounidense, temiendo que la nueva ley belga pudiera detener o procesar a militares o altos cargos de su gobierno (a pesar de la dificultad de ejecutar estas opciones debido a que Estados Unidos no es parte en el ECPI), aún forzó una nueva modificación de la ley. “El Secretario de Defensa norteamericano Donald Rumsfeld continuó su presión sobre Bélgica amenazado con retirar grandes cantidades de dinero para las operaciones de la OTAN y para la construcción de proyectos, e incluso advirtió repetidamente que trasladaría fuera de Bélgica el Cuartel General de la OTAN al completo a menos que la ley se suavizara”. Así, se puede concluir que las reformas experimentadas por la ley belga *anti atrocidades* son el resultado de las diversas presiones políticas que determinados Estados han llevado a cabo “con el fin de garantizar su “mayor” igualdad soberana y eludir cualquier posible procesamiento de sus nacionales. Esto, lamentablemente, supone un grave retroceso de los esfuerzos de la comunidad internacional en la lucha contra la impunidad” (“Comentarios a la ley belga de jurisdicción universal...”, *óp. cit.*, pp. 847-848).

¹⁰⁵⁵ “En este contexto y en medio de una crisis económica y financiera brutal ha sucedido que nuestro gobierno [el gobierno español] ha pensado que la mejor forma de salir de la crisis era no molestar a China, ¿por qué? Porque China nos está comprando deuda y activos inmobiliarios en España (...) Hemos conseguido salvar ese escollo que era la Jurisdicción Universal y ahora podemos seguir contando con que China comprará deuda y comprará activos inmobiliarios y ver si así nos ayuda a levantar el país (...) el Gobierno español ya ha tomado partido y ha decidido que no importa acabar con la independencia de los jueces y los tribunales y plegarse a las exigencias de un gobierno como el Chino, que es destacado por sus vulneraciones sistemáticas de Derechos Humanos” (LOZANO DOMINGO, I., “Los costes de la Jurisdicción Universal”, *Relatoría del I Congreso Internacional sobre la jurisdicción universal*, Madrid, 2014, p. 31, disponible en

“No se pueden cambiar los Derechos Humanos por una factura económica, no se pueden sustituir los razonamientos jurídicos, y más de derecho internacional, por intereses estrictamente económicos y comerciales como ha sido el caso de la Justicia Universal”¹⁰⁵⁶.

En la doctrina, las posturas respecto a la relación entre el poder ejecutivo y el ejercicio de la jurisdicción universal son encontradas. Por un lado, se ha señalado que se debería reconsiderar esta relación entre derecho y política, pues aquellos que defienden la jurisdicción universal lo han hecho desde un punto de vista legal, entendiendo las circunstancias políticas inapropiadas. Sin embargo, Máximo LANGER señala que no se trata de cuestionar si la política debe o no ser parte en el ejercicio de la jurisdicción universal, pues éste es un hecho inevitable. De lo que se trata es de señalar la mejor forma en la que pueda verse representada la política en el ejercicio de la jurisdicción universal, ya que aunque ésta influya, lo cierto es que los procesos judiciales ejercidos a través de la jurisdicción universal han sido *verdaderos procesos judiciales*¹⁰⁵⁷. Por otro lado, otros autores abogan por la absoluta independencia del poder judicial en el ejercicio de la jurisdicción universal. Se trata de encontrar un equilibrio que, quizá, como apunta Sholomo

<http://www.fibgar.org/congreso-jurisdiccion-universal/relatoria.pdf>). Y, en este punto, no le falta razón a Pablo Antonio FERNÁNDEZ SÁNCHEZ al señalar que el Gobierno de España aprueba en la teoría de la globalización del respeto a los DDHH pero su práctica (acciones diplomáticas, instrucciones a los fiscales, discursos políticos) solo va dirigida hacia sus nacionales si dicha protección no supone una grave repercusión diplomática (“El deber de asegurar el goce de los derechos humanos...”, *óp. cit.*, p. 8).

¹⁰⁵⁶ OLLÉ SESÉ, M., “Casos concretos. Lecciones aprendidas: Argentina, Chile, Guatemala, El Salvador y Sahara”, *Relatoría del I Congreso Internacional sobre la jurisdicción universal*, Madrid, 2014, pp. 49-51, p. 51, disponible en <http://www.fibgar.org/congreso-jurisdiccion-universal/relatoria.pdf>. Incluso, un análisis más profundo de la situación nos lleva a señalar que: “Hay un segundo precio que es igual de nefasto. Les hemos indicado el camino para cambiar las leyes (...). No hace falta para cambiarlas presentarse a las elecciones, ni ser diputado, tampoco ser elegido por los ciudadanos. Solo es necesario tener el poder suficiente como para poder amenazar a un gobierno de que ya no se va a comprar más deuda y entonces ese gobierno hace las leyes a su antojo. Esto es una perversión de las democracias porque los ciudadanos jamás tendremos ese poder. Lo tendrán otros gobiernos, otros países, otros Estados, conglomerados financieros, etc”, (LOZANO DOMINGO, I., “Los costes de la Jurisdicción Universal”, *Relatoría del I Congreso Internacional sobre la jurisdicción universal*, Madrid, 2014, p. 32, disponible en <http://www.fibgar.org/congreso-jurisdiccion-universal/relatoria.pdf>).

¹⁰⁵⁷ “Los críticos que han caracterizado a la jurisdicción universal como simplemente una herramienta política para hostigar a los líderes mundiales, por lo tanto, deberían aconsejar tomar las leyes más en serio”, LANGER, M., “The diplomacy of universal jurisdiction...”, *óp. cit.*, pp. 6-7.

BEN AMI se encuentre “en la contextualización sociopolítica de la Jurisdicción Universal”¹⁰⁵⁸.

Así, por más que sería deseable una conclusión distinta, no nos queda más remedio que señalar que

“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 Estado”¹⁰⁵⁹.

II. LAS CRÍTICAS A LA JURISDICCIÓN UNIVERSAL

En la literatura que existe en relación a la jurisdicción universal, encontramos dos ejes en torno a los que giran las críticas más comunes al principio universal. Por un lado, el principio de jurisdicción universal ha sido acusado de ser una herramienta unidireccional de lucha contra la impunidad -de norte a sur-; y, por otro lado, al no existir ningún tratado o norma internacional que lo regule, se ha cuestionado la heterogeneidad existente al positivizarlo en los ordenamientos jurídicos internos, que ha tenido como principal efecto un *forum shopping* penal.

1. LA PRÁCTICA DE LOS PODEROSOS

Una de las críticas más duras y, en parte, justificadas que se hace a la jurisdicción universal es la de ser un arma *desigual* y *unidireccional*¹⁰⁶⁰ de los

¹⁰⁵⁸ BEN AMI, SH., “El papel de la Jurisdicción Universal como elemento de integración político, social y la seguridad jurídica para la sociedad”, *Relatoría del I Congreso Internacional sobre la jurisdicción universal*, Madrid, 2014, pp. 56-59, p. 56, disponible en <http://www.fibgar.org/congreso-jurisdiccion-universal/relatoria.pdf>.

¹⁰⁵⁹ LEDESMA BARTRET, F., “La justicia universal”, *Tiempo de Paz*, núm. 112, pp. 32-38, p. 38.

¹⁰⁶⁰ Apunta Ángel SÁNCHEZ LEGIDO que uno de los argumentos esgrimidos en contra del principio de jurisdicción universal es precisamente este, pues “tanto en su formación como, sobre todo, en su aplicación, dicho principio no sería más que el resultado de la imposición por parte de los Estados beneficiados de la desigual distribución del poder político y económico en la Sociedad Internacional

Estados “poderosos” (norte a sur), que buscan imponer sus valores a otros¹⁰⁶¹. Y así lo ha señalado parte de la doctrina:

“The universal competence... is only the expression of a power, not justice, if some are only asserting their rights, the need of a “lawsuit” is clearly understandable for the victims of particularly heinous crimes. More than serving the interests of justice or of the international community, the universal competence could only be useful to the western States, recently called neo-colonialist, and not to the countries on which they imposed their idea of democracy. This seems without a doubt not very democratic...”¹⁰⁶².

De ahí que, como señala Jordi NIEVA-FENOLL, debemos preguntarnos qué motivos llevan a un Estado a perseguir crímenes internacionales o, más legítimamente aún, “por qué un Estado ha decidido unilateralmente que sus tribunales puedan perseguir cualquiera de esos hechos”. Y señala que la respuesta es sencilla, pues, legítimamente el Estado lucha contra la impunidad de hechos repugnantes y que, al igual que ese Estado entiende tener legitimidad, también el resto de Estados podrían *auto atribuirse* jurisdicción para su enjuiciamiento, pues no es una jurisdicción excluyente. Sin embargo, continúa,

“el hecho de que esa asunción sea unilateral –como ya ha ocurrido con reiteración– que se persigue solamente a algunos sospechosos, pero no a todos. Y la razón de

sobre los Estados más débiles” (*Jurisdicción universal penal y...*, *óp. cit.*, p. 240). O, como señala Maria Antonella PASCULLI, el principio refleja los restos del colonialismo (*óp. cit.*, p. 201).

¹⁰⁶¹ KLUWEN, T., “Universal Jurisdiction in Absentia...”, *óp. cit.*, p. 34. Como señala Máximo LANGER, “los acusados de jurisdicción universal que han acudido a juicio son principalmente nazis, ex yugoslavos y ruandeses. En otras palabras, son el tipo de acusados que la comunidad internacional ha acordado con mayor claridad que deben ser enjuiciados y castigados y que sus propios Estados de nacionalidad no han defendido. Aquellos que caen fuera de estas tres categorías han sido ciudadanos de Estados que no han ejercido su influencia para defender a sus nacionales en el extranjero, o que han sido demasiado débiles para evitar que los juicios ocurran” (“The diplomacy of universal jurisdiction...”, *óp. cit.*, p. 4).

¹⁰⁶² Señala Ryan RABINOVITCH que un ejercicio más frecuente de la jurisdicción universal conllevaría un aumento en la selección no equitativa de ciudadanos de Estados más débiles y más pobres que, como hemos señalado (*vid. supra* 1.3), han sido normalmente los objetivos principales del ejercicio de la jurisdicción universal. Y añade: “Developing Nations, on the other hand, being politically weaker in the international arena, and highly depend on Western powers for humanitarian aid, are not in a position to initiate investigations and prosecutions or European and North American nationals, particularly where there is no personal or territorial connection with their countries. Even if more powerful and wealthy Nations are in a better position than developing countries to ensure that Western nationals are insulated from liability, they cannot be expected to apply principles of international law consistently” (“Universal Jurisdiction *in absentia*”, *óp. cit.*, pp. 522-524).

esta actuación siempre es política. (...). Ello evidencia la existencia de un prejuicio, fundamentado en un sesgo indudablemente ideológico, y por ello completamente inaceptable, porque se compromete la imparcialidad judicial. No es más que la prueba de que, efectivamente, el condicionamiento de la imparcialidad está presente”¹⁰⁶³.

Así, son los elementos de unilateralidad, selectividad y oportunidad política los que generan la mayor crítica al ejercicio de la jurisdicción universal. Y en este sentido se expresó el ex Presidente chileno Eduardo FREI en su saludo al Cuerpo diplomático acreditado en Santiago de Chile:

“La queja “por 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”, se une a la consideración de que la construcción de una “ética universal” mediante “decisiones unilaterales”, judiciales o gubernamentales, de países poderosos” supondrá un retroceso “a formas de relaciones internacionales en plena contradicción con el principio de la igualdad jurídica de los Estados consagrada por la Carta de las Naciones Unidas” y se traducirá necesariamente en “la aplicación de un doble estándar, dependiente de la capacidad de presión de los países y no de las razones de derecho”. El Presidente afirma que sólo con el establecimiento de un Tribunal Penal Internacional “se hace plenamente válida la aplicación extraterritorial de la ley penal”¹⁰⁶⁴.

Y así lo señaló también el juez M. BULA en la Opinión individual en el asunto *relativo a la orden de detención de 11 de abril de 2000*:

“Es en el terreno del derecho consuetudinario donde se encuentran las afirmaciones belgas y sus respuestas, las negaciones congoleñas. El Gobierno belga tal vez haya dado por supuesto, a la manera de la proclamación de Truman acerca de la plataforma continental de 1945, que su nueva reivindicación, formulada en un momento en que las ideas humanitarias conocen un renovado interés, sería seguida (masivamente) por otros Estados. Da la impresión de haber

¹⁰⁶³ NIEVA-FENOLL, J., *óp. cit.*, p. 139.

¹⁰⁶⁴ Saludo de S. E. el Presidente Eduardo Frei en la ceremonia de saludo de fin de año al Cuerpo Diplomático acreditado en Chile, Santiago, 28 de diciembre de 1998, epígrafe “Inmunidad diplomática y territorialidad de la justicia”, resumido por Antonio REMIRO BROTONS en SÁNCHEZ LEGIDO, A., *Jurisdicción universal penal y...*, *óp. cit.*, p. 240.

sobreestimado su peso en el tablero mundial. Poco importa. El argumento principal que debe articularse frente al demandado es el haber utilizado el argumento humanitario a fines de dominación política. ¿Cómo en el siglo XIX?¹⁰⁶⁵.

Una excepción a todo lo señalado hasta ahora lo constituye el asunto *Hissène Habré*. Como ha señalado Ángel SÁNCHEZ LEGIDO, efectivamente, de todos los ejercicios que se han hecho del principio de jurisdicción universal, sólo en el asunto *Habré* proviene de un Estado que ni es *occidental* ni *desarrollado*, pues

“nunca el mencionado título ha operado respecto de nacionales, y mucho menos dirigentes, de Estados pertenecientes al *establishment*, sin que en modo alguno pueda ello siempre imputarse a una supuesta conducta irreprochable e intachable desde la óptica del Derecho penal internacional de tales individuos, o al celo puesto en su represión por dichos Estados”¹⁰⁶⁶.

Las críticas al ejercicio de la jurisdicción universal se han enfocado, de entre todos los Estados “occidentales”, en especial a los europeos¹⁰⁶⁷. Han sido ellos los que han visto modificada su legislación en razón de un *paradigma selectivo* que ha dado lugar a un uso de la jurisdicción universal únicamente contra quien y cuando ha sido conveniente. Estas modificaciones legislativas son producto de lo que Margarita ROBLES ha denominado una *deslegitimación* de la jurisdicción universal que se presenta como una *selectividad* en positivo (acción) y en negativo (omisión) y que ha dado lugar a dos tipos de consecuencias: en primer lugar, que la

¹⁰⁶⁵ Asunto *relativo a la orden de detención de 11 de abril de 2000* (República Democrática del Congo v. Bélgica), Opinión individual a la Sentencia de 14 de febrero de 2002, *ICJ Reports 2002*, p. 21, párr. 50.

¹⁰⁶⁶ SÁNCHEZ LEGIDO, A. *Jurisdicción universal penal y... óp. cit.*, pp. 241-242.

¹⁰⁶⁷ Debemos en este punto hacer una mención expresa a la relación existente entre la UE y la justicia penal internacional pues, “tanto la actuación de la propia CPI como el ejercicio del principio de Jurisdicción Universal se entiende a menudo como un juicio desde Europa hacia el mundo por varias razones”. Y, si bien es cierto que la UE está vinculada y apoya económicamente a la CPI, dicha relación se parece más a una dependencia y a ello debemos añadir que resulta extraño que ningún Estado europeo haya sido llevado ante la CPI. Además, resulta extraño que en la relación comercial de la UE con terceros Estados, la UE suela incluir cláusulas en los tratados comerciales que apoyen la CPI y no haga lo propio a la hora de exigir a determinados Estados que ratifiquen tratados internacionales que protejan DDHH o que obliguen a perseguir los crímenes de lesa humanidad. “La UE parece por tanto que hace una diferenciación entre el apoyo a la CPI y el apoyo a la aplicación de la jurisdicción universal. En algunos casos, los problemas diplomáticos que significa la defensa de la rendición de cuentas a nivel extraterritorial pueden llegar a pesar -para la UE como para alguno de los Estados miembros- más que la aplicación de los acuerdos internacionales ratificados” (MARTÍN, V., *óp. cit.*, p. 15).

jurisdicción universal sea utilizada sólo para la persecución de los acusados de ciertos Estados (por ejemplo, iberoamericanos o africanos) y en ciertas zonas de conflicto (ejercicio de la jurisdicción universal por las antiguas potencias coloniales contra los nacionales de las mismas), como hemos señalado; y, en segundo lugar, que la jurisdicción universal resulte inactiva frente a nacionales de determinados Estados privilegiados, normalmente “beneficiarios de una impronta democrática suficiente” para eludir su ejercicio (Estados Unidos, Israel o, con más reservas, China). La selectividad ha resultado ser *a posteriori* más preocupante aún porque, además de que no ha funcionado para identificar el problema de la disfunción del sistema y solucionarlo (al contrario, su efecto ha sido el de articular vínculos y filtros que han reducido y controlado discrecionalmente la capacidad de acción de la jurisdicción universal), la selectividad se ha ido extendiendo a través de los procesos de regionalización de la jurisdicción universal (*vid. supra* Capítulo I, apdo. II, 3) hasta el punto de no ser ya una característica de Europa u occidente sino que puede ser considerada una característica propia del principio de jurisdicción universal¹⁰⁶⁸, independientemente de donde se ejerza. Sin embargo, Máximo LANGER, a pesar de concebir esa selectividad como un *rasgo estructural problemático* de la jurisdicción universal, también apuesta por su rol positivo, debido a que es ella la que da lugar a la investigación y enjuiciamiento de crímenes sobre los que existe un amplio consenso en la comunidad internacional¹⁰⁶⁹.

Así, podemos decir que el principio de jurisdicción universal es acusado de ser un instrumento neocolonial y crear un riesgo en las relaciones interestatales, al ser los Estados europeos los que ejercen la jurisdicción universal en su forma absoluta frente a ciudadanos de Estados no occidentales¹⁰⁷⁰. Sin embargo, esta acusación ha sido, por un lado, *justificada* por la doctrina en el sentido de que son los Estados occidentales más desarrollados los que cuentan con un sistema judicial

¹⁰⁶⁸ Así, hoy en día podemos hablar de una selectividad europea, africana (continuamente objetadora de la jurisdicción universal, manifestándolo a través de los diversos recursos interpuestos ante la CIJ y las decisiones de la UA), latinoamericana, una selectividad *cuasirregional* estadounidense (sólo trata la jurisdicción universal civil) y china que, si bien sólo está regulada a través de convenios (no internamente o consuetudinariamente), es eficaz respecto a determinados crímenes como la piratería (ROBLES CARRILLO, M., *óp. cit.*, pp. 94-95).

¹⁰⁶⁹ “Actuar conforme a este tipo de acuerdo aborda algunos de los déficits de legitimidad legal y política de la jurisdicción universal y reduce las posibilidades de que los casos que no deben ser enjuiciados finalmente lo sean”, LANGER, M., “The diplomacy of universal jurisdiction...”, *óp. cit.*, p. 47.

¹⁰⁷⁰ RABINOVITCH, R., “Universal Jurisdiction *in absentia*”, *óp. cit.*, p. 522.

también más perfeccionado lo que a su vez les permite hacerse cargo de casos tan complejos como los relativos a los crímenes internacionales. Si a ello se le añade que las ayudas de los Estados en desarrollo dependen de los Estados más desarrollados, parece que la posibilidad de ejercer un proceso contra los nacionales de estos últimos desaparecen¹⁰⁷¹. Por otro lado, la acusación neocolonialista también ha sido *rechazada* señalando que los acusados, la mayor parte de las veces, son nacionales de Estados en desarrollo porque los crímenes internacionales suelen ser más comunes en sus territorios. Es éste, sin embargo, un argumento que desaparece si se piensa en los conflictos de las últimas décadas (Iraq o Afganistán), entendiéndose enseguida que también los presuntos responsables de esos crímenes pueden ser nacionales occidentales¹⁰⁷². Por otro lado, como apunta Máximo LANGER, “las presiones diplomáticas y las posibles represalias de los Estados extranjeros también varían dependiendo de la nacionalidad del acusado, ya que los Estados extranjeros tienen diferentes grados de influencia sobre sus contrapartes y pueden no estar dispuestos a ejercer (toda) su influencia sobre el Estado acusador para proteger a sus nacionales”¹⁰⁷³.

Así, parece que puede descartarse el uso neocolonialista de la jurisdicción universal, lo que nos lleva a lo ya señalado en relación a la práctica estatal del principio de jurisdicción universal como elemento de la costumbre (*vid. supra* Capítulo I, apdo. III, 2, 2.2): que estamos ante una práctica inestable, efímera y heterogénea¹⁰⁷⁴.

¹⁰⁷¹ KLUWEN, T., “Universal Jurisdiction in Absentia...”, *óp. cit.*, p. 33.

¹⁰⁷² George H. W. Bush o el Primer Ministro Israelí podrían ser prueba de ello (KLUWEN, T., “Universal Jurisdiction in Absentia...”, *óp. cit.*, p. 34).

¹⁰⁷³ LANGER, M., “The diplomacy of universal jurisdiction...”, *óp. cit.*, p. 13.

¹⁰⁷⁴ O también podríamos señalar que la práctica es muy escasa, fragmentaria y heterogénea, pues los Estados son reticentes a aplicar el principio de jurisdicción universal a crímenes internacionales ocurridos en el extranjero. Son varias las causas que apuntan hacia esta heterogeneidad: “la no incorporación en la legislación interna de los delitos tipificados internacionalmente; los relativamente cuantiosos recursos humanos y materiales que los Estados deberían dedicar a este tipo de actuaciones; los problemas que se plantean en materia de prueba en relación a hechos cometidos a varios miles de kilómetros de distancia; el rechazo por parte de los gobiernos de terceros Estados ante este tipo de actuaciones judiciales y su posible influencia en las relaciones económicas y comerciales; los riesgos de saturación del sistema judicial del Estado con demandas por hechos cometidos en Estados de todo el mundo; la aplicación de leyes de amnistía en el contexto de procesos de reconstrucción democrática”. A estas causas debemos añadir la necesidad de la colaboración estatal en cuanto a la detención y extradición del presunto responsable si este no se encuentra en el Estado que ejerce el principio universal *in absentia*, (FERRER LLORET, J., “Impunidad *versus* inmunidad de jurisdicción...”, *óp. cit.*, pp. 323-324).

2. LA HETEROGENEIDAD DEL PRINCIPIO: EL *FORUM SHOPPING* PENAL

El principio de jurisdicción universal es recogido en diversas normas de DI, que pueden ser de dos tipos: *self executing* y *non self executing*. El primer tipo de normas puede ser aplicado directamente por los Estados y no plantea, en general, graves dificultades. Son las *non self executing* las que requieren para su aplicación en los diversos Estados una norma interna que trasponga al ordenamiento interno la norma internacional. Por lo tanto, cuando la posibilidad del ejercicio del principio de jurisdicción universal viene contemplado en una norma *non self executing* requiere, previamente, de una norma estatal que lo regule¹⁰⁷⁵, entendiéndose la norma interna como la *columna vertebral* en la que se articula el principio de jurisdicción universal¹⁰⁷⁶. Sin embargo, al no existir *aún* una norma internacional, como bien podría ser un tratado o una costumbre, que garantice cierta homogeneidad¹⁰⁷⁷, los Estados han recogido el principio universal en sus legislaciones internas de forma muy heterogénea¹⁰⁷⁸, dando lugar a diversas

¹⁰⁷⁵ “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, A., *La jurisdicción universal y su aplicación en España...*, *óp. cit.*, p. 61).

¹⁰⁷⁶ HELLMAN, J., *Jurisdicción universal sobre crímenes internacionales...*, *óp. cit.*, p. 53.

¹⁰⁷⁷ Sí existen propuestas *de lege ferenda* elaboradas por la doctrina. Ejemplo de ellos es el “Modelo de propuesta de Convención sobre el Principio de Justicia Universal” (PÉREZ CEPEDA, A. I. (Dir.), *El Principio de Justicia Universal. Una propuesta de lege ferenda*, Ratio Legis, Salamanca, 2013, pp. 19-25) desarrollado por sus autores JIMÉNEZ GARCÍA, F. y GARCÍA SÁNCHEZ, B. en la “Propuesta de convención universal sobre el principio de justicia universal...”, *óp. cit.*, pp. 179-232). También “Jurisdicción universal. Propuesta de resolución”, *Revue Internationale de droit pénal*, vol. 79, núm. 1, 2008, pp. 155-158, disponible en <https://www.cairn.info/revue-internationale-de-droit-penal-2008-1-page-155.htm>. “En el fondo de esta propuesta late la vieja pero constantemente renovada cuestión de demostrar que los instrumentos jurídicos internacionales y los Ordenamientos jurídicos nacionales pueden constituir un eficaz instrumento de protección para los ciudadanos. En realidad, se parte de reabrir -o evitar que se cierre- la caja de Pandora que contiene esa persistente aspiración de que el Derecho convierta la sociedad en un entorno humano en el que la impunidad pretendida cede ante el peso de las razones de las víctimas y del horror de la Humanidad; esa aspiración de la necesidad de justicia universal” (PÉREZ CEPEDA, A. y BENITO SÁNCHEZ, D., “El principio de justicia universal”, *óp. cit.*, p. 13). Incluso Silvia CALDERÓN MENDOZA ha realizado una “Propuesta de Directiva sobre el principio de justicia universal” (PÉREZ CEPEDA, A. I. (Dir.) y BENITO SÁNCHEZ, D. (Ed.), *El Principio de Justicia Universal...*, *óp. cit.*, pp. 35-39).

¹⁰⁷⁸ “El análisis de la práctica internacional hasta ahora expuesto pone de manifiesto que, en efecto, al igual que ocurre en tantos otros ámbitos del Derecho internacional caracterizados por la prevalencia de los tradicionales mecanismos descentralizados de aplicación, la operatividad del principio de jurisdicción universal dista mucho de ser uniforme y general para todos”, SÁNCHEZ

complicaciones¹⁰⁷⁹. Como ha señalado Xavier PHILIPPE, no es suficiente el reconocimiento de la jurisdicción universal por parte de los Estados para que éste se convierta en *norma jurídica operativa*¹⁰⁸⁰.

Sería necesario, por tanto, un tratado internacional que aportara seguridad jurídica, estabilidad y homogeneidad en la aplicación del principio de jurisdicción universal por los Estados y frente a otros Estados, que evitara que la adaptación de las normas se haga por jueces, en lugar de por un legislador internacional¹⁰⁸¹. Mientras sean aquellos de quienes dependa la aplicación de la jurisdicción universal, porque así lo ha previsto una decisión nacional y no internacional, serán múltiples las formas de ejercerlo. No puede, por lo tanto, como ya se puso de

LEGIDO, A., *Jurisdicción universal penal y...*, *óp. cit.*, p. 241. En el mismo sentido: "Each country's laws are different. Unfortunately, the fact that a country has ratified a treaty requiring it to prosecute alleged torturers or war criminals, or that customary international law calls for prosecution of the perpetrators of genocide or other crimes against humanity, is not always enough to ensure that the country's laws actually permit prosecution", *The Pinochet Precedent: How victims can Pursue Human Rights Abroad*, Human Rights Watch, March, 2000, disponible en <https://www.hrw.org/legacy/campaigns/chile98/precedent.htm>.

¹⁰⁷⁹ "Las dificultades que el Derecho internacional ha encontrado en el camino hacia su hipotética meta del establecimiento de una jurisdicción universal o cosmopolita, como también se le llama, han sido numerosas. Y las más graves han venido de la falta de homogeneidad en el orden penal de los diversos Estados, es decir, de las enormes diferencias en la tipificación de los delitos y en su sanción. Y la estrechez del marco internacional en el cual se intenta hacer valer el principio, hace que queden fuera del mismo bastantes Estados, proclives al asilo que, no se olvide, es uno de los obstáculos mayores en este intento. Por otra parte, tampoco los Estados han considerado siempre de la misma forma esta materia, de modo que lo que, para unos era materia delictual de interés general, no lo era para otros" (FERNÁNDEZ-FLORES DE FUNES, J. L., *óp. cit.*, p. 570). En este sentido, el Secretario General del Centro Europeo por los Derechos Humanos y Constitucionales (ECCHR), Wolfgang Kaleck, identifica cuatro grandes obstáculos a la jurisdicción universal, señalando en primer lugar, "la ausencia de una apropiada implementación del principio en las legislaciones domésticas y de la UE detallando cuándo y sobre qué crímenes debe ser aplicado. Segundo, los propios ordenamientos y su interpretación del requisito de la presencia física así como de la complementariedad a través de las autoridades del orden. Tercero, problemas técnicos y organizativos. Y finalmente, dificultades sobre el ejercicio de la persecución discrecional y la amplia interpretación del principio de inmunidad para actores políticos" (en MARTÍN, V., *óp. cit.*, p. 9).

¹⁰⁸⁰ "Básicamente, hay tres pasos necesarios para lograr el funcionamiento del principio de jurisdicción universal: la existencia de un fundamento específico para la jurisdicción universal, una definición suficientemente clara del delito y sus elementos constitutivos, y medios nacionales de ejecución que permitan al poder judicial nacional ejercer su jurisdicción sobre estos crímenes". Es este último punto el que aún está por desarrollar (PHILIPPE, X., "The principles of universal jurisdiction...", *óp. cit.*, p. 379).

¹⁰⁸¹ MARULLO, M^a. CH., *Tendencias internacionales sobre la jurisdicción universal: la experiencia española*, Universidad pública de Navarra, Navarra, 2017, pp. 167-168. Para Carmen VALLEJO, "la desarmonía legislativa y de organización judicial de los Estados" es causa del trato desigual y de la discriminación que el principio de jurisdicción universal da a los diversos acusados, "con la consiguiente infracción de los principios de igualdad y seguridad jurídica que sustentan todo procedimiento jurisdiccional" (*El estado de la jurisdicción universal en el Derecho Internacional...*, *óp. cit.*, p. 178).

manifiesto (*vid. supra* Capítulo I, apdo. 1, 2), existir un concepto único de jurisdicción universal¹⁰⁸².

Ante la posibilidad de que puedan concurrir varias jurisdicciones en la investigación y enjuiciamiento de los crímenes más graves¹⁰⁸³, la doctrina ha alertado del fenómeno del *forum shopping* penal, que es definido como

“la existencia de una diversidad de jurisdicciones concurrentes sin que a un mismo tiempo exista una prioridad entre ellas, con sistemas jurídico penales asimétricos, que pueden favorecer la producción de una carrera con distintos mecanismos tendentes a hacer comparecer al imputado en una jurisdicción en concreto y no en otras, dependiendo de diferentes motivos y valoraciones”¹⁰⁸⁴.

El *forum shopping* y su “efecto llamada” ha sido considerado un obstáculo a la jurisdicción universal. Así lo ha hecho la sentencia de 20 de junio de 2006 del TS español¹⁰⁸⁵.

El *forum shopping* puede ofrecer ventajas tanto para la acusación como para la defensa. Por un lado, las víctimas ejercerán la jurisdicción universal frente a aquellos órganos judiciales en los que crean que puedan evitarse obstáculos en la investigación y enjuiciamiento del presunto responsable del crimen; incluso, valorarán acudir a aquellos Estados cuya legislación establezca las penas más duras. Por otro lado, los presuntos responsables de los crímenes buscarán una legislación que les beneficie¹⁰⁸⁶. Sin embargo, en opinión de Antonio REMIRO, las

¹⁰⁸² PHILIPPE, X., “Los principios de jurisdicción universal...”, *óp. cit.*, p. 5.

¹⁰⁸³ “En realidad, ésta no es una cuestión cuyo origen sea la existencia complementaria de las jurisdicciones penales de la Corte y de los Tribunales nacionales, sino la (posible) existencia, o preexistencia, de una diversidad de jurisdicciones penales concurrentes (sean nacionales o nacionales e internacionales. (...) El “forum shopping” se podrá dar, más concretamente, por la existencia de una diversidad de jurisdicciones sin que, a un mismo tiempo, exista una prioridad entre ellas” (FERNÁNDEZ LIESA, C. R., *óp. cit.*, nota a pie de las pp. 422-423).

¹⁰⁸⁴ VALLEJO PEÑA, C., *El estado de la jurisdicción universal en el Derecho Internacional...*, *óp. cit.*, p. 177.

¹⁰⁸⁵ Sentencia de la Sala de lo Penal del TS, núm. 645/2006, de 20 de junio.

¹⁰⁸⁶ Para Carmen VALLEJO PEÑA, son detestables los efectos que este riesgo genera para las víctimas (“acudiendo de foro en foro en búsqueda de un tribunal que asuma la jurisdicción sobre el crimen, ante el desgaste de todo orden que suponen costosos y largos intentos del procesamiento del autor del crimen) y para los presuntos responsables, tanto en su perjuicio (“teniendo en cuenta las consecuencias de una dilatada pendencia procesal para quien, por el momento, es únicamente sospechoso o presunto autor, amparado por el principio de la presunción de inocencia”), como en su beneficio (“refugiándose en el foro más favorable, incluso en aquél que adolezca de las debidas garantías de imparcialidad e independencia, hasta el punto de que concluya con un enjuiciamiento meramente simbólico y fraudulento”) (*El estado de la jurisdicción universal en el Derecho*

víctimas de crímenes graves de DI no eligen el foro donde presentar su querrela o su denuncia atendiendo a cuestiones testimoniales, sino prácticas.

“Cuando los tribunales del país en que ocurrieron los hechos y están presentes sus presuntos responsables son creíbles y funcionan, no se viaja al extranjero a pleitear, a menos que se persigan reparaciones y satisfacciones que sólo allí pueden lograrse. Por lo mismo, un juez solicitado con el solo fundamento de la jurisdicción universal, no ocupará su tiempo instruyendo dificultosamente un asunto cuando está disponible un juez natural, el del lugar de la comisión de los hechos, y aún lo hará menos si no está a su disposición el procesado”¹⁰⁸⁷.

Ahora bien, en nuestra opinión, por muchos problemas que pueda plantear, el *forum shopping* siempre será mejor que el hecho de que no exista foro judicial competente para conocer de los crímenes internacionales. Aún así, aquella parte de la doctrina que entiende el *forum shopping penal* como una consecuencia negativa, ha señalado como posible solución el establecimiento de reglas jurisdiccionales para evitar *laberintos* o *ingenierías jurisdiccionales*, consecuencia de la concurrencia de jurisdicciones (*vid. supra* Capítulo II, apdo. II), estableciendo prioridades entre las mismas. Sin embargo, aún en referencia a la CPI

“en este orden de ideas, el Estatuto ha establecido las normas de conformidad con las cuales conjugar el ejercicio de la jurisdicción bien por los Tribunales nacionales o bien por la CPI. Pero, aunque los Estados han podido aprovechar la oportunidad, no han adoptado las normas que rijan la prioridad de unas jurisdicciones penales nacionales sobre otras para investigar o enjuiciar un asunto”¹⁰⁸⁸.

III. ¿QUÉ MOMENTO VIVES, JURISDICCIÓN UNIVERSAL?

El principio de jurisdicción universal no pasa por su mejor momento. En la actualidad, como señala Maria Chiara MARULLO, “confiar en las virtudes de la

Internacional..., *óp. cit.*, pp. 178-179. En el mismo sentido, FERNÁNDEZ LIESA, C. R., *óp. cit.*, nota a pie de la p. 494.

¹⁰⁸⁷ REMIRO BROTONS, A., “Los crímenes de Derecho internacional y...”, *óp. cit.*, p. 32.

¹⁰⁸⁸ FERNÁNDEZ LIESA, C. R., *óp. cit.*, nota a pie de la pp. 422-423.

jurisdicción universal resulta bastante ingenuo”. Tanto a nivel nacional como internacional, el principio vive una crisis que, sin duda, no es más que la consecuencia de los resultados obtenidos de su aplicación práctica, una *contradicción* continua y permanente entre la universalidad de su objetivo y los intereses individuales estatales¹⁰⁸⁹. Pero ello no debe impedir afirmar que, junto a otros mecanismos internacionales de lucha contra la impunidad, el principio de jurisdicción universal *pueda y deba* seguir ejerciéndose para continuar con la consecución de su objetivo¹⁰⁹⁰.

La evolución del principio, de acuerdo con Maria Chiara MARULLO puede dividirse en tres fases. La primera de ellas, la *fase inicial*, comienza tras la Segunda Guerra Mundial con el establecimiento de diversos mecanismos de lucha contra la impunidad en los diversos tratados internacionales dedicados a graves crímenes concretos. La segunda fase, *la de retroceso*, es aquella en la que se va a ver limitada a través de cambios legislativos llevados a cabo por los Estados con el objetivo de evitar el abuso en su ejercicio frente a los crímenes más graves, teniendo en cuenta, sobre todo, los intereses políticos y económicos y no la defensa de los DDHH y la lucha contra la impunidad¹⁰⁹¹. Sin embargo, como bien señala el juez A. Augusto CANÇADO,

“What jeopardizes or destabilizes the international legal order, are the international crimes, and not the individual suits for reparation in the search for

¹⁰⁸⁹ Tal y como hemos visto en relación a Francia, Bélgica y España (*vid. supra* apdo. I, 3), la jurisdicción universal puede desestabilizar y juridificar las relaciones internacionales. Tim KLUWEN, que toma prestado el término *juridification* de Henry KISSINGER, entiende por tal “the movement (...) to submit international politics to judicial procedures” de forma que, como ocurrió con Francia, Bélgica y España, “with international politics becoming more juridical, the juridical will be increasingly political. The states could (threaten to) use universal jurisdiction as a political tool or could be perceived as doing so in their relations with other States” (KLUWEN, T., “Universal Jurisdiction in Absentia...”, *óp. cit.*, p. 32).

¹⁰⁹⁰ MARULLO, M^a. CH., “La jurisdicción universal...”, *óp. cit.*, pp. 5 y 26-27.

¹⁰⁹¹ David LUBAN apunta que, en la desaparición del impulso del Derecho Penal Internacional o el período de *luna de miel* vivido a partir de la década de los noventa y que ha tenido una duración de unos trece años, se encuentran entre otros *fenómenos* o *síntomas*, el retroceso de la jurisdicción universal. En su opinión, lo que acabó con la jurisdicción universal fue la suposición de que los enjuiciamientos expresan intereses puramente morales y, desafortunadamente, estos intereses morales expresados por los Estados no pueden mantenerse al margen de la política; y gran parte entendió la política de la jurisdicción universal *desagradable*. La jurisdicción universal no se puede normalizar en un Estado de Derecho global, es decir, no puede ignorar a la política pues, mantener una posición contraria, es optar por un pensamiento mesiánico. Lo que sí se puede hacer es que las instituciones judiciales internacionales empujen al sistema político a través de la ley (LUBAN, D., “After the Honeymoon. Reflections on...”, *óp. cit.*, pp. 508-512).

justice. What troubles the international legal order, are the cover-up of such international crimes accompanied by the impunity of the perpetrators, and not the victims' search for justice"¹⁰⁹².

Por último, la tercera fase hace referencia al momento actual, en el que los Estados han replegado sus velas y solicitan normas claras en lo referente a la aplicación del principio de jurisdicción universal: objeto, condiciones de ejercicio y límites. La pregunta esencial sobre la jurisdicción universal sigue siendo la misma:

“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?”¹⁰⁹³.

Ahora bien, esta tercera etapa desvela que la existencia de la jurisdicción universal no está, en realidad, cuestionada. Lo que se pone en duda es la falta de condiciones y límites para un ejercicio seguro de la misma, que es lo que ha llevado a los Estados a modificar legislativamente el principio universal. Sin embargo, a pesar de tales modificaciones y de haber *sucumbido* la expectación puesta en la *capacidad absoluta* de esta institución en la lucha contra la impunidad, como señala Margarita ROBLES, se sigue ejerciendo “con resultados quizás no espectaculares, nunca lo han sido, pero sí apreciables e incluso notables”¹⁰⁹⁴.

Junto a la necesidad que plantean los Estados de tener claras unas reglas del juego, Amnistía Internacional añade un segundo elemento: la necesidad de cooperación penal internacional de los Estados, pues de nada sirve que un Estado ejercite el principio de jurisdicción universal si, cuando solicita a otro la

¹⁰⁹² Asunto *relativo a las inmunidades jurisdiccionales del Estado* (Alemania v. Italia, intervención de Grecia), Opinión disidente del juez Cançado Trindade de 3 de febrero de 2012, párr. 305.

¹⁰⁹³ REYDAMS, L., *Universal Jurisdiction. International and Municipal Legal Perspectives*, Oxford University Press, New York, 2003, p. 2. Como señaló el Relator Especial de Naciones Unidas contra la Tortura, J. E. MÉNDEZ: “actualmente estamos en una fase defensiva que debe durar hasta cuando podamos crear condiciones para pasar al ataque, es decir, diseñar estándares más eficaces para que la Jurisdicción Universal sea más abiertamente aceptada y más apoyada internacionalmente” (MÉNDEZ, J. E., “La necesidad o prescindibilidad de la Jurisdicción Universal como mecanismo de protección de las víctimas”, *Relatoría del I Congreso Internacional sobre la jurisdicción universal*, Madrid, 2014, pp. 76-83, p. 80, disponible en <http://www.fibgar.org/congreso-jurisdiccion-universal/relatoria.pdf>).

¹⁰⁹⁴ ROBLES CARRILLO, M., *óp. cit.*, pp. 94-98.

extradición del presunto responsable para su investigación y enjuiciamiento no le es concedida. De ahí que se señale que:

“Entre los mayores problemas para una eficaz cooperación judicial internacional se pueden mencionar la ya referida injerencia o control por parte del ejecutivo y la falta de voluntad política de varios Estados de llevar a cabo la cooperación convenida en tratados de extradición (...) Ante estas dificultades, los Tribunales españoles que quieren hacer valer la jurisdicción universal en la lucha contra la impunidad se han visto abocados a recurrir o adoptar medidas invocadoras para vencer la falta de voluntad política y apoyo de los Estados”¹⁰⁹⁵.

Para solventar esta falta de voluntad, el Relator Especial propuso, junto a la iniciativa que tuvo el Consejo de la Unión Europea de crear unidades especializadas, tanto policiales como judiciales, responsables de la investigación y enjuiciamiento de crímenes de lesa humanidad, genocidio y crímenes de guerra, la creación de Fiscales especializados para la investigación en estos casos¹⁰⁹⁶. Kai AMBOS señala, en relación a la cooperación horizontal entre Estados soberanos iguales, que depende directamente de la voluntad del Estado en cuestión, estableciendo que la meta, atendiendo a criterios de reciprocidad, debe ser la reducción de obstáculos a esa cooperación¹⁰⁹⁷.

Por último, junto a la necesidad de una regulación del principio de jurisdicción universal y de cumplir con la cooperación judicial estatal en su aplicación, debería aparecer un tercer elemento: el apoyo de la sociedad civil. La abogada y Premio Nobel de la Paz iraní, Shirin EBADI, interpeló al público del congreso FIBGAR, celebrado en Madrid en 2014, de la siguiente manera:

“Quiero hacerles una pregunta: ¿Cómo puede ser que los países que cuentan con un poder judicial independiente y con una situación favorable en cuanto a la democracia, sientan que no tienen ningún tipo de responsabilidad en hacer que el

¹⁰⁹⁵ “España. Ejercer la jurisdicción universal para acabar con la impunidad”, Serie *Estrechando el Cerco*, núm. 2, Amnistía Internacional, EUR41/017/2008, Amnesty International Publications, Reino Unido, 2008, pp. 69-70, disponible en http://iccnow.org/documents/AI_Spain.pdf.

¹⁰⁹⁶ “La existencia de tales unidades sin duda alguna fortalecería la eficaz persecución de los delitos graves de derecho internacional (...). Las unidades especializadas en temas de delitos de derecho internacional existen ya en varios países, como Canadá, Dinamarca, Finlandia, Países Bajos, Noruega y Suecia”, “España. Ejercer la jurisdicción universal para acabar con la impunidad”, Serie *Estrechando el Cerco*, *óp. cit.*, p. 71.

¹⁰⁹⁷ AMBOS, K., “Enjuiciamiento de crímenes internacionales...”, *óp. cit.*, p. 7.

concepto de la justicia sea universalizado? ¿por qué el concepto de solidaridad que vemos por ejemplo ante un terremoto, no existe en el terreno de la injusticia? (...) Si sienten tanto orgullo de que viven en países democráticos y con un poder judicial independiente, tienen ustedes la responsabilidad y la obligación de hacer que la justicia sea un concepto universal”¹⁰⁹⁸.

La observación del sistema de justicia penal internacional, del que forma parte el principio de jurisdicción universal, no puede hacerse desde el prisma estatal, perfecto o eficaz. Al contrario, el principio de jurisdicción internacional se debe entender como un instrumento *complementario* y *necesario*, convirtiéndose en un *aliado* en la lucha contra la impunidad¹⁰⁹⁹. Hoy en día asistimos a un *proceso de globalización judicial* cuando las víctimas de los crímenes más graves del DI acuden a los tribunales de los Estados buscando justicia. Al igual que ocurre con otras materias, se trataría de un efecto expansivo de la *estructura transnacional* del DI que entra en conflicto con las estructuras estatales tradicionales¹¹⁰⁰ y ello conlleva ciertos problemas que deben ser identificados, delimitados y solucionados¹¹⁰¹. Y es que,

¹⁰⁹⁸ EBADI, SH., “Jurisdicción frente a Impunidad”, *Relatoría del I Congreso Internacional sobre la jurisdicción universal*, Madrid, 2014, pp. 92-96, p. 94, disponible en <http://www.fibgar.org/congreso-jurisdiccion-universal/relatoria.pdf>.

¹⁰⁹⁹ MARULLO, M. CH., “La jurisdicción universal: sus altibajos”, *Papeles en el tiempo de los derechos*, núm. 2, 2015, pp. 2-3. En el mismo sentido, María Teresa COMELLAS AGUIRREZÁBAL señala: “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 lo derechos de las víctimas” (“La jurisdicción universal en España tras la reforma de 2009...”, *óp. cit.*, p. 107).

¹¹⁰⁰ “En cierto modo, existe una tensión en estos casos en la que se encuentran presentes dos concepciones de la vida internacional y del Derecho internacional: una clásica, grociana, si se quiere, en la que se prioriza el papel del Estado, de los gobiernos, de la diplomacia, de las relaciones interestatales; hay una reacción intergubernamental que trata de preservar el viejo sistema de Estados. En frente, hay una eclosión de lo transnacional, de una visión cosmopolita de la vida internacional que conduce a una juridificación profunda de las relaciones internacionales y que exige una justicia individual transnacional, sin fronteras. A través del Derecho internacional penal se modifica la apreciación de la propia política internacional en cuanto que su concepción, desarrollo y ejecución no puede pasar por alto el respeto de valores fundamentales de la comunidad internacional” (VIVES CHILLIDA, J., “La evolución jurídica internacional de los...”, *óp. cit.*, p. 340).

¹¹⁰¹ Como ha señalado Francisco JIMÉNEZ, “este principio [de jurisdicción universal] se refiere a dos cuestiones básicas de carácter complementario: la reglamentación del principio estructural encarnado en el Derecho internacional de los derechos humanos en su máxima expresión, la prohibición de los crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad (*justicia universal*) y la función de distribución u ordenación de competencias y de estructuración de la cooperación realizadas desde el Derecho internacional para hacer efectivo el anterior principio estructural así como el conjunto de obligaciones emanado de él (*jurisdicción universal*). No se trata, por lo tanto,

“El principio de justicia universal constituye uno de los elementos estructurales sobre los que se articula la sociedad internacional de “comunidad de intereses” en que determinados fines, propios de la comunidad internacional como grupo humano universal, son objeto de tutela por las normas de Derecho internacional. Aporta, además, una dimensión instrumental a los conceptos sustantivos - constitucionales- referentes al *ius cogens*, a las obligaciones *erga omnes* y a los crímenes internacionales. No se trata de una idea nueva, lo que sucede es que no ha dejado de ser eso, una idea, una formulación jurídica constreñida y coartada por el espíritu de *lege ferenda* que, salvo puntuales excepciones, ha resultado extraña a toda facticidad”¹¹⁰².

Es en este concepto de *idea o formulación jurídica* del principio de jurisdicción universal donde se ha movido buena parte de la doctrina, que Jordi NIEVA-FENOLL resume muy bien con la siguiente frase: “Con muy buena voluntad se empezó la casa por el tejado”¹¹⁰³. Sin embargo, las últimas *evidencias*, las *dificultades* por las que atraviesa, así como los *costes* que conlleva el ejercicio de jurisdicción universal ponen de manifiesto dos ideas:

“que el éxito de la Justicia Universal no depende tanto de sus costes sino de que los seres humanos y nuestras sociedades entiendan y asuman de verdad que la comisión de crímenes contra la humanidad es condenable en todo caso y que debe ser perseguido en cualquier tipo de circunstancia porque eso proporciona un beneficio moral superior a cualquier otro coste”¹¹⁰⁴.

exclusivamente de un título de atribución de competencia a los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros de la comunidad internacional (*competencia universal*), sino que se vincula con la dimensión funcional del sistema internacional en la ordenación de ámbitos en los que el Derecho internacional atribuye potestades o competencias y legitima la actuación de los Estados conforme a los procedimientos de cooperación previstos en él, desautorizando la invocación de “injerencia en asuntos internos” que pudiera ser alegada por el Estado requerido, sin olvidar la incidencia que, sobre la estructura jurídica del sistema internacional, provoca la consolidación de la responsabilidad internacional del individuo” (JIMÉNEZ GARCÍA, F., “Justicia universal e inmunidades estatales...”, *óp. cit.*, p. 73).

¹¹⁰² JIMÉNEZ GARCÍA, F., “Justicia universal e inmunidades estatales...”, *óp. cit.*, p. 72.

¹¹⁰³ NIEVA-FENOLL, J., *óp. cit.*, p. 137.

¹¹⁰⁴ TORRES, J., “Los costes de la jurisdicción universal”, *Relatoría del I Congreso Internacional sobre la jurisdicción universal*, Madrid, 2014, p. 30, disponible en <http://www.fibgar.org/congreso-jurisdiccion-universal/relatoria.pdf>.

El principio de jurisdicción universal necesita, precisamente para ser universal, de un reconocimiento generalizado de los Estados¹¹⁰⁵ y voluntad de la Comunidad Internacional¹¹⁰⁶. Así, como señala David LUBAN en relación al éxito de la entonces joven CPI y su proyección normativa, podemos decir en relación a la jurisdicción universal:

“Nadie dijo que iba a ser fácil”, “Los rumores de mi fallecimiento son muy exagerados”. O incluso: “¡Mantened el rumbo! (...) [Aunque] el cliché que parece más apropiado es la famosa evaluación de la Revolución Francesa: “Es muy pronto para decirlo”¹¹⁰⁷.

¹¹⁰⁵ “No basta, en absoluto, con que la reconozcan algunos tribunales de unos pocos Estados de forma unilateral. (...) Si se echa la vista atrás y se observa qué países han aplicado, con cierta efectividad, la jurisdicción universal, el resultado es auténticamente decepcionante. (...) Se ha querido avanzar en esta materia a golpes mediáticos -aunque con un trasfondo aterrador en cuanto a los hechos imputados- (...). Pero todos esos casos (...), para desgracia y frustración de los miles de víctimas, acabaron en nada. Como mucho supusieron la incomodidad temporal de algunos de los imputados, que desde luego no es consuelo, porque para nada es comparable con el irreparable dolor sufrido por las víctimas. (...)”, NIEVA-FENOLL, J., *óp. cit.*, pp. 137-138.

¹¹⁰⁶ “Hacer justicia y devolver la dignidad a las víctimas son los objetivos subyacentes de cada palabra de esta contribución, y no deberían ser desestimados por la idea de que la jurisdicción universal es un mero sueño de los académicos y los idealistas”, GÓMEZ-BENÍTEZ, J. M., “Complementariedad de la Corte Penal Internacional...”, *óp. cit.*, p. 27.

¹¹⁰⁷ LUBAN, D., “After the Honeymoon...”, *óp. cit.*, pp. 514-515. Y es que, como señala Manuel M. VERGARA CÉSPEDES, “la jurisdicción universal es un instrumento de uso extraordinario para la lucha contra la impunidad y al servicio de las víctimas de todo el mundo. Por tanto, los indicadores que permitan evaluar su eficacia también deberán ser extraordinarios. Eso excluye la simplista ecuación de “eficacia = número de condenas” (“La jurisdicción universal sigue siendo útil”, *Confilegal*, 4 de junio de 2017).

CAPÍTULO IV. La evolución del principio de jurisdicción universal en el ordenamiento jurídico español

“Et si aquel que fizo el yerro, fuese home que anduviese fuyendo de un lugar a otro, de manera que non lo pudiesen fallar, do fizo el alfecho, nin do ha la mayor parte de sus bienes o do ha la mayor morada, entonces á este atal en cualquier lugar quel fallen lo pueden acusar, et él es tenudo de responder al acusamiento”

Siete Partidas, 1265

I. LA LEY ORGÁNICA 6/1985, DE 1 DE JULIO, DEL PODER JUDICIAL Y LAS MODIFICACIONES LEGISLATIVAS DEL PRINCIPIO DE JURISDICCIÓN UNIVERSAL EN ESPAÑA

Algunos autores señalan como antecedentes de la justicia universal en España *Las Siete Partidas* de 1265 y la *Ley provisional sobre organización del Poder judicial* de 1870¹¹⁰⁸, que contemplaba una serie de delitos competencia de los tribunales españoles, con independencia de la nacionalidad de sus perpetradores, cuando éstos se cometieran fuera de España¹¹⁰⁹.

¹¹⁰⁸ *Ley Provisional sobre organización del poder judicial*, de 15 de septiembre de 1870, *Gaceta de Madrid* núm. 258, de 15 de septiembre, disponible en <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Compendio-de-Derecho-Judicial/Normativa-historica/Ley-provisional-sobre-organizacion-del-Poder-judicial--de-15-de-Septiembre-de-1870>.

¹¹⁰⁹ El artículo 336 de la *Ley provisional sobre Organización del poder Judicial* de 1870 “amparaba, en su extensión espacial, intereses nacionales (principio de protección) e intereses supranacionales (principio de jurisdicción universal) con la única limitación de que los presuntos responsables hubieren sido juzgados en el extranjero” (*ne bis in idem*) e, incluso, el artículo 338 “permitía el inicio de acciones penales al amparo del principio de jurisdicción universal, aunque el presunto responsable de los hechos no se encontrare en territorio del Estado español” (jurisdicción *in absentia*) (OLLÉ SESÉ, M., *Justicia universal para...*, *óp. cit.*, pp. 357-358). Sin embargo, debemos ser cautos pues, como señala Abraham MARTÍNEZ ALCANIZ, en este artículo 336 se encontraban los delitos contra la seguridad exterior del Estado y los delitos de lesa majestad, rebelión, falsificación de la estampilla real, o de la firma de los ministros o de otros sellos públicos, entre otros, relacionados con los intereses del Estado (*óp. cit.*, pp. 487-488). Ahora bien, los delitos contra la seguridad exterior del Estado también incluían la piratería y los delitos contra el Derecho de Gentes.

Tras la Constitución Española de 1978, los principios que regulan el ejercicio de la jurisdicción española se recogen en la *Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial*¹¹¹⁰. En concreto, el principio de jurisdicción universal aparecía en el artículo 23, apartado 4º, que señalaba:

“4. Igualmente será competente la jurisdicción española para conocer de los hechos cometidos por españoles o extranjeros fuera del territorio nacional susceptibles de tipificarse, según la ley penal española, como alguno de los siguientes delitos:

- a) Genocidio.
- b) Terrorismo.
- c) Piratería y apoderamiento ilícito de aeronaves.
- d) Falsificación de moneda extranjera.
- e) Los relativos a la prostitución.
- f) Tráfico ilegal de drogas psicotrópicas, tóxicas y estupefacientes.
- g) Y cualquier otro que, según los tratados o convenios internacionales, deba ser perseguido en España”¹¹¹¹.

Nos encontramos, apartados a) a f), ante un elenco cerrado de delitos que comparten un único bien jurídico común: la protección de la humanidad en su

¹¹¹⁰ *Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial*, BOE núm. 157, de 2 de julio de 1985. En su artículo 23, se recogían los *principios de extensión territorial, de extraterritorialidad o jurisdicción extraterritorial*, estos son: el principio de territorialidad o *forum delicti commissi* (art. 23.1 LOPJ), el principio de personalidad activa (art. 23.2 LOPJ), el principio real o de protección (art. 23.3 LOPJ) y el principio de jurisdicción universal (art. 23.4 LOPJ). Como hemos venido señalando, no recogía la ley el principio de personalidad pasiva (Un análisis del procedimiento legislativo hasta su aprobación definitiva en sede parlamentaria puede encontrarse en LEDESMA BARTRET, F., “La justicia universal”, *óp. cit.*, p. 35). Amnistía Internacional, en un interesante análisis, ha clasificado la evolución del principio de justicia universal en tres etapas. La versión recogida en el artículo 23.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial 6/1985 habría establecido un *principio de jurisdicción universal puro*. Más tarde, con la reforma llevada a cabo con la Ley Orgánica 1/2009 se habría establecido un *principio de jurisdicción universal desvirtuado*, que “sustituyó la universalidad de la competencia por vínculos de conexión con España”; y, en tercer lugar, la LO 1/2014 estableció la *restricción de la jurisdicción universal en España*, vulnerando así las obligaciones internacionales, estableciendo una serie de vínculos para cada uno de los delitos más estrictos aún que los establecidos en la propia normativa internacional (*Análisis de Amnistía Internacional sobre la reforma de la jurisdicción universal en España tras la aprobación de la LO 1/2014*, Amnistía Internacional, Madrid, 2014, pp. 11-12).

¹¹¹¹ Como señala Antonio REMIRO BROTONS, no estamos ante “una disposición modélica, mezclado el genocidio con una serie heterogénea de delitos, emboscados los crímenes de guerra bajo una alusión genérica a los “tratados o convenios internacionales” que obligan a perseguirlos en España, ignorados los crímenes de lesa humanidad (que sólo se tipifican en 2004), lo que obligaba a interpretaciones audaces de otros tiempos para la justicia universal” (“Malos tiempos para...”, *óp. cit.*, pp. 391-410 (versión cedida por el autor, pp. 1-21, p. 10).

conjunto¹¹¹². Por su parte, el apartado g) incluye una cláusula cajón desastre que permitía a España “cumplir el sistema de eficacia del DIH”, pues en ella, como señala la profesora Alicia GIL, estarían incluidas las infracciones más graves del DIH¹¹¹³. Sin embargo, la doctrina ha manifestado serias dudas sobre el alcance de esta cláusula en el sentido de si pueden perseguirse en España los delitos sin que hayan sido mencionados expresamente en los apartados anteriores del propio artículo¹¹¹⁴.

La cláusula g), por contraposición a las sucesivas reformas que estudiaremos, no establecía comprobación previa, requisito o límite alguno para el ejercicio del principio de justicia universal por la Sala de lo Penal de la AN¹¹¹⁵ o, si el delito tenía previsto una pena superior a los 5 años de privación de libertad, por el Juzgado Central de lo Penal de la AN. Se había establecido, por tanto, una *jurisdicción universal absoluta, pura, amplia*¹¹¹⁶ en línea con la *naturaleza excepcional* de los delitos a los que estaba enfocada¹¹¹⁷ (*vid. supra* Capítulo I, apdo. I, 3). Es decir, no se establecía vínculo alguno con el Estado español para el ejercicio del principio de jurisdicción universal y no es de extrañar, pues, por aquél entonces España se incorporaba al orden internacional como *Estado social y democrático de derecho*¹¹¹⁸ desde dos perspectivas: por un lado, la ratificación de

¹¹¹² Los crímenes contemplados en los apartados a) a f) pueden ser divididos en dos grupos: los perseguibles extraterritorialmente y los perseguibles por encontrarse recogidos en un tratado internacional (GIMENO SENDRA, V., *Derecho Procesal Penal*, Colex, Madrid, 2004, pp. 118-119).

¹¹¹³ GIL GIL, A., “España”, *óp. cit.*, p. 362.

¹¹¹⁴ OLLE SESÉ, M., *Justicia universal para...*, *óp. cit.*, pp. 214-215. A favor, MARTÍNEZ ALCAÑIZ, A., *óp. cit.*, p. 487.

¹¹¹⁵ Artículo 65 de la LOPJ: “La Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional conocerá: 1º Del enjuiciamiento, salvo que corresponda en primera instancia a los Juzgados Centrales de lo Penal, de las causas por los siguientes delitos: (...) e) Delitos cometidos fuera del territorio nacional, cuando conforme a las leyes o a los tratados corresponda su enjuiciamiento a los Tribunales españoles”.

¹¹¹⁶ “En la Ley Orgánica del Poder Judicial del 1985 (...), se configuró un principio de justicia universal amplio, casi sin límites desde el punto de la competencia objetiva. La capacidad de los Juzgados y Tribunales españoles para conocer del asunto penal no se correspondía con la aplicación del “*fórum delicti comissi*” o lugar de comisión del delito (...). Supone y suponía así un quiebro a la regla general de la competencia territorial/objetiva por razones de interés superior y por aplicación de los tratados y convenios que válidamente ratificados y publicados, forman parte del ordenamiento jurídico y obligan a las autoridades españolas, como así lo establece el artículo 96 de la Constitución española” (BONET ESTEVA, M., *óp. cit.*, pp. 7-8).

¹¹¹⁷ BONET ESTEVA, M., *óp. cit.*, 2015, p. 8.

¹¹¹⁸ Artículo 1.1 de la Constitución Española de 1978: “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”.

textos internacionales (fundamentalmente los relativos a los DDHH) y la entrada en la UE y en el entramado de las relaciones internacionales¹¹¹⁹.

Sin embargo, como veremos en los epígrafes siguientes de este capítulo, no ha sido esta la tendencia que ha perdurado con el paso del tiempo, ya que, como se verá, la jurisdicción universal en España ha ido reduciéndose, reforma tras reforma, convirtiendo aquella originaria *jurisdicción universal pura* en una *jurisdicción universal relativa*¹¹²⁰. Vamos a ir observando cómo, con cada una de las modificaciones venideras que va a experimentar la LOPJ, si bien va a ir en aumento el número de delitos que caen dentro del paraguas de la jurisdicción universal, también va a ser más amplio el establecimiento de los vínculos de conexión asociados a cada delito que deben cumplirse para ejercer el principio universal, lo que tendrá como consecuencia un vacío de contenido de la jurisdicción universal (*vid. supra* Capítulo III, apdo. I, 1, 1.1).

Es conveniente poner de manifiesto también cómo, en relación con la Ley Orgánica (en adelante, LO) 6/1985, el artículo 23.5 señala que “para que los tribunales españoles tuvieran jurisdicción sobre los mismos [delitos del artículo 23.3 y 23.4]” es necesario 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” (art. 23.2.c. LOPJ). De esta forma, para que los tribunales españoles tuvieran jurisdicción sobre esos delitos y poder aplicar así el principio de jurisdicción universal, únicamente se establecían tres requisitos: que se hubieren cometido fuera del territorio nacional, que la acción

¹¹¹⁹ En este sentido, Fermín MORALES PRATS señala: “Puede avanzarse que este proceso corre paralelo a la incorporación de España como país democrático a dos aspectos del panorama mundial: por una parte firma los protocolos, convenios y tratados de protección de derechos humanos hasta la ratificación de su sumisión al Tribunal penal internacional y, por otro lado, la entrada definitiva en las complejas relaciones económicas del mercado internacional tanto como miembro de la Unión Europea como con la firma de tratados comerciales de gran trascendencia de tipo bilateral. Devolviéndonos a la heterogeneidad de intereses protegidos (...) o a la superposición de planos políticos y económicos” (“La reforma del principio de justicia universal”, *Derecho y Proceso Penal*, núm. 35, 2014, p. 13). En el mismo sentido, MARTÍNEZ ALCANIZ, A., *óp. cit.*, p. 491.

¹¹²⁰ En este sentido, Lorenzo M. BUJOSA VADELL: “En los últimos 40 años, el principio de justicia universal ha ido transformándose con las sucesivas reformas de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ). Podrá comprobarse cómo se ha pasado de una concepción abierta o absoluta de este principio a otra restrictiva” (“En torno a la reforma del principio de justicia universal en la Jurisdicción española”, *Diario La Ley*, núm. 7.298, sección tribuna, de 4 de diciembre de 2009, p. 2).

constituyera un delito de acuerdo a la ley española y que no existiera cosa juzgada¹¹²¹.

Más tarde, la LO 11/1999¹¹²² modificó por primera vez el artículo 23.4 de la LOPJ para ampliar el número de delitos¹¹²³ que podían ser objeto de la jurisdicción internacional y adaptarse así al Código Penal que había entrado en vigor aproximadamente cuatro años antes¹¹²⁴. En concreto, la Exposición de Motivos de la LO 11/1999, párrafo 9, señala:

“se han modificado las reglas sobre competencia extraterritorial previstas en el artículo 23 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, a fin de aplicar igualmente el principio de universalidad a los delitos de corrupción de menores o incapaces, por considerarlos en el actual momento histórico al menos de tanta trascendencia internacional como los delitos relativos a la prostitución, al responder unos y otros a la categoría internacional de delitos de explotación de seres humanos, renunciando, además, al principio de la doble incriminación cuando no resulte necesario en virtud de un tratado internacional o de un acto normativo de una organización internacional de la que España sea parte”.

De ahí que el artículo 23.4 viera modificada su redacción únicamente en la letra e), de forma que, junto al delito de prostitución, se incluían ahora los de corrupción de menores o incapaces:

“e) Los delitos relativos a la prostitución y los de corrupción de menores o incapaces”.

La modificación del artículo 23.4 de la LOPJ trae causa de las obligaciones internacionales contraídas por España, entre otras, el *Convenio para la represión de*

¹¹²¹ “El legislador (...) ha querido que, respecto de los principios de protección y de persecución universal (...), los tribunales españoles puedan ejercer su jurisdicción con menores condicionamientos (...) lo que se convierte en una mayor protección o tutela a los sujetos pasivos y víctimas de los delitos objeto de aquellos principios”, OLLÉ SESÉ, M., *Justicia universal para...*, *óp. cit.*, p. 362. A diferencia de lo que ha ocurrido con la modificación llevada a cabo con la LO 1/2014 (*vid. infra* apdo. II).

¹¹²² *Ley Orgánica 11/1999, de 30 de abril, de modificación del Título VIII del Libro II del Código Penal, aprobado por Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, BOE núm. 104, de 1 de mayo de 1999.*

¹¹²³ Se incluyeron así los delitos relativos a la corrupción de menores o incapaces.

¹¹²⁴ *Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, BOE núm. 281, de 24 de noviembre de 1995.*

la trata de personas y de la explotación de la prostitución ajena de 1949¹¹²⁵ y el Protocolo Facultativo a la Convención sobre los Derechos del Niño sobre la participación de niños en conflictos armados de 2000¹¹²⁶. La redacción de esos nuevos delitos en la letra e) del artículo 23.4 de la LOPJ resultó, con todo, poco acertada pues surgen dudas sobre si, tras la reforma de 1999, los delitos objeto de la jurisdicción universal (prostitución y corrupción) sólo pueden ser objeto de la misma cuando hace referencia a menores o incapaces o, por el contrario, el delito relativo a la prostitución puede cometerse contra cualquier persona, mientras que el de corrupción únicamente contra menores o incapaces.

En palabras de la profesora Esperanza ORIHUELA, el artículo 23.4 de la LOPJ de 1985 era:

“Una disposición que dotaba a nuestro país de una regulación amplia del principio de jurisdicción universal y lo situaba entre los Estados que poseían leyes progresistas y admirables con las que contribuir a la lucha contra la impunidad y a la eficacia de los derechos de las víctimas -acceso a la justicia y reparación-”¹¹²⁷.

1. LA LEY ORGÁNICA 18/2003, DE 10 DE DICIEMBRE, DE COOPERACIÓN CON LA CORTE PENAL INTERNACIONAL

España ratificó el Estatuto de la Corte Penal Internacional a través de la Ley Orgánica 6/2000, de 4 de octubre¹¹²⁸ y mediante la *Ley Orgánica 18/2003, de 10 de diciembre, de Cooperación con la Corte Penal Internacional*¹¹²⁹, de apenas 25

¹¹²⁵ Convenio para la represión de la trata de personas y de la explotación de la prostitución ajena, firmado en Lake Success, Nueva York, el 21 de marzo de 1950, BOE núm. 230, de 25 de septiembre de 1950.

¹¹²⁶ Protocolo Facultativo a la Convención sobre los Derechos del Niño sobre la participación de niños en conflictos armados, hecho en New York, el 25 de mayo de 2000, BOE núm. 92, de 17 de abril de 2002.

¹¹²⁷ El artículo 23.4 ha sido modificado hasta en siete ocasiones: tres de ellas (1999, 2005 y 2007) para aumentar el número de delitos enumerados, otras tres (2003, 2009 y 2014) para establecer limitaciones y la última (2015) para “ampliar las posibilidades de enjuiciamiento” del delito de terrorismo, ORIHUELA CALATAYUD, E., *La jurisdicción universal en...*, óp. cit., p. 24.

¹¹²⁸ Ley Orgánica 6/2000, de 4 de octubre, por la que se autoriza la ratificación por España del Estatuto de la Corte Penal Internacional, BOE núm. 239, de 5 de octubre de 2000.

¹¹²⁹ Ley Orgánica 18/2003, de 10 de diciembre, de Cooperación con la Corte Penal Internacional, BOE núm. 296, de 11 de diciembre de 2003. Sobre el Anteproyecto de Ley Orgánica de cooperación con

artículos, se dio forma a los compromisos internacionales asumidos contenidos en el Estatuto. Esta fue la primera reforma que sufrió el principio de jurisdicción universal en España. La materialización de dichos compromisos internacionales se formalizó también a través de la *Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal*¹¹³⁰.

La modificación del principio de jurisdicción universal, recogido en el artículo 23.4 de la LOPJ, se llevó a cabo por el artículo 7 de la LO 18/2003, cuyo apartado 1º señalaba:

“Corresponde exclusivamente al Gobierno, mediante Acuerdo del Consejo de Ministros, a propuesta del Ministro de Asuntos Exteriores y del Ministro de Justicia decidir la presentación de la denuncia de una situación ante el Fiscal de la Corte (...)”¹¹³¹.

la Corte Penal Internacional y su conflictivo, por restrictivo, artículo 7.2 (los órganos judiciales españoles y el Ministerio Fiscal deberían “abstenerse de proceder, cuando los presuntos autores no sean españoles, se trate de hechos sucedidos en otros Estados, y los delitos sean de la competencia objetiva de la Corte”) finalmente modificado, véase SÁNCHEZ LEGIDO, Á., “El fin del modelo español...”, *óp. cit.*, pp. 19-20.

¹¹³⁰ *Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal*, BOE núm. 283, de 26 de noviembre de 2003.

¹¹³¹ Como señala la Exposición de Motivos de la LO 15/2003, 5º párrafo: “La ley regula con particular cuidado el llamado «mecanismo de activación», a través de la denuncia por España de una situación que podría ser de la competencia de la Corte, configurándose como una competencia exclusiva del Gobierno en razón a las diversas variables de política exterior que deben ser ponderadas por el órgano constitucionalmente responsable de la política exterior, “así lo declaró la Sección 7ª de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo, en Auto de 16 de febrero de 2000, a propósito de la decisión del Gobierno español de no interponer recurso ante los Tribunales del Reino Unido en el caso del Senador Pinochet. Dijo la Sala al respecto que “tal pretendido recurso ha de enmarcarse en el ámbito de lo que es dirección de la política exterior que corresponde al Gobierno”. Sin embargo, añade, “entiende este Consejo que la decisión del Gobierno no puede adoptarse sin haber recabado la opinión del órgano judicial, al menos en los casos en los que está conociendo el asunto”, *Informe al Anteproyecto de Ley Orgánica de cooperación con la Corte Penal Internacional*, CGPJ, de 14 de octubre de 2003, pp. 20-21, disponible en <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/Consejo-General-del-Poder-Judicial/Actividad-del-CGPJ/Informes/Informe-al-anteproyecto-de-Ley-Organica-de-cooperacion-con-la-Corte-Penal-Internacional>. Y, yendo un poco más allá, no sólo es necesaria, junto a la decisión del Gobierno, la decisión del poder judicial, sino que Manuel OLLÉ SESÉ señala también como necesaria la opinión del Ministerio Fiscal y, sobre todo, que se sean oídas las víctimas, aún teniendo en cuenta que es el Gobierno el que dirige la política interior o exterior de acuerdo con el artículo 97 de la CE (“Crímenes contra la humanidad y jurisdicción Universal”, *La Ley Penal*, núm. 25, 2006, pp. 5 y ss.). Por su parte, Cristina RODRÍGUEZ YAGÜE alerta de los riesgos de excluir al poder judicial y al Ministerio Fiscal en la presentación de denuncias ante la CIJ, pudiendo suponer “una politización del ejercicio de la acción penal en la persecución de crímenes contra la Humanidad” (“Criterios de resolución de conflictos entre la Corte Penal Internacional y tribunales *ad hoc* y la jurisdicción española: a vueltas con al justicia universal”, *REEL*, núm. 14, diciembre 2007, p. 14). Fue con base en este artículo 7.1 de la LO 18/2003 que el juez José DE LA MATA, en el asunto *Flotilla de la Libertad* (Auto del JCI núm. 5, de 10 de junio de 2015, que archiva el caso), asumiera un papel *pro activo* e instara, no sólo a las partes, sino también al Estado Español a que evaluara la

Por su parte, el apartado 2º del mismo artículo 7 de la Ley Orgánica 18/2003 señala:

“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”¹¹³².

De forma que, en el caso de que el delito se haya cometido en España o haya sido cometido por un español, será la jurisdicción española la que conocerá del asunto a través del principio de territorialidad o del principio de personalidad activa, respectivamente. Sin embargo, la competencia de los tribunales internos se ve restringida, debiendo abstenerse de proceder de oficio, cuando se encuentren ante un hecho delictivo cuya competencia objetiva la tiene la CPI¹¹³³ y los hechos hayan sido cometidos, bien en el territorio de otro Estado, bien por personas que no sean nacionales españoles. En tal caso, deberán los jueces, tribunales o fiscales

conveniencia de iniciar este mecanismo y se denunciaran los hechos ante la Fiscalía de la CPI, basándose, además, en un informe del Fiscal de la CPI de 6 de noviembre de 2014 que concluye que el abordaje a la Flotilla de la Libertad podía ser constitutivo de un crimen de guerra (PIERNAS LÓPEZ, J. J., ESTEVE MOLTÓ, J. E. y VÁZQUEZ SERRANO, I., “Decisiones de los órganos judiciales”, *AEDI*, núm. 31, 2015, pp. 367-457, p. 385).

¹¹³² El artículo 7.2 recogido en el Proyecto de Ley señalaba: “(...) posibilidad de acudir directamente al Fiscal de la Corte, que podrá, en su caso, iniciar una investigación. En iguales circunstancias, los órganos judiciales y el Ministerio Fiscal se abstendrán de proceder de oficio” (*BOCG*, Proyectos de Ley, 13 de junio de 2003). Se añade en la versión final “sin perjuicio de adoptar, si fuera necesario, las primeras diligencias urgentes para las que pudieran tener competencia”.

¹¹³³ Teniendo en cuenta la existencia del principio de complementariedad, nos resulta difícil entender las afirmaciones de algunos autores al señalar: “Evidentemente no nos parece desacertado que el sistema jurisdiccional español ceda frente a un órgano internacional “superior” encargado de ejercitar la jurisdicción penal sobre crímenes internacionales. Ello evita, lógicamente, posibles conflictos o tensiones entre Estados, los cuales pueden sufrir graves amenazas o fuertes presiones como consecuencia de una invocación reiterada del principio de universalidad por parte de sus propios tribunales” (HELLMAN, J., *Jurisdicción universal sobre crímenes internacionales...*, *óp. cit.*, pp. 217-218).

españoles no continuar con la denuncia o querrela e informar a quien la haya interpuesto de la opción de “acudir directamente al Fiscal de la Corte”. Es, por lo tanto, única y exclusivamente, una restricción del principio de justicia universal¹¹³⁴ (ni el principio de personalidad territorial ni el principio de personalidad activa son limitados en la reforma), dándose prioridad a la CPI, aun en el caso de que el presunto responsable se encuentre en el España (*jurisdicción universal territorial*)¹¹³⁵. Y así se señaló también en el *Informe al Anteproyecto de Ley Orgánica de cooperación con la Corte Penal Internacional*, del Consejo General del Poder Judicial (en adelante, CGPJ), en relación al artículo 7:

“Este precepto tiene carácter de orgánico (...) lo que resulta necesario si se tiene en cuenta que este precepto matiza el principio de jurisdicción universal (...) suponiendo una restricción a la extraterritorialidad de la ley española (...).

Esta limitación impide que los Tribunales españoles puedan atribuirse con preferencia a la Corte Internacional la competencia para enjuiciar crímenes de Derecho internacional (...). Por tanto, la competencia de la Corte es subsidiaria sólo en el caso en que los órganos españoles tengan jurisdicción, bien porque el delito sea cometido en territorio español, bien porque sea cometido por españoles.

El principio de justicia universal se fundamenta en la idea de que el Derecho internacional dispone que ciertos delitos puedan ser sancionados por cualquier Estado porque los infractores son enemigos de toda la humanidad y todas las naciones tienen el mismo interés en su captura y castigo. Pero este principio se somete a limitaciones estableciendo fueros preferentes conforme a principios también de Derecho internacional como el principio de no intervención.

Por lo dicho, la amplitud con la que se establece este principio en el art. 23.4 LOPJ, en la regulación vigente y sin perjuicio de una eventual reforma de futuro, debe ser matizada, pues en caso contrario puede conducir a una exagerada ampliación de la

¹¹³⁴ Es por ello que Antoni PIGRAU SOLÉ señala que, “más que resolver eventuales conflictos de jurisdicción, parece tratar de evitarlos” (“Desvirtuando la jurisdicción universal en España: del caso Guatemala a la Ley Orgánica 18/2003 de Cooperación con la Corte Penal Internacional”, VARGAS GÓMEZ-URRUTIA, M. y SALINAS DE FRÍAS, A. (Coords.), *Soberanía del Estado y derecho internacional: homenaje al profesor Juan Antonio Carrillo Salcedo*, Tomo I, Universidad de Córdoba, Universidad de Sevilla, Universidad de Málaga, Sevilla, 2005, pp. 1059-1083, p. 1079).

¹¹³⁵ “De manera que se descarta totalmente que tal título de jurisdicción [universal] pueda obstaculizar, en lo que a los tribunales españoles se refiere, el funcionamiento de la Corte”, SÁNCHEZ LEGIDO, A., *Jurisdicción universal penal y...*, *óp. cit.*, nota a pie 685, p. 319. En este sentido, el diputado del Grupo Socialista, Diego LÓPEZ GARRIDO señaló: “¿Cómo se le va a decir a una persona, que sabe que existe alguien que está viviendo en España, que ha torturado o matado a españoles, que España no va a conocer de ese delito, porque se produjo fuera de España y que, en su caso, tendrá que irse a litigar a la Corte Penal, a la Haya? Eso es contrario al principio de la tutela judicial efectiva del art. 24 de la Constitución” (PIGRAU SOLÉ, A, “Desvirtuando la jurisdicción universal en España...”, *óp. cit.*, p. 1081).

jurisdicción de los Tribunales españoles. Como regla general, el principio de territorialidad delimita la jurisdicción nacional, pues es un principio admitido que las leyes penales sólo se aplican en el ámbito territorial en el que el Estado que las dicta ejerce su *ius puniendi*. El principio de universalidad supone, por ello, el otorgar validez extraterritorial a la norma penal nacional, y en consecuencia una ampliación del *ius puniendi* de un Estado. Si se tiene en cuenta que esta ampliación puede suponer un conflicto de jurisdicción con relación al Estado competente territorialmente, aquella justicia universal sólo puede afirmarse cuando el Estado nacional no persiga el hecho. Y en estos casos, la Corte Penal internacional, constituida con este fin, tiene jurisdicción preferente con relación a otras jurisdicciones nacionales”¹¹³⁶.

Por lo tanto, de todos los títulos jurisprudenciales de actuación extraterritorial de la ley penal española, el Estado español sólo renuncia al ejercicio de la acción cuando se trata de ejercer el principio de jurisdicción universal, no cuando hablamos del principio de territorialidad o del de personalidad activa o del principio real; y siempre y cuando se trate de situaciones en las que “la CPI esté dispuesta a ejercer su competencia, no aquellos otros en los que la CPI no quiera o no pueda hacerlo” permitiendo, en este último caso, al Estado español recuperar su competencia¹¹³⁷. Por lo tanto, podemos afirmar que la LO 18/2003 ha supuesto una limitación procesal del alcance del principio de jurisdicción universal por parte del Estado español, siempre y cuando el ECPI lo permita y aún en el caso de que la Corte tenga competencia. Así las cosas:

¹¹³⁶ Informe al Anteproyecto de Ley Orgánica de cooperación con la Corte Penal Internacional, CGPJ, de 14 de octubre de 2003, pp. 15-17, disponible en <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/Consejo-General-del-Poder-Judicial/Actividad-del-CGPJ/Informes/Informe-al-anteproyecto-de-Ley-Organica-de-cooperacion-con-la-Corte-Penal-Internacional>. Como señala Antoni PIGRAU SOLÉ: “La combinación de la restricción de la acción de los tribunales españoles sobre la base de una especie de presunción de preferencia de la Corte salvo en los casos en que el delito sea cometido en territorio español o cometido por españoles, con las limitaciones y condiciones que, en realidad, el Estatuto de Roma impone a la CPI, genera un espacio de impunidad, que sería enorme y difícilmente subsanable si todos los Estados adoptaran la misma posición legislativa” (“Desvirtuando la jurisdicción universal en España...”, *óp. cit.*, pp. 1079-1080).

¹¹³⁷ “Ahora bien, no se sabe cómo se compagina esta “ida y vuelta” de la jurisdicción con el principio *non bis in idem*, que aunque no esté expresamente formulado en el Estatuto de Roma, no se puede negar que inspira su artículo 20 relativo a la cosa juzgada. Esta objeción, no obstante, no es exclusiva de la normativa belga, sino que también se presenta para España en su recién aprobada Ley Orgánica 18/2003, de 10 de diciembre de cooperación con la Corte Penal Internacional (BOE, de 11 de diciembre de 2003)”, LÓPEZ-JACOISTE DÍAZ, M^a. E., “Comentarios a la ley belga...”, *óp. cit.*, p. 848.

“Si la Corte está actuado efectivamente, no es necesario que España ejerza su competencia extraterritorial en aplicación del principio de justicia universal. Pero por las mismas razones de complementariedad recíproca (...) los tribunales españoles deberían ejercer su competencia si la CPI no puede o no quiere intervenir. Y ello no lo impiden los artículos 7 y 8 de la LOCCPI. El artículo 7 permite ejercer la competencia española en defecto de la CPI y el art. 8 limita la retirada de la competencia española a los casos en que la CPI está ejerciendo su competencia. Uno y otro precepto sólo impiden que el Estado español ejerza la justicia universal *por delante* de la CPI, lo que cabe admitir como razonable”¹¹³⁸.

Por lo que respecta al principio universal, su modificación ha sido justificada por parte de la doctrina como una solución para evitar “la concurrencia simultánea de dos instrucciones judiciales sobre el mismo hecho”¹¹³⁹, la llevada a cabo por la jurisdicción de la CPI y la instrucción desarrollada por los tribunales españoles. Ahora bien, tres son las cuestiones que nos surgen al respecto. En primer lugar, ¿qué ocurriría si la Corte no diera trámite a la causa? En tal caso, señala el párrafo 3º del artículo 7:

“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”¹¹⁴⁰.

¹¹³⁸ “Esta opción ha recibido algunas críticas desde las opiniones que entienden que España debería mantener su jurisdicción basada en la justicia universal, frente a la que ejerza la CPI, puesto que el principio de complementariedad, tal como lo regula el ECPI, así lo permitiría”. Sin embargo, para Mercedes GARCÍA ARÁN, la decisión es un acierto, de forma que España sólo deba *competir* con la CPI cuando del principio de territorialidad o de personalidad activa se trate (“Complementariedad recíproca y justicia global: España, Guatemala...”, *óp. cit.*, pp. 278-279). A nuestro entender, resulta llamativo que se utilice la expresión *competir* y no *cooperar*, cuando la finalidad de los diversos principios mencionados es la misma para toda la Comunidad Internacional: la lucha contra la impunidad.

¹¹³⁹ RODRÍGUEZ YAGÜE, C., “Criterios de resolución de conflictos entre la Corte Penal Internacional...”, *óp. cit.*, p. 12.

¹¹⁴⁰ El párrafo 3 del artículo 7 fue la consecuencia de las diversas enmiendas presentadas por los diversos Grupos Parlamentarios al Proyecto de Ley (rechazadas por el Partido Popular) que si bien este párrafo 3 ya existía en el Anteproyecto, este había desaparecido en el Proyecto, suavizando el impacto de las restricciones al principio de jurisdicción universal. Sobre las enmiendas, véase PIGRAU SOLÉ, A., “Desvirtuando la jurisdicción universal en España...”, *óp. cit.*, pp. 1080-1081). Véase también lo señalado por Carmen QUESADA que propone extender este apartado a aquellas situaciones en las que el Fiscal cierre el caso tras iniciar la investigación (art. 53.2.c) o cuando el caso se sobresea o archive a petición del CS (QUESADA ALCALÁ, C., *La Corte Penal Internacional y la...*, *óp. cit.*, p. 337). En opinión de Maria Chiara MARULLO, “con el objetivo de regular las relaciones entre al Corte Penal Internacional y los tribunales nacionales, el legislador parece favorecer o dar la primacía a la jurisdicción universal seguramente a beneficio de la economía procesal y de la

Y, en segundo lugar, ¿qué ocurre cuando se trata de un delito que no sea competencia de la Corte pero el principio de jurisdicción universal no pueda operar en su integridad debido a las limitaciones o restricciones impuestas en la reforma?; y, por último, ¿qué ocurre cuando la jurisdicción española entra en conflicto con otras jurisdicciones nacionales? (*vid. supra* Capítulo II, apdo. II, 2).

Ahora bien, un aspecto novedoso de la LO 18/2003 es que recoge en sus artículos 8 y 9 mecanismos de resolución de competencias para el caso de que puedan surgir conflictos entre la CPI y los tribunales españoles cuando los hechos se hayan llevado a cabo en territorio español o los presuntos sujetos activos sean nacionales españoles¹¹⁴¹, con la finalidad de evitar la competencia concurrente. Así, en el artículo 8 se establece que, una vez que el Fiscal de la CPI notifica al Ministerio de Justicia español el inicio de una investigación de acuerdo con el Estatuto, si los hechos investigados ocurrieron en España (principio de territorialidad) o sus presuntos autores ostentan la nacionalidad española (principio de personalidad activa), y si se entiende que España tiene competencia sobre los mismos y se ha comenzado a investigar en el ámbito interno, podrá solicitarse al Fiscal de la Corte Penal su inhibición de acuerdo al artículo 18.2 del Estatuto.

La regulación de los artículos 7 y 8 de la LO 10/2003, tal y como se ha señalado por la doctrina mayoritaria, no casa con el principio de complementariedad que rige el funcionamiento de la CPI pues, como vimos (*vid. supra* Capítulo II, apdo. II, 1, 1.1), este principio exige que cuando el Estado no actúe, tendrá competencia la Corte¹¹⁴². Por el contrario, la LO señala que es necesaria la inactividad de la CPI para que la jurisdicción española pueda actuar de acuerdo con el principio de jurisdicción universal.

salvaguardia de las relaciones diplomáticas con otros Estados y sus intereses políticos" (*Tendencias internacionales sobre la jurisdicción universal...*, *óp. cit.*, pp. 284-285).

¹¹⁴¹ Así lo anuncia ya la Exposición de Motivos de la LO 18/2003: "La ley pone particular cuidado en la regulación de eventuales conflictos competenciales entre la Corte y los tribunales españoles" (párr. 6º).

¹¹⁴² Entre otros, autores críticos con la postura establecida por la LO 10/2003, tenemos a: BUJOSA VADELL, L., *La Cooperación Procesal de los Estados con la Corte Penal Internacional*, Atelier, Barcelona, 2008, sección 2.5; y POZO SERRANO, M^a. P., "Medidas Nacionales Adoptadas para la Ratificación y Aplicación del Estatuto de la Corte Penal Internacional: Un Balance Provisional", *ADI*, núm. 19, 2003, pp. 299-346, p. 345.

Por su parte, el artículo 9 regula la situación en el caso de que los tribunales españoles estuvieren o hubieren conocido del asunto o, incluso, dictado sentencia o sobreseimiento libre. En ese caso, sólo el Gobierno, “mediante Acuerdo del Consejo de Ministros, a propuesta conjunta del Ministro de Justicia y del Ministro de Asuntos Exteriores”, podrá impugnar la competencia de la CPI y, en todo caso, antes de comenzar el juicio en la Corte. Si en España ya se hubiere producido la cosa juzgada, podría impugnarse la competencia de la CPI incluso durante la iniciación o en algún momento posterior.

La reforma que acabamos de presentar fue objeto tanto de críticas severas como de alabanzas por parte de colectivos que aplaudían el orden (im)puesto en la materia. Así, en primer lugar, se cuestionó la restricción sufrida por el principio de jurisdicción en España en relación a los mencionados artículos 7 y 8 de la LO 18/2003 ya comentados. En segundo lugar, se criticó que pareciese que la jurisdicción de la CPI fuera prioritaria ante un supuesto objeto de su jurisdicción cuando, tal y como señala el artículo 17.1, letras a) y b) del Estatuto de la CPI, la misma deberá inadmitir un asunto en el caso de que éste “sea objeto de una investigación o enjuiciamiento por un Estado que tenga jurisdicción sobre él salvo que éste no esté dispuesto a llevar a cabo el enjuiciamiento o no pueda realmente hacerlo” o “haya sido objeto de investigación por un Estado que tenga jurisdicción sobre él y éste haya decidido no incoar acción penal contra la persona de que se tratase, salvo que la decisión haya obedecido a que no esté dispuesto a llevar a cabo el enjuiciamiento o no pueda realmente hacerlo”. Además, este artículo 7 de la LO 18/2003 puede ser contrario a aquellos tratados internacionales que expresamente prevén la jurisdicción de sus propios Estados parte¹¹⁴³ con independencia de la nacionalidad de los autores de los hechos o del lugar de comisión de los mismos. Se alabó, sin embargo, que la LO 18/2003 hiciera lo que no había hecho el Estatuto de la CPI; es decir, regular mecanismos de solución de conflictos competenciales entre tribunales nacionales y la CPI, estableciendo la prioridad de esta última siempre y cuando el crimen no se hubiere cometido por un nacional español o en territorio español¹¹⁴⁴.

¹¹⁴³ Piénsese en el DIH de los Convenios de Ginebra de 1949. En este sentido, QUESADA ALCALÁ, C, *La Corte Penal Internacional...*, *óp. c it.*, pp. 392-394.

¹¹⁴⁴ RODRÍGUEZ YAGÜE, C., “La justicia universal y el principio...”, *óp. cit.*, pp. 14-15.

Para descifrar si el principio de jurisdicción universal ha sido dañado o limitado de forma razonable con esta reforma, propone Cristina RODRÍGUEZ acudir a “la propia esencia del principio”. Así, señala que al ser este un principio “basado en la idea de solidaridad entre países, tiene por objeto la protección de intereses supraindividuales. Su fin, la eliminación de la impunidad, puede realizarse ya a través de la intervención de jurisdicciones nacionales en la persecución de estos crímenes con independencia del lugar de comisión de la nacionalidad del autor, ya a través de la creación de tribunales internacionales. Ambas actuaciones no son excluyentes sino complementarias”, por lo que, en su opinión “la LO 18/2003 no vacía de contenido el principio de justicia universal” y lo justifica porque la finalidad de la reforma no es impedir que los órganos nacionales puedan actuar, sino dar prioridad a la jurisdicción de la CPI frente a la española para evitar así sustitutos innecesarios, *disfunciones* políticas y prácticas que puedan llevar a una excesiva carga de trabajo a la AN. El principio universal y la Corte son

“engranajes de la misma maquinaria y deben establecerse unos criterios ordenadores, y a su vez no ya correctores, sino especificadores del art. 23.4 LOPJ, que regulen la concurrencia de ambas instancias en la consecución del mismo fin”¹¹⁴⁵.

Una postura totalmente contraria a la señalada, en relación a los artículos 17 y 18 del Estatuto de Roma, es la manifestada por el fiscal español Carlos CASTRESANA, al señalar que la interpretación que hasta ahora se ha hecho de estos artículos como una disyuntiva, esto es, o ejerce la jurisdicción el Estado o lo

¹¹⁴⁵ RODRIGUEZ YAGÜE, C., “Criterios de resolución de conflictos entre la Corte Penal Internacional...”, *óp. cit.*, pp. 15-16. En el mismo sentido, Mercedes GARCÍA ARÁN señala que no nos encontramos ante una restricción del principio de justicia universal; más bien de lo que se trata es de priorizar la jurisdicción de la CPI y, sólo en caso de aplicación del principio de territorialidad o personalidad activa, será la jurisdicción nacional la prioritaria (“Complementariedad recíproca y justicia global: España...”, *óp. cit.*, pp. 277-279). Y en este mismo sentido, el Dictamen emitido por el Consejo de Estado al Anteproyecto de Ley Orgánica de Cooperación con la Corte Penal Internacional, de 12 de junio de 2003, y el Informe del CGPJ, emitido el 14 de octubre de 2003, en el que se señala que así se evita “la indeseable situación en la que un órgano judicial español pueda afirmar su jurisdicción preferente a la de la Corte invocando el principio de justicia universal y que este Estado sea utilizado para perseguir un hecho internacionalmente relevante, sustrayendo el conocimiento del asunto a la Corte Penal Internacional”, pp. 17-18.

hace la CPI, no es del todo exacta, proponiendo una nueva interpretación a la que denomina *cooperativa*:

“El cálculo *ex ante* de la voluntariedad y capacidad de las jurisdicciones de los Estados es siempre apriorístico, es un cálculo de probabilidades, que puede demostrarse equivocado. Salvo en los casos en que la decisión sea muy clara, el pronóstico muy probable en cualquier sentido, debería optarse por una decisión provisional cooperativa: permitir al Fiscal de la Corte iniciar una investigación, al tiempo que se solicita a las autoridades nacionales afectadas que continúen su investigación interna y se coordinen con la investigación internacional. Una vez ambas instancias han trabajado juntas, han construido un caso, han formulado una acusación contra una determinada persona, por un hecho concreto y con una determinada prueba, puede verificarse la evaluación de complementariedad, y decidir, entonces sí con todos los elementos, y en función de la capacidad y voluntad acreditadas, si el juicio se celebra ante la jurisdicción doméstica o ante la internacional”¹¹⁴⁶.

2. LA INTRODUCCIÓN DE LA MUTILACIÓN GENITAL FEMENINA (2005) Y DEL TRÁFICO ILEGAL DE PERSONAS (2007)

La segunda reforma al principio de jurisdicción universal se llevó a cabo a través de la *Ley Orgánica 3/2005, de 8 de julio, de modificación de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, para perseguir extraterritorialmente la práctica de la mutilación genital femenina*¹¹⁴⁷, que incluyó por primera vez el

¹¹⁴⁶ Y añade que, junto a la mencionada cuestión jurídica, debemos tener en cuenta otra práctica que ilustra de la siguiente manera: “La Fiscalía internacional no está produciendo los resultados apetecidos porque tiene el motor (la jurisdicción) pero no tiene ruedas (las atribuciones procesales), y de esa manera el vehículo no se mueve. Sólo si el fiscal y el juez internacionales (frente a quienes no rigen inmunidades y tienen jurisdicción directa en 120 países), trabajan conjuntamente con el fiscal y el juez nacionales (que son quienes detienen, embargan, registran o interceptan conversaciones) el vehículo nos llevará a alguna parte”. Perspectiva ésta que basa en su experiencia como Comisionado en la Comisión Internacional contra la Impunidad en Guatemala creada en agosto de 2007 (CASTRESANA FERNÁNDEZ, C., “La contribución de la Comisión Internacional contra la Impunidad en Guatemala a la protección de los Derechos Humanos”, *La justicia universal en el Derecho internacional: Mesa redonda de expertos*, Asociación Pro Derechos Humanos de España, 2011, pp. 28-33, p. 33).

¹¹⁴⁷ *Ley Orgánica 3/2005, de 8 de julio, de modificación de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, para perseguir extraterritorialmente la práctica de la mutilación genital femenina*, BOE núm. 163, de 9 de julio de 2005.

vínculo de la territorialidad en el ejercicio de la aplicación del principio de justicia universal por la AN. La nueva redacción del artículo 23.4 de la LOPJ quedaba de la siguiente forma:

“4. Igualmente será competente la jurisdicción española para conocer de los hechos cometidos por españoles o extranjeros fuera del territorio nacional susceptibles de tipificarse, según la ley penal española, como alguno de los siguientes delitos:

- a) Genocidio.
- b) Terrorismo.
- c) Piratería y apoderamiento ilícito de aeronaves.
- d) Falsificación de moneda extranjera.
- e) Los relativos a la prostitución y los de corrupción de menores e incapaces.
- f) Tráfico ilegal de drogas psicotrópicas, tóxicas y estupefacientes.
- g) Los relativos a la mutilación genital femenina, siempre que los responsables se encuentren en España.
- h) Y cualquier otro que, según los tratados o convenios internacionales, deba ser perseguido en España”.

La inclusión de la mutilación genital femenina en el artículo 23.4 de la LOPJ en España es el resultado de la asunción por parte del DI, concretamente del ámbito de los DDHH, de la lucha contra esta práctica. Desde los años cincuenta y, especialmente, con la *Convención de la Naciones Unidas para la eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer*¹¹⁴⁸, han incrementado los métodos de lucha contra esta práctica que sufren en el mundo a diario mujeres y niñas¹¹⁴⁹.

El delito de mutilación genital femenina¹¹⁵⁰, como manifestación de la violencia de género, es una práctica que sufren las niñas y mujeres pertenecientes

¹¹⁴⁸ *Convención de la Naciones Unidas para la eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer*, de 18 de diciembre de 1979, BOE núm. 69, de 21 de marzo de 1984.

¹¹⁴⁹ “Naciones Unidas ha planteado su trabajo para la erradicación de la MGF a nivel multidisciplinar, siendo objeto de tratamiento desde el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, el Comité de los Derechos del Niño, el Comité contra la Tortura o el Comité de Derechos Humanos”. Todos ellos han ido pidiendo la adopción de medidas que pudieran acabar con este tipo de prácticas (VALLEJO PEÑA, C., “Mutilación genital femenina: violencia de género con nuevas trabas para su persecución en España”, *Revista de Estudios Jurídicos*, núm. 14, 2014, pp. 1-21, p. 4).

¹¹⁵⁰ Es un delito en el que “concurren dos aspectos de los delitos de género: ser mujer y una mayor vulnerabilidad”. Se vulnera también el *principio de legalidad*, pues el sujeto pasivo del delito sólo pueden ser las mujeres; es por ello que, “el derecho penal de género debe basarse en la protección

a determinadas culturas¹¹⁵¹. De acuerdo con las características de esta práctica y ante el surgimiento de los flujos migratorios, lo más oportuno para su lucha era hacerlo a través del principio de justicia universal, pues

“los Estados en los que estas prácticas están arraigadas por formar parte de sus tradiciones culturales, son toleradas, no inician su persecución, a pesar de que constituyen una lesión y un atentado contra los derechos humanos, que de no existir el principio de justicia universal, quedarían impunes, si el Estado del lugar de comisión del delito no inicia su persecución”¹¹⁵².

España, en cumplimiento de las diversas disposiciones emanadas de las Naciones Unidas¹¹⁵³, así como de la UE¹¹⁵⁴, se propuso llevar a cabo una reforma

de un nuevo bien jurídico, la igualdad (...). Supone una desigualdad entre hombres y mujeres de forma flagrante, consentida y admitida” (SERRANO TÁRRAGA, M^a. D., “Violencia de género y extraterritorialidad de la ley penal. La persecución de la mutilación genital femenina”, *Revista de Derecho UNED*, núm. 11, 2012, pp. 867-888, p. 873).

¹¹⁵¹ “Lucha que se ha recrudecido en los últimos años por el aumento de los flujos migratorios, que han convertido la mutilación genital femenina en un problema global, porque ha traspasado las fronteras de los países en los que estaba arraigada por razones culturales, y quiere practicarse en los países de acogida, a pesar de estar prohibida por la legislación, y para ello alegan que estas prácticas constituyen parte de su cultura” (SERRANO TÁRRAGA, M^a. D., “Violencia de género y extraterritorialidad...”, *óp. cit.*, p. 874).

¹¹⁵² Y la impunidad en el país donde se lleva a cabo es debida sobre todo a que son prácticas que no crean *alarma social* en el territorio donde se producen al no ser entendidas como un ataque a los derechos fundamentales de las mujeres y las niñas. Al contrario, se cree que su práctica refuerza el *sentimiento de pertenencia al grupo* (SERRANO TÁRRAGA, M^a. D., “Violencia de género y extraterritorialidad...”, *óp. cit.*, p. 883). Sin embargo, señala la autora que la lucha de la ley penal para erradicar este tipo de prácticas no es eficiente, pues no hay más que ver que en la mayoría de legislaciones de países donde se producen la mutilación genital femenina está prohibida.

¹¹⁵³ En el ámbito universal, el artículo 2.f) de la *Convención de la Naciones Unidas para la eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer*, de 18 de diciembre de 1979, *BOE* núm. 69, de 21 de marzo de 1984, señala el compromiso de los Estados de “adoptar medidas adecuadas, incluso de carácter legislativo, para modificar o derogar leyes, reglamentos, usos y prácticas que constituyan discriminación contra la mujer”. Más tarde, también lo recomendaría el Programa de acción de la Conferencia Internacional sobre Población y Desarrollo, celebrada en El Cairo en 1994, y el Programa de Pekín de la IV Conferencia Mundial sobre los Derechos de la mujer, celebrada en Beijing, en 1995. Todas ellas dieron lugar a diversas resoluciones de la AG de las Naciones Unidas en las que se instaba a los Estados a cumplir con sus compromisos internacionales, así como adoptar medidas legislativas que prohíban las prácticas perjudiciales que afecten a la vida, la salud y la integridad de las mujeres y las niñas, en cuanto DDHH que deben protegerse. Más tarde, la Resolución de la AG de las Naciones Unidas núm. 67/146, de 20 de diciembre de 2012, señala: “Reconociendo (...) que las actitudes y conductas negativas, discriminatorias y estereotipadas repercuten directamente en la situación de las mujeres y de las niñas y en el trato que reciben, y que esos estereotipos negativos dificultan la aplicación de marcos legislativos y normativos que garanticen la igualdad entre los géneros y prohíban la discriminación por razón de sexo”.

¹¹⁵⁴ También en la EU se ha llevado a cabo una gran actividad, sobre todo en el Parlamento Europeo, para proteger a las mujeres y niñas de la mutilación genital, denunciando y condenando la práctica de la misma y “pidiendo a todos los Estados miembros que adopten una legislación contra

del Código Penal y de la LOPJ. Aunque es cierto que era ésta una práctica que podía encuadrarse en el tipo agravado del 149 del Código Penal como una lesión corporal, una doctrina mayoritaria junto a magistrados, jueces y fiscales propuso su inclusión de forma específica. Para ello se presentaron dos Proposiciones de Ley, una con origen en el Senado y otra con origen en el Congreso, pero ninguna prosperó¹¹⁵⁵. Sin embargo, como consecuencia de toda esa actividad la *Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre, de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros*¹¹⁵⁶ sería finalmente la encargada de introducir en el artículo 149 del CP un nuevo apartado segundo en el que se tipificaba expresamente el delito de mutilación genital:

“2. El que causara a otro una mutilación genital en cualquiera de sus manifestaciones será castigado con la pena de prisión de seis a 12 años.

Si la víctima fuere menor o incapaz, será aplicable la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento por

cualquier práctica que ponga en peligro la integridad física y psíquica de las mujeres, como la ablación del clítoris”, Resolución del Parlamento Europeo sobre las Mujeres y el Fundamentalismo de 25 de octubre de 2001, Documento A5-0365-/2001, en ADAM MUÑOZ, M^a. D., “La respuesta del ordenamiento jurídico español ante la mutilación genital femenina”, *Diario La Ley*, núm. 6460, 2006, pp. 1-3.

¹¹⁵⁵ El 18 de mayo de 2001 se presentó una Proposición de Ley que suponía una modificación de la LOPJ y de la LO del Código Penal. Sin embargo, ésta se retiró debido a la firma de la enmienda transaccional a la que los otros grupos parlamentarios se habían adherido. En el escrito transaccional, si bien se consideraba este delito como de lesiones graves, se hacía hincapié en la posibilidad de incorporar un concepto más expreso para que no diera lugar a dudas acerca de su gravedad. Por otro lado, se señaló la importancia de extender la jurisdicción española a este tipo de ilícitos penales con independencia del lugar donde se lleve a cabo la misma y siempre que el presunto autor de los hechos se encontrase en territorio Español. Y añadía, por último, la necesidad de castigar con penas adecuadas para que no sean ni irrisorias ni desorbitadas en comparación con las señaladas en las legislaciones de otros países (Cortes Generales, *Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados*, 19 de junio de 2001, núm. 92). Finalmente, el 1 de junio de 2001 se presentó en el Senado una Proposición de Ley por el Partido Socialista recogiendo los dos primeros aspectos mencionados (Senado, *BOCG*, Serie III A, 1 de junio de 2001, núm. 14.a). Sin embargo, ninguna de estas Propuestas ley vio la luz (Congreso de los Diputados, *BOCG*, serie B, núm. 161-1, 23 de julio de 2001).

¹¹⁵⁶ Su Exposición de Motivos señala: “la existencia de formas delictivas surgidas de prácticas contrarias a nuestro ordenamiento jurídico, así como que con la integración social de los extranjeros en España, aparecen nuevas realidades a las que el ordenamiento debe dar adecuada respuesta. Así, como novedad igualmente reseñable, se tipifica el delito de mutilación genital o ablación. Y ello porque la mutilación genital de mujeres y niñas es una práctica que debe combatirse con la máxima firmeza, sin que pueda en absoluto justificarse por razones pretendidamente religiosas o culturales” (*Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre, de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros*, *BOE* núm. 234, de 30 de septiembre de 2003).

tiempo de cuatro a 10 años, si el juez lo estima adecuado al interés del menor o incapaz”¹¹⁵⁷.

Pero no bastaba sólo con la creación de un ilícito penal específico, pues en la mayor parte de las ocasiones, el problema del delito era la perseguibilidad y no la tipicidad, al ser lo usual su comisión fuera de las fronteras españolas, normalmente en los países de origen, por extranjeros y a residentes españoles¹¹⁵⁸. Era, por lo tanto, necesario incluir este delito entre aquellos perseguibles extraterritorialmente por el Estado español a través del principio de jurisdicción universal, pues aunque la LOPJ (artículo 23.4.g)) señalaba que los tribunales españoles serían competentes para conocer de los delitos que “según los tratados o

¹¹⁵⁷ Sin embargo, “el tratamiento de ese delito por la jurisprudencia española no se ha limitado al orden penal, sino que su prevención y la protección de la mujer, en definitiva, también ha sido contemplada en el orden contencioso-administrativo, considerando el riesgo de que la mujer se vea sometida a mutilación, como causa para la concesión del derecho de asilo” (VALLEJO PEÑA, C., “Mutilación genital femenina: violencia de género...”, *óp. cit.*, p. 10). Así, la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TS, núm. 6597/2006, de 6 de octubre, reconoce el derecho de asilo a una mujer nigeriana al señalar que “sí concurren las causas que dan lugar a la concesión de asilo, que se encuentran previstas (...) principalmente en la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, hecha en Ginebra el 28 de julio de 1951, y se resumen en la concurrencia de temor fundado de ser perseguido por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas en su país de origen, pues concurre un fundado temor a sufrir persecución cuando se teme sufrir un atentado contra su integridad física -mutilación genital- por razón de su pertenencia a un determinado grupo social -las mujeres-, como ya declaramos en nuestra Sentencia de 13 de diciembre de 2002, procedente o consentido por las autoridades de su país de origen (...) una situación de desprotección y marginación social, política y jurídica de las mujeres en su país de origen, que vulnera de forma evidente y grave sus derechos humanos, es causa de asilo (...), que la persecución por razón de sexo resulta encuadrable sin duda entre las persecuciones sociales (...)” (Fundamento de Derecho 2º).

¹¹⁵⁸ De ahí que el Fiscal Jefe del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, D. José María MENA, anunciara que la Fiscalía procedería a la investigación de todos los casos de ablación de clítoris, ya se hubieran producido en España o en el extranjero, basándose en el hecho de que era un delito cuya gestación se llevaba a cabo en territorio español (“Mena cree que el ‘caso Raval’ tuvo más implicados que Lli y Tamarí”, *El País*, 19 de mayo de 2001, disponible en https://elpais.com/diario/2001/05/19/catalunya/990234458_850215.html). Sin embargo, haciendo una interpretación estricta de la LOPJ, los jueces españoles no podían investigar este delito si se llevaba a cabo fuera del territorio nacional, siendo necesaria una modificación de la LOPJ (ADAM MUÑOZ, Mª. D., “La respuesta del ordenamiento jurídico español ante la mutilación genital femenina”, *Diario La Ley*, núm. 6460, 2006, pp. 9-10). En este mismo sentido, SERRANO TÁRRAGA, Mª. D.: “Los tribunales españoles continuaron debatiendo si era posible castigar en nuestro país los delitos de mutilación genital realizados a menores cuando éstas iban a pasar las vacaciones, pretendiendo castigar estos hechos como actos preparatorios, al entender que la preparación del delito se había iniciado en nuestro país” (“Violencia de género y extraterritorialidad de la ley penal...”, *óp. cit.*, p. 879). Señalar también, aunque no prosperó, que el Partido Socialista había presentado en el Senado una Proposición de Ley que, basada en las opiniones de jueces, magistrados y fiscales, ponía sobre la mesa la necesidad de poder perseguir este tipo de delitos, incluso, aunque los responsables de los mismos no se encontraran en España (ROPERO CARRASCO, J., “El derecho penal ante la mutilación genital femenina”, *Revista La Ley*, 26 de septiembre de 2001, p. 1396).

convenios internacionales, deban ser perseguidos en España”, gran parte de la doctrina señalaba que basar el enjuiciamiento de los responsables de un delito de ablación genital en este artículo 23.4.f) era *arriesgado*¹¹⁵⁹. Finalmente, la *Ley Orgánica 3/2005, de 8 de julio, de modificación de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, para perseguir extraterritorialmente la práctica de la mutilación genital femenina*¹¹⁶⁰, con un solo artículo, introdujo una nueva letra al apartado 4º del artículo 23 de la LOPJ, pasando a ser la anterior letra g), ahora la h). El actual 23.4.g) de la LOPJ señala:

“g) Los relativos a la mutilación genital femenina, siempre que los responsables se encuentren en España”.

Es así como, a través del principio de jurisdicción universal, la norma española permite la persecución de los autores, españoles o no, del delito de mutilación genital femenina, siempre y cuando los presuntos autores del mismo se encuentren en territorio español e independientemente de la nacionalidad de la víctima. Este fue el primer paso hacia la restricción del principio de jurisdicción universal en España establecido por la ley y apoyado por la jurisprudencia del TS.

¹¹⁵⁹ Era *arriesgado* suplir la falta de voluntad política por dos razones. La primera de ellas, porque los delitos perseguidos por el principio de jurisdicción universal en España deben estar expresamente contemplados en el artículo 23.4 de la LOPJ, como es el caso del genocidio, terrorismo, piratería y apoderamiento ilícito de aeronaves, falsificación de moneda extranjera y los relativos a la prostitución y tráfico de drogas, entre otros; y son perseguibles porque así lo ha señalado un tratado específicamente que, tras su ratificación, directamente el tipo delictivo se incluye entre la normativa interna. Y he aquí el problema, pues los tratados relativos a la mutilación genital, como hemos señalado, instaban a los Estados a establecer medidas para prevenir la misma, sin entender esas medidas como una obligación para los Estados de establecer una *competencia judicial internacional penal*. Necesitábamos, por lo tanto, al no existir ese convenio internacional que recogiera el tipo específico, su inclusión en nuestra LOPJ (ADAM MUÑOZ, M^a. D., “La respuesta del ordenamiento jurídico español...”, *óp. cit.*, pp. 10-11).

¹¹⁶⁰ Su Exposición de Motivos señala: “La mutilación genital femenina constituye un grave atentado contra los derechos humanos, es un ejercicio de violencia contra las mujeres que afecta directamente a su integridad como personas. (...) debe considerarse un trato “inhumano y degradante” incluido, junto a la tortura, en las prohibiciones del artículo 3 del Convenio Europeo de Derechos Humanos. (...). En esta línea se inscribe la presente Ley Orgánica al posibilitar la persecución extraterritorial de la práctica de la mutilación genital femenina cuando la comisión del delito se realiza en el extranjero, como sucede en la mayor parte de los casos, aprovechando viajes o estancias en los países de origen de quienes se encuentran en nuestro país” (*Ley Orgánica 3/2005, de 8 de julio, de modificación de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, para perseguir extraterritorialmente la práctica de la mutilación genital femenina*, BOE núm. 163, de 9 de julio de 2005).

Sin embargo, nadie creyó que pudiera alcanzar los niveles restrictivos del momento actual¹¹⁶¹.

Es curioso, por otro lado, que mientras la tipificación del delito en el artículo 149.2 del Código Penal (en adelante, CP) hace referencia a la mutilación genital, sin hacer distinción entre masculina o femenina, cuando hablamos de la persecución de sus posibles responsables a través del artículo 23.4.g) de la LOPJ, este artículo sólo se refiere a la mutilación genital femenina¹¹⁶².

Por lo que respecta al requisito de que el sujeto activo deba encontrarse en España, es independiente el hecho de que sea nacional o extranjero y, en este último caso, resulta irrelevante que se encuentre de forma regular o no en territorio español¹¹⁶³. Este ha sido el primer vínculo de conexión que se estableció en la legislación española para poner en marcha el principio de justicia universal, lo que no resulta extraño si pensamos que no hacía tanto que se había dictado la sentencia del TS, relativa al asunto *Guatemala*, en la que se establecieron

¹¹⁶¹ Con la reforma llevada a cabo por la LO 1/2014, se exige que el responsable tenga nacionalidad española o residencia habitual en España o la víctima tenga la nacionalidad española o resida habitualmente en España. Estos requisitos van a dejar fuera la situación más común en la que se lleva a cabo la mutilación genital femenina: “Es uno de sus progenitores quien se ha instalado previamente en España, y quien, después de obtener la correspondiente residencia permanente en España, o incluso la nacionalidad española, consigue el reagrupamiento familiar del cónyuge y de los hijos que han permanecido en el país de origen. Antes de venir a España, las hijas son sometidas a esta práctica por el propio progenitor que las trae consigo o con el consentimiento de éste, e incluso con el consentimiento del progenitor ya residente en España” (VALLEJO PEÑA, C., “Mutilación genital femenina: violencia de género...”, *óp. cit.*, p. 16).

¹¹⁶² Para María Dolores ADAM, esta observación corrobora su teoría acerca de que, cuando se tipificó el delito en el artículo 149.2 del Código Penal, “resultaba forzado equiparar las mutilaciones genitales femeninas y masculinas, toda vez que estas últimas revestían menos gravedad para las víctimas, las consecuencias, tanto físicas como psíquicas eran de menor envergadura e invadían una parte sustantivamente inferior del cuerpo. La exclusión de la perseguibilidad extraterritorial de las mutilaciones genitales masculinas pone de relieve la menor gravedad de las mismas” (“La respuesta del ordenamiento jurídico español...”, *óp. cit.*, p. 13). También, Esperanza ORIHUELA, señala que se trata de una reforma “que aunque bien recibida, resultaba insuficiente por haber olvidado la tortura y otros tratos inhumanos o degradantes. Que nuestros políticos y la opinión pública en general se mostraran sensibles ahora hacia esta práctica, tan abyecta como tradicional en otras latitudes del planeta, no justifica la exclusión de los tipos apuntados, por desgracia, habituales incluso en sociedades que se consideran respetuosas de los derechos humanos” (*La jurisdicción universal en...*, *óp. cit.*, p. 30).

¹¹⁶³ “Con esta reforma no solo se está impidiendo que extranjeros inmigrantes residentes en España decidan viajar a su país de origen para realizar el ritual de la mutilación genital femenina aprovechando estancias vacacionales o visitas ocasionales a sabiendas de que este hecho constituye un delito en España, sino que también propicia la persecución de extranjeros que en su día realizaron la ablación a sus familiares y que posteriormente se trasladaron a nuestro territorio” (ADAM MUÑOZ, M^a. D., “La respuesta del ordenamiento jurídico español...”, *óp. cit.*, pp. 12-13).

limitaciones al principio de jurisdicción universal en España¹¹⁶⁴ (*vid. supra* Capítulo III, apdo. I, 1, 1.1).

Aunque no es una opinión compartida¹¹⁶⁵, entendemos que el Estado español, al recoger el delito en su legislación interna y condicionar su enjuiciamiento al hecho de que sus responsables se encuentren en territorio nacional, no cumple con el mandato internacional consistente en que los Estados establezcan medidas que erradiquen la práctica de la ablación, pues en ningún caso los textos internacionales hacen referencia al requisito del propio territorio. Recordemos que el ejercicio de la jurisdicción universal es una especie de *actio popularis* de lucha contra la impunidad de crímenes que afectan a toda la Comunidad, no sólo contra la impunidad de aquellos que se encuentran en España.

Por otro lado, resulta también llamativo que ninguno de los tipos delictivos penales del artículo 23.4 de la LOPJ requiera la presencia del presunto autor en España. Las críticas en este sentido no tardaron en llegar, pues la exigencia de este requisito podría dar lugar, en opinión del juez Jesús P. TRILLO NAVARRO, a

“disfunciones graves en la aplicación del precepto en sede de Jurisdicción universal” y “provocar gravísimas limitaciones de la jurisdicción, la cual puede devenir en incompetencia de sus órganos por faltar esa presencia, sin poder admitir interpretaciones extensivas del término “se encuentren” que serían contrarias al principio de legalidad y a la seguridad jurídica (arts. 25.1 y 9.3 CE) y constitutivas de interpretaciones *in malam partem* del precepto”. Podría, incluso, plantear problemas “en sede de extradición de un responsable no nacional español

¹¹⁶⁴ Así, la Sentencia de la Sala de lo Penal del TS, núm. 645/2006, de 20 de junio, en su Fundamento de Derecho 5º, señalaba que: “[la extensión universal de la jurisdicción nacional] pudiera tener la existencia de una conexión con un interés nacional como elemento legitimador, en el marco del principio de justicia universal, modulando su extensión con arreglo a criterios de racionalidad y con respeto del principio de no intervención”. Ya señalado con anterioridad en la Sentencia de la Sala de lo Penal del TS, núm. 327/2003, de 25 de febrero, Fundamento de Derecho 10º, relativa al asunto *Guatemala*.

¹¹⁶⁵ “(...) hemos de señalar lo favorable de esta reforma a la perseguibilidad de la mutilación genital femenina, toda vez que con ello se impide el amparo en nuestro territorio de personas que consienten, facilitan, obligan y realizan esta práctica. Su inclusión en el Código Penal era, en cierto sentido insuficiente a efectos de una verdadera represión, ya que la inobservancia de la ley penal española era bien fácil de efectuar mediante estos viajes vacacionales al país de origen, lugar en el cual la mujer o la niña era sometida a la mutilación de sus genitales sin que al respecto nada pudieran hacer las autoridades españolas” (ADAM MUÑOZ, Mª. D., “La respuesta del ordenamiento jurídico español...”, *óp. cit.*, p. 13).

en el extranjero, tanto en su país de origen como en un tercer país, e incluso problemas para la aplicación de la orden europea de detención y entrega”¹¹⁶⁶.

El requisito *sine qua non* de la presencia del responsable en territorio Español (que llegó 20 años y siete días después de la positivización del principio en la LOPJ de 1985) constituyó el primer paso hacia el vacío de fundamento del principio de justicia universal pues, al insertar la mutilación genital femenina en el artículo 23.4 de la LOPJ, no se trataba de establecer la jurisdicción universal territorial, sino que al recogerlo propiamente en ese artículo el principio jurisdiccional aplicable debía ser el de la justicia universal pura, que era la establecida en el 23.4 de la LOPJ. Y todo ello porque, si la finalidad de dicho principio es evitar la impunidad de los crímenes más graves contra la humanidad, este criterio de conexión impuesto por la LO 3/2005 anula dicha función y da lugar a lo que se ha llamado “turismo de ablación de clítoris”¹¹⁶⁷ que tantos titulares ha ofrecido en nuestro país hasta nuestros días pero que, en ningún caso, supone una solución al delito de mutilación genital femenina. A pesar de lo que señalan algunos autores:

“El hecho de que la mutilación genital femenina sea una práctica tradicional, integrada en los ritos culturales en algunos países de los que son originarios los inmigrantes, no puede considerarse una justificación para no prevenir, perseguir y castigar semejante vulneración de los derechos humanos en todo el mundo, por

¹¹⁶⁶ Además, señaló el juez, la incorporación de este delito al artículo 23.4 de la LOPJ creó problemas de competencia entre la AN y el Juzgado de Violencia sobre la Mujer. Señala que de acuerdo con el art. 65.1º de la LOPJ, la AN tiene competencia sobre los “delitos cometidos fuera del territorio nacional, cuando conforme a las leyes o a los tratados corresponda su enjuiciamiento a los Tribunales españoles”. Sin embargo, al tratarse de un delito contra la mujer llevado a cabo por sus progenitores, tutores o curadores, desde un punto de vista material y de acuerdo al sujeto pasivo o víctima, siempre que hubiera sucedido en España, sería competente entonces el Juzgado de Violencia sobre la Mujer más cercano al domicilio de la víctima, de acuerdo con la *Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género* (BOE núm. 313, de 29 de diciembre de 2004) que modifica el artículo 87 ter de la LOPJ al conceder la competencia de la instrucción a los Juzgados de Violencia sobre la Mujer en el caso de los delitos de lesiones del artículo 149 del Código penal. Como solución, Jesús P. TRILLO propone bien la creación en la AN de un juzgado específico en materia de violencia sobre la mujer, bien otorgar competencia a los Juzgados de Violencia sobre la Mujer para conocer e instruir este tipo de delitos, hayan sido víctimas fuera o dentro de la jurisdicción territorial española (TRILLO NAVARRO, J. P., “Jurisdicción universal, menores y ablación: el nuevo artículo 23.4 g) LOPJ”, *Diario La Ley*, núm. 6354, 2005, pp. 35-36).

¹¹⁶⁷ “Las niñas *samburu*, mutiladas para ser bien casadas”, *El País*, 6 de febrero de 2017; “Cuatro hermanas sufren una ablación al ir de vacaciones a Mali”, *El País*, 21 de agosto de 2015; y “La ablación irrumpe en Euskadi”, *El Mundo*, 16 de septiembre de 2014.

esta razón ha sido muy importante la inclusión del delito de mutilación genital femenina en el principio de justicia universal, en virtud del mismo, en nuestro país se podrán perseguir y castigar los delitos de mutilación genital femenina si los responsables se encuentran en España”¹¹⁶⁸.

Otra de las reformas¹¹⁶⁹ que ha vivido el artículo 23.4 de la LOPJ y que supuso ampliar el número de delitos objeto de la persecución universal por parte de España, se llevó a cabo a través de la *Ley Orgánica 13/2007, de 19 de noviembre, para la persecución extraterritorial del tráfico ilegal o la inmigración clandestina de personas*¹¹⁷⁰ al introducir un nuevo delito en el apartado 4º, letra g, del artículo 23 de la LOPJ, quedando la nueva redacción de la siguiente forma:

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”.

¹¹⁶⁸ SERRANO TÁRRAGA, M^a. D., “Violencia de género y extraterritorialidad...”, *óp. cit.*, p. 872.

¹¹⁶⁹ Sobre la reforma operada por la LO 13/2007 puede consultarse: ORIHUELA CALATAYUD, E., “Jurisdicción universal e inmigración: Derecho Internacional y Derecho español”, BADÍA MARTÍ, A. M., PIGRAU SOLÉ, A. y OLESTI RAYO, A., *Derecho Internacional Comunitario ante los retos de nuestro tiempo. Homenaje a al profesora Victoria Abellán Honrubia*, Marcial Pons, Madrid, 2009, pp. 457-476.

¹¹⁷⁰ *Ley Orgánica 13/2007, de 19 de noviembre, para la persecución extraterritorial del tráfico ilegal o la inmigración clandestina de personas*, BOE núm. 278, de 20 de noviembre de 2007. Un análisis sobre cómo afectó la reforma operada por la LO 13/2007 en la jurisprudencia de los tribunales españoles lo podemos encontrar en PÉREZ ALONSO, E., “Las últimas reformas del principio de justicia universal legalizadoras de la jurisprudencia “creativa” del Tribunal Supremo español”, *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XXXII, 2012, pp. 131-196, pp. 144-174.

De acuerdo con la Exposición de Motivos de la propia LO 13/2007, dicha modificación encontraba diversas justificaciones. En primer lugar, los nuevos tipos delictivos atentaban “contra valores de carácter humanitario, considerados esenciales por la Comunidad Internacional”; en segundo lugar, por la existencia de una “tradicional impunidad derivada del escaso empeño mostrado habitualmente en su represión por los Estados con más directos vínculos de conexión”; y, por último, se señala que la impunidad de los delitos deriva fundamentalmente del hecho de que, si bien se trata de “una criminalidad privada”, casi siempre se trata de delincuencia organizada. Todo ello, junto a los compromisos internacionales asumidos por España al ratificar la *Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional*¹¹⁷¹, se convirtió en un factor determinante para la inclusión de este ilícito penal en el elenco del artículo 23.4 de la LOPJ, en concreto, en el apartado g). Así, siguiendo los dictados del artículo 15.2.c) de la *Convención contra la delincuencia organizada transnacional*¹¹⁷², la Exposición de Motivos de la LO 13/2007 señala que el Estado español tendría jurisdicción sobre

“el supuesto concreto de la patera o los cayucos interceptados antes de llegar a las costas españolas, en definitiva, delitos que se consuman con la realización de actividades de captación, transporte, intermediación o cualquier otra que suponga promoción o favorecimiento de la inmigración clandestina o el tráfico ilegal, con independencia del resultado conseguido, siendo irrelevante que no se concluya la operación de que se trate por causas ajenas a la voluntad del agente, tales como la posible intervención policial”.

¹¹⁷¹ *Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional* de 15 de noviembre de 2000 (BOE núm. 233, de 29 de septiembre de 2003) complementada por el *Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños* de 25 de noviembre de 2003 (BOE núm. 296, de 11 de diciembre de 2003) y el *Protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes por tierra, mar y aire* de 28 de enero de 2004 (BOE núm. 295, de 10 de diciembre de 2003).

¹¹⁷² Artículo 15.2.c) de la *Convención contra la delincuencia organizada transnacional*: “2. (...) un Estado Parte también podrá establecer su jurisdicción para conocer de tales delitos cuando: (...) c) El delito:

i) Sea uno de los delitos tipificados con arreglo al párrafo 1 del artículo 5 de la presente Convención y se cometa fuera de su territorio con miras a la comisión de un delito grave dentro de su territorio; ii) Sea uno de los delitos tipificados con arreglo al inciso ii) del apartado b) del párrafo 1 del artículo 6 de la presente Convención y se cometa fuera de su territorio con miras a la comisión, dentro de su territorio, de un delito tipificado con arreglo a los incisos i) o ii) del apartado a) o al inciso i) del apartado b) del párrafo 1 del artículo 6 de la presente Convención”.

La LO 13/2007 supuso también una modificación del tipo recogido en el Código Penal, en concreto, de los entonces artículos 313.1¹¹⁷³ y 318.bis.1¹¹⁷⁴. Ahora bien, lo que llama la atención en la nueva redacción del tipo es que sólo se facultaba a los jueces españoles a conocer de los hechos si la inmigración clandestina estaba dirigida a España o un país de la UE como si, en realidad, no estuviéramos ante la aplicación del principio de jurisdicción universal, sino ante la aplicación del *principio de jurisdicción europea*. Todo ello sin alusión alguna a la trata de seres humanos¹¹⁷⁵ que fue incluido más adelante con la reforma operada por la LO 1/2014¹¹⁷⁶ (*vid. infra* apdo. II).

3. LA LEY PARA LA IMPLANTACIÓN DE LA NUEVA OFICINA JUDICIAL DE 2009

Durante unos años, parecía que la impunidad ante los crímenes más graves de DI no tenía cabida en el ordenamiento jurídico español. Se abrieron instrucciones contra las juntas militares que operaron en Argentina y Chile en las décadas de los 60 y 70; se llegó a emitir una orden de detención internacional

¹¹⁷³ Artículo 313 del Código Penal: “1. El que promoviere o favoreciere por cualquier medio la inmigración clandestina de trabajadores a España, o a otro país de la Unión Europea, será castigado con la pena prevista en el artículo anterior”.

¹¹⁷⁴ Artículo 218.bis. del Código Penal: “1. El que, directa o indirectamente, promueva, favorezca o facilite el tráfico ilegal o la inmigración clandestina de personas desde, en tránsito o con destino a España, o con destino a otro país de la Unión Europea, será castigado con la pena de cuatro a ocho años de prisión”.

¹¹⁷⁵ La inclusión del mismo había sido recomendada en los informes elaborados por el Consejo Fiscal y por el Consejo de Estado que fueron presentados al Anteproyecto de 2012.

¹¹⁷⁶ Dicha inclusión ha sido tildada de “mera declaración formal”, atendiendo a los criterios de jurisdicción y vínculos de conexión que son exigidos en la Ley 1/2014, en especial al hecho de que “en el momento de la comisión de los hechos tuviera nacionalidad española o residiera habitualmente en España, siempre en este último caso que la persona a la que se impute la comisión del hecho delictivo se encuentre en España”. Al respecto, señala Carolina VILLACAMPA ESTIARTE que “en su momento, la referencia tanto a uno como a otro tipo de víctimas podía tener su explicación en la endémica confusión trata-migraciones ilegales y en la necesidad sentida por el legislador de clarificar que la trata protegía a todo tipo de víctimas, las nacionales o las extranjeras, tanto a las que lo fueran de trata interna como de trata internacional. Sin embargo, tras cuatro años de la incorporación del delito de trata al Derecho interno español y habiendo declarado reiteradamente que tal confusión conceptual se halla ya claramente superada, aspecto este al que vuelve a aludir la Exposición de Motivos de la LO 1/2015, no tiene sentido que se continúe manteniendo dicha referencia. Tan solo cabe ya a estas alturas, como indicara el dictamen del Consejo de Estado al Anteproyecto de LO de modificación del CP de 2012, que se suprima cualquier adjetivo relativo a la nacionalidad que acompañe al sustantivo víctima” (“La trata de seres humanos tras la reforma del Código Penal de 2015”, *Diario La Ley*, núm. 8.554, Sección Doctrina, 4 de junio de 2015).

contra Augusto Pinochet, si bien su extradición finalmente no llegó a producirse; el TC español emitió la Sentencia núm. 237/2005 que fue toda una apuesta por la concepción más amplia del principio de jurisdicción universal; se admitió por la AN, auto de 16 de enero de 2006¹¹⁷⁷, la apelación de la querrela presentada por la comisión de crímenes en el Tíbet. Más tarde en la sentencia núm. 227/2007 (asunto *Falun Gong*), el TC señalaba que “la exigencia de vínculos o elementos de conexión para la entrada en juego de la regla de jurisdicción del art. 23.4 LOPJ, expresada en la Sentencia de la Sala de lo Penal del TS de 25 de febrero de 2003 era contraria al derecho a la tutela judicial efectiva, en su vertiente de derecho de acceso al proceso (art. 24.1CE)”¹¹⁷⁸. Por otro lado, comenzaron a instruirse el asunto *Ruanda* y el asunto *Couso* y por la AN se admitieron a trámite los asuntos de los *vuelos de la CIA*, *Falun Gong*, *jesuitas de El Salvador*, *Palestina*, *los dirigentes de la SS de la Alemania Nazi*, *Guantánamo* y la de los seis miembros del equipo del Presidente Bush; se condenó a Scilingo, se extraditó a Cavallo y se dictaron órdenes de arresto internacional contra ruandeses y guatemaltecos. El 5 de junio de 2006 la primera víctima tibetana prestó declaración ante el Juez de la AN y fue noticia, no sólo a nivel nacional, sino también a nivel internacional; se interpuso una segunda querrela en marzo de 2008, y se admitió por el Juzgado Central de Instrucción número 1 de la AN el 5 de agosto¹¹⁷⁹, por las represiones llevadas a cabo en el Tíbet en la primavera de ese mismo año, con motivo de la celebración de los Juegos Olímpicos en Pekín¹¹⁸⁰. España era, en definitiva, un referente internacional en justicia universal. Sin embargo, la *realpolitik* apareció en escena y, con el objetivo de poner “coto a determinados jueguecitos”¹¹⁸¹ y sin debate

¹¹⁷⁷ Auto de 16 de enero de 2006, sección cuarta de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional. “La importancia de este fallo se encuentra en que, en la primera ocasión que tuvo este tribunal de pronunciarse sobre la jurisdicción universal tras la sentencia del caso del genocidio en Guatemala, la balanza se inclinó por una interpretación absoluta a favor de la justicia de las víctimas” (ESTEVE MOLTÓ, J. E., “Evolución de la Justicia Universal en España: del caso Pinochet a la actualidad”, *La justicia universal en el Derecho internacional: Mesa redonda de expertos*, Asociación Pro Derechos Humanos de España, 2011, pp. 6-15, p. 7).

¹¹⁷⁸ Sentencia de la Sala Segunda del TC, núm. 227/2007, de 22 de octubre, Fundamento de Derecho 5º.

¹¹⁷⁹ Fue admitida apenas 9 días antes del inicio de los Juegos Olímpicos de Pekín, con el revuelo internacional que causó.

¹¹⁸⁰ Un análisis de la práctica judicial anterior a la reforma realizada por la LO 1/2009 podemos encontrarla en MARTÍNEZ ALCANIZ, A., *óp. cit.*, pp. 493-508.

¹¹⁸¹ “Había que poner coto a determinados “jueguecitos” de la Audiencia Nacional que se dedicaban, con apoyo en un texto determinado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, a hacer lo que no debían hacer. (...) Por tanto, vamos a decirles a qué cosas pueden estar y a cuales no. Eso es lo

parlamentario alguno, se aprobó la *Ley Orgánica 1/2009, de 3 de noviembre, complementaria de la Ley de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina judicial, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial*¹¹⁸², quedando el artículo 23.4 de la LOPJ de la siguiente manera:

“4. Igualmente será competente la jurisdicción española para conocer de los hechos cometidos por españoles o extranjeros fuera del territorio nacional susceptibles de tipificarse, según la ley española, como alguno de los siguientes delitos:

- a) Genocidio y lesa humanidad.
- b) Terrorismo.
- c) Piratería y apoderamiento ilícito de aeronaves.
- d) Delitos relativos a la prostitución y los de corrupción de menores o incapaces.

que hemos querido hacer: decir a estos jueces en qué pueden estar y en qué no pueden estar, y hemos establecido un criterio de conexión con los elementos tradicionales de la jurisdicción, que son la nacionalidad, tanto de la gente como de la víctima, y el territorio”, Agustín Conde Bajén, Senador del Grupo Popular en la Comisión de Justicia del Senado, Cortes Generales, Comisión de Justicia, *Diario de Sesiones del Senado*, IX Legislatura, Comisiones, núm. 202, 5 de octubre de 2009, p. 9, disponible en <http://www.senado.es/legis9/publicaciones/pdf/senado/ds/CS0202.PDF>. En el mismo sentido lo señala José Elías ESTEVE: “Parecía que después de medio siglo de impunidad se comenzaba a andar el camino de la justicia para este pueblo. Pero los dictados de la *real politk* se fueron movilizandando en detrimento de los ideales de justicia de las víctimas y las presiones políticas de gobiernos afines acorralados por esta justicia universal comenzaron a devenir insostenibles” (“La Ley Orgánica 1/2014 de reforma de la jurisdicción universal: entre el progresivo avance de la globalización comercial y de la deuda y la no injerencia en los asuntos internos de China”, *AEDI*, vol. 30, 2014, pp. 139-201, p. 155).

¹¹⁸² *Ley Orgánica 1/2009, de 3 de noviembre, complementaria de la Ley de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina judicial, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial*, BOE núm. 266, de 4 de noviembre de 2009. “Ya por aquella época y a tenor de lo ocurrido en Bélgica, la reforma sonaba un tanto a *déjàvu*”, SÁNCHEZ LEGIDO, Á., “El fin del modelo español de...”, *óp. cit.*, p. 20. Sobre la reforma operada con la LO 1/2009 sobre el artículo 23.4 de la LOPJ puede consultarse: OLLÉ SESÉ, M., “La limitación de la justicia universal en la Ley Orgánica 1/2009”, *Tiempo de Paz*, núm. 112, primavera 2014, pp. 46-51; MORILLAS FERNANDEZ, D. L., “Aplicación práctica del principio de justicia universal: claves para entender la Ley Orgánica 1/2009 y su vigencia actual”, PÉREZ CEPEDA, A. (Dir.), *El principio de Justicia Universal: Fundamentos y límites*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, pp. 591-617; SORIANO RODRÍGUEZ, M., “El principio de jurisdicción universal y la reforma del art. 23.4 LOPJ, ¿un paso atrás en la lucha contra la impunidad?”, *Revista Digital Facultad de Derecho*, núm. 6, 2013, pp. 318-353; FEIJOO SÁNCHEZ, B., “El principio de justicia universal en el Derecho penal español tras la reforma mediante la LO 1/2009”, *InDret. Revista para el análisis del Derecho*, núm. 1, 2011, pp. 1-48; CHINCHÓN ÁLVAREZ, J. y GONZÁLEZ IBÁÑEZ, J., “El principio de jurisdicción universal en el ordenamiento jurídico español. Una conquista bajo amenaza”, GONZÁLEZ IBÁÑEZ, J. (Dir.), *Protección Internacional de Derechos Humanos y Estado de Derecho*, Grupo Editorial Ibáñez, Bogotá, 2009, pp. 889-921; y MARTÍNEZ RIVAS, F., “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*, marzo 2010, pp. 359-375. Un análisis sobre cómo afectó la reforma operada con la LO 1/2009 en la jurisprudencia de los tribunales españoles lo podemos encontrar en MARULLO, M^a. CH., *Tendencias internacionales sobre la jurisdicción universal...*, *óp. cit.*, pp. 300-305 y PÉREZ ALONSO, E., “Las últimas reformas del principio de justicia universal...”, *óp. cit.*, pp. 174-196.

- 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 o convenios internacionales, en particular los Convenios de derecho internacional humanitario y de protección de 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 alguno 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”.

Califica Javier CHINCHÓN la *secuencia* seguida hasta llegar a la modificación del artículo 23.4 de la LOPJ a través de la LO 1/2009 de *súbita, insólita e inopinada*. Y no le falta razón pues fue a partir de la aprobación el 19 de mayo de 2009, tras el debate del estado de la Nación, de una resolución presentada por el Partido Popular (propuesta de resolución núm. 72), cuando un día después se incluyó una enmienda al Proyecto de *Ley de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina judicial* que modifica el artículo 23.4 de la LOPJ¹¹⁸³, ya en tramitación parlamentaria, que nada tenía que ver con el principio de jurisdicción universal¹¹⁸⁴, pues su objetivo era la reforma de los juzgados¹¹⁸⁵.

¹¹⁸³ CHINCHÓN ÁLVAREZ, J., “Análisis formal y material de la reforma del principio de jurisdicción universal en la legislación española: De la “abrogación *de facto*” a la “derogación *de iure*””, *Diario La Ley*, núm. 7211, 6 de julio de 2009, pp. 1-29, p. 1. El 14 de mayo de 2009 se aprobó en el Congreso de los Diputados el debate de la propuesta (enmienda) núm. 72 y, el 25 de junio de 2009, tras un estudio del Proyecto de Ley, se aprobó la modificación del 23.4 en el Congreso. Más tarde, el 7 de octubre de 2009, el Senado aprobaba el Proyecto de LO 1/2009 y 8 días más tarde lo hacía el Congreso en relación a las enmiendas aprobadas por el Senado, publicándose en el *BOE*, núm. 266, el 4 de noviembre de 2009 y entrando en vigor al día siguiente (Disposición Final Única). El proceso consistió fundamentalmente en una enmienda a la LO 1/2009 (Serie A. Proyectos de Ley, Congreso de los Diputados, IX Legislatura, *BOCG*, 6 de julio de 2009). La reforma contó con la aprobación de PSOE, PP, PNV, CIU, UPyD, ERC. En contra votó IU y se abstuvieron BNG y Nafarroa Bai (*Diario de*

La LO 1/2009 llevó a cabo una modificación del artículo 23, en sus apartados 4º y 5º de la LOPJ, *reforzando* el elenco de delitos previsto en el mismo “cuya persecución venía amparada en los convenios y costumbre del Derecho internacional, entre ellos los de lesa humanidad”¹¹⁸⁶, que se añade al apartado a), y eliminándose el delito de falsificación de moneda extranjera “sin razón aparente” que, en todo caso, podrá seguir persiguiéndose de acuerdo a la cláusula residual contenida en el apartado h), al ser España parte en el *Convenio Internacional para la Represión de la Falsificación de Moneda*¹¹⁸⁷. Además, “no ha incluido explícitamente en el listado de los crímenes internacionales, sobre los cuales poder

Sesiones del Congreso de los Diputados, núm. 113, de 15 de octubre de 2009). La modificación de la LOPJ se produce en la *clandestinidad*, sin debate parlamentario alguno, únicamente durante el debate sobre la Ley de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina judicial, en concreto en el Anexo del Proyecto de *Ley Orgánica complementaria de la Ley de Reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina judicial* (BLANCO CORDERO, I., “Sobre la muerte de la jurisdicción universal”, *Revista General de Derecho Penal*, núm. 12, 2009, pp. 1-18, p. 7). En el mismo sentido, Carmen MÁRQUEZ CARRASCO y Magdalena MARTÍN MARTÍNEZ al señalar que “al adoptarse el acuerdo aprovechando el trámite de enmiendas al Proyecto de *Ley de Reforma de la Legislación Procesal para la Implantación de la Oficina Judicial*, se ha sustraído esta reforma al necesario debate informado que la cuestión exige” (“El principio de jurisdicción universal en el ordenamiento jurídico español: pasado, presente y futuro”, *AMDJ*, vol. XI, 2011, pp. 251-303, p. 277).

¹¹⁸⁴ Diversos autores acusaron en aquel momento de estar llevándose a cabo una reforma que iba en contra del *Plan Nacional de Derechos Humanos*, aprobado en Consejo de Ministros el 12 de diciembre de 2008 (disponible en <https://www.idhc.org/arxius/incidencia/1424254612-PlanDH.pdf>) y entre sus objetivos concretos estaba escrito: “La lucha contra la impunidad y el apoyo activo a la Corte Penal Internacional, a los tribunales y otros mecanismos contra la impunidad” (p. 10). Sin embargo, entre los diversos instrumentos e instituciones citadas, no se hace alusión alguna al principio de jurisdicción universal (pp. 18-19).

¹¹⁸⁵ Aunque finalmente “acabó dando también entrada a gran parte de las demandas laborales de los jueces”, COMELLAS AGUIRREZÁBAL, M^a. T., “La jurisdicción universal en España tras la reforma de 2009...”, *óp. cit.*, p. 101.

¹¹⁸⁶ BONET ESTEVA, M., *óp. cit.*, p. 10. “Sorprende, no obstante, que finalmente no se hayan añadido los crímenes de guerra, pese a que el propio preámbulo de la Ley Orgánica menciona que su inclusión constituye una de las razones que han movido al legislador a reformar el artículo 23.4 LOPJ”, aunque los jueces españoles tendrán competencia en razón de los Convenios de Ginebra de 1949 y el Protocolo Adicional I de acuerdo con el apartado h). “Del mismo modo, desde diversos sectores se ha lamentado también que no se haya aprovechado (...) para incluir todos los delitos internacionales que, según los tratados internacionales, *puedan* ser perseguidos en España, pues en la actual letra h) sigue empleándose el verbo *deber*, y una interpretación literal de la misma excluiría los tratados que prevean una jurisdicción universal facultativa”, (COMELLAS AGUIRREZÁBAL, M^a. T., “La jurisdicción universal en España tras la reforma de 2009...”, *óp. cit.*, p. 104).

¹¹⁸⁷ *Convenio Internacional para la Represión de la Falsificación de Moneda*, hecho en Ginebra el 20 de abril de 1922, *Gaceta de Madrid*, 8 de marzo de 1931. Se elimina también, señala Javier GUARDIOLA GARCÍA, donde antes decía ‘según la ley penal española’ dice ahora ‘según la ley española’, quizá en “un intento de recoger previsiones extrapenales que alguno de los delitos en cuestión obligan a considerar para afirmar la tipicidad, aunque considerando el absoluto silencio al respecto de la tramitación del precepto más probable me parece que sea sencillamente una omisión por inadvertencia” (“La reforma del artículo 23.4 de la LOPJ: ¿De jurisdicción universal a jurisdicción extraterritorial?”, *ReCrim*, 2009, pp. 265-268, pp. 266-267).

aplicar esta jurisdicción, los crímenes de guerra, hecho que ha puesto en duda las intenciones reales del legislador a la hora de reformar el principio de jurisdicción universal”¹¹⁸⁸, dejando sin contenido lo anunciado en la Exposición de Motivos.

La reforma “no afectó en cambio al derecho de acción”¹¹⁸⁹ pero sí condicionó la operatividad del principio de justicia universal a la existencia de vínculos de conexión con el Estado español¹¹⁹⁰, requisitos que fueron ya establecidos por la *popular* Sentencia 327/2003 del TS en el asunto *Guatemala*, más tarde anulados por la también conocida Sentencia 237/2005 del TC por considerarlos contrarios a la naturaleza del artículo 23.4 de la LOPJ¹¹⁹¹.

“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”¹¹⁹².

Con todo, no era la primera vez que se establecían requisitos para el ejercicio de la jurisdicción universal pues, como se apuntó, la reforma llevada a cabo por la LO 3/2005 exigió, para el delito de mutilación genital femenina, el vínculo de la territorialidad (*vid. supra* apdo. I, 2). Se producía así el paso de una

¹¹⁸⁸ MARULLO, M^a. CH., *Tendencias internacionales sobre la jurisdicción universal...*, *óp. cit.*, p. 291.

¹¹⁸⁹ “Se mantuvo inalterada la posibilidad de que en los supuestos previstos en el artículo 23.4 LOPJ el inicio de las actuaciones penales tuviera lugar a iniciativa del Ministerio Fiscal (acusación pública), del ofendido o agraviado (acusación particular), o de cualquier ciudadano de nacionalidad español (acusación popular)”, SÁNCHEZ LEGIDO, Á., “El fin del modelo español de...”, *óp. cit.*, p. 23.

¹¹⁹⁰ “¿Paso atrás o racionalización del principio de jurisdicción universal? El realismo de un mundo dividido en Estados (con los que España debe relacionarse, cooperar, comerciar...) y la existencia ya de órganos penales de naturaleza internacional pueden ayudarnos a digerir lo que mentes bienintencionadas ven de entrada como un retroceso en la lucha contra los crímenes internacionales”, GUTIÉRREZ ESPADA, C. y CERVELL HORTAL, M^a. J., *El Derecho Internacional en la encrucijada...*, *óp. cit.*, p. 418.

¹¹⁹¹ Sin embargo, el TS volvió a tratar de nuevo la cuestión de la jurisdicción universal en la Sentencia núm. 645/2006, de 20 de junio, señalando su deseo de “mantener el diálogo institucional y constructivo que debe presidir la relación entre el Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo, invitando a aquél a un nuevo análisis de las cuestiones que el principio de la jurisdicción universal implica” (Fundamento de Derecho 2^o). Anhele que, como señala el profesor Javier CHINCHÓN, “parece que ha terminado por tornarse realidad, aunque no de la mano del Tribunal Constitucional, sino en virtud de la decisión tomada por el Partido Popular y el Partido Socialista Obrero Español el pasado día 19 de mayo” (“Análisis formal y material de la reforma del principio de jurisdicción universal...”, *óp. cit.*, p. 9).

¹¹⁹² MARULLO, M^a. CH., *Tendencias internacionales sobre la jurisdicción universal...*, *óp. cit.*, p. 297.

jurisdicción universal *absoluta* a una jurisdicción universal *restringida* tal y como la veía el TS¹¹⁹³.

Los requisitos introducidos por la reforma de la LO 1/2009 son dos:

- los responsables del delito han de encontrarse en territorio español¹¹⁹⁴, las víctimas deben ser españolas¹¹⁹⁵ o han de existir vínculos de conexión con España y
- ese asunto no debe estar siendo investigado por otro tribunal competente o por un tribunal internacional¹¹⁹⁶.

¹¹⁹³ Sentencias de la Sala de lo Penal del TS núm. 645/2006, de 20 de junio, y núm. 327/2003, de 25 de febrero, cuyo Fundamento de Derecho 7º advertía: “el ejercicio de la jurisdicción universal no puede contravenir otros principios del derecho internacional público ni operar cuando no existe un punto de conexión directo con intereses nacionales”; y añadía en el Fundamento de Derecho 8º: “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”.

¹¹⁹⁴ Antes de la reforma era éste un requisito que se exigía sólo en el delito de mutilación genital femenina, por lo que a juicio de Carmen LAMARCA, lo que se hace es “confundir la cuestión de la competencia jurisdiccional con la exigencia de un requisito procedimental de enjuiciamiento pues, como es sabido, lo que prohíbe nuestra legislación procesal son los juicios en ausencia (por cierto, no en todos los casos)”, lo que plantea una multitud de problemas (“La reforma actual de la Justicia Universal”, *óp. cit.*, p. 16).

¹¹⁹⁵ Exigir que la víctima sea nacional española (de origen o adquirida *a posteriori*) nos llevaría a confundir el principio de jurisdicción universal con el principio de personalidad pasiva reconocido también en nuestro ordenamiento jurídico y, además, desvirtuaría el principio de justicia universal. “Lo que sí cabe defender es una interpretación amplia del concepto “víctima” que también integra este requisito. La ley utiliza la expresión víctima que a mi juicio tiene un significado más extenso que la de sujeto pasivo u ofendido por el delito. Como es sabido, víctima es tanto quien sufre directamente las consecuencias del hecho delictivo como sus familiares, al menos los más directos o aquellos que tenían una especial vinculación (...) ¿Concepto procesal? Los legitimados para presentar acusación”, de forma que nos encontramos ante una interpretación extensiva de este criterio (LAMARCA PÉREZ, C., “La reforma actual de la Justicia Universal”, *óp. cit.*, p. 17).

¹¹⁹⁶ Claramente el legislador está haciendo referencia al principio de subsidiariedad o, como señala Margarita BONET, a la “cláusula de necesidad de intervención” (*óp. cit.*, p. 11). Sin embargo, siguiendo a Manuel OLLÉ, ya hemos apuntado que no existe en la actualidad ningún instrumento internacional que establezca preferencias entre jurisdicciones nacionales; sí entre una jurisdicción nacional y otra internacional. Incluso, señala, “tampoco he encontrado ninguna regla de derecho consuetudinario que establezca preferencias” y acude al ejemplo del artículo 146 del cuarto Convenio de Ginebra que obliga “a ejercer la jurisdicción universal, sin imponer la jurisdicción territorial del lugar de comisión ni, por tanto, establecer prioridad alguna”. Por lo tanto, en su opinión, la reforma llevada a cabo por la LO 1/2009 no debe entenderse como una *subsidiariedad limitada*, sino que se debe establecer que se entiende por *procedimiento eficaz*, esto es, “habrá que ver si el Estado del lugar de comisión del delito en el que el mismo se está investigando, está realizando su actuación de buena fe, tanto en la instrucción como en la investigación y el enjuiciamiento”, tomando el ejemplo del principio de complementariedad establecido en el artículo 17 del Estatuto de la CPI para evitar así *procesos maquillaje* (*vid. supra* Capítulo II, apdo. II, 2). Se trata de que los magistrados de la AN “archiven el procedimiento si hay un proceso efectivo en otro tribunal competente”. De forma que, lo que habría que hacer es, en primer lugar, “constatar que realmente ese otro tribunal es independiente y además no quiere favorecer a los que están presuntamente implicados en los crímenes, y que no se trata de una independencia meramente teórica”. En segundo lugar, comprobar que se trata de un proceso “efectivo y eficaz para procurar el resarcimiento de las víctimas, que sea capaz para identificar, juzgar y, en su caso, condenar a los

Tenemos, por lo tanto, dos condiciones cumulativas, siendo exigidos los tres primeros nexos de la primera condición de manera alternativa.

Sin duda, el nexo que más complicaciones produce ha sido el relativo al “vínculo de conexión con España” y al respecto, la primera pregunta que cabría hacerse es qué se entiende por tal. Como señala Montserrat ABAD,

“Es preciso tener en cuenta que si se estuviese incluyendo (de nuevo) el principio de protección, la sede más apropiada sería el párrafo anterior de la misma disposición, puesto que en ese lugar ya se recoge tal base de competencia penal”¹¹⁹⁷.

Como ya señalamos (*vid. supra* Capítulo III, apdo. I, 1, 1.1), se trata de un *concepto jurídico indeterminado* que atenta contra el principio de legalidad penal, pues “no se trata de una mera norma de procedimiento sino de un criterio esencial para el ejercicio de la jurisdicción, esto es, para el acceso a la tutela judicial efectiva”¹¹⁹⁸. Sin embargo, llama la atención el hecho de que la LO 1/2009 no hace ninguna interpretación y tampoco recoge ningún concepto sobre lo que debe entenderse por “vínculo de conexión”. Pero más aún llama la atención el hecho de que las Convenciones de Ginebra y el Código Penal español señalan que no será necesario vínculo alguno para perseguir los crímenes de guerra sino que los Estados que las han ratificado tendrán la obligación, de acuerdo al principio de justicia universal, de enjuiciar a los autores de los mismos¹¹⁹⁹. Si hubiéramos de tener en cuenta estos vínculos de conexión con España estaría solapándose este principio con el principio de protección real, de forma que aquél estaría

acusados”. En tercer lugar, que se haya llevado a cabo una investigación exhaustiva en el país donde se dice que se ha cometido, habiendo sido agotados todos los medios necesarios para esclarecer la verdad judicial”. Y, por último, “que no exista cosa juzgada, porque nadie debe ser juzgado y condenado, o absuelto dos veces por los mismos hechos”. Ahora bien, señala Manuel OLLÉ, debe tratarse de una *cosa juzgada lícita*, esto es, para que la cosa juzgada no sea *fraudulenta* (o *devaluada* como señala la CIDH) “deben haberse respetado las reglas del debido proceso respecto a todas las partes, también los victimarios” (“La reforma actual de la Justicia...”, *óp. cit.*, pp. 20-22).

¹¹⁹⁷ ABAD CASTELOS, M., “La persecución restringida de los delitos que lesionan valores esenciales de la comunidad internacional: ¿sigue existiendo la jurisdicción universal en España?”, *Universitas. Revista de Filosofía, Derecho y Política*, núm. 15, enero 2012, pp. 65-90, p. 84.

¹¹⁹⁸ LAMARCA PÉREZ, C., “La reforma actual de la Justicia Universal”, *óp. cit.*, p. 17.

¹¹⁹⁹ En este sentido, no deja indiferente cómo la decisión sobre el recurso de apelación que lleva a cabo el Pleno de la AN en el asunto *Tíbet*, durante el debate calificó los hechos como crímenes de guerra pero en la resolución del recurso de apelación habló de genocidio, y así lo podemos leer en el voto particular al mismo.

renunciando a su fundamento pues, como tantas veces hemos señalado, “la mayor legitimidad moral del reconocimiento del principio de jurisdicción universal reside precisamente en que no está basado en la defensa de intereses propios”¹²⁰⁰. Por lo tanto, la reforma obligó a que la justicia universal pasara a tener un carácter subsidiario, supeditando su activación a requisitos que no siempre resultan fácil de acreditar. Y, además, como apunta Javier CHINCHÓN,

“no debe pasarse por alto que los nuevos requisitos que ahora se quieren imponer para ellos se habrán de considerar también cuando se trate de otros delitos como la piratería y apoderamiento ilícito de aeronaves, los relativos a la prostitución y los de corrupción de menores e incapaces, el tráfico ilegal de drogas psicotrópicas, tóxicas y estupefacientes, o el tráfico ilegal o inmigración clandestina de personas, sean o no trabajadores; y en este punto no está claro que los legisladores hayan valorado en profundidad las implicaciones que tendrá el nuevo texto anunciado en o para su eficaz persecución”¹²⁰¹.

La LO 1/2009 no incluye, a diferencia de la siguiente reforma llevada a cabo en 2014, cláusula de retroactividad, de forma que cabría pensar que los nexos señalados solamente serán exigidos a los asuntos venideros. Por el contrario, si éstos ya estuvieren en curso pero se constata que se ha abierto un nuevo proceso en otro Estado que tenga competencia o ante un tribunal internacional, serán archivados. Sin embargo, como sabemos, la aplicación retroactiva de la norma depende de su propia naturaleza y la LOPJ ha sido considerada, tanto por la AN en el asunto *Pinochet* (“no es norma de punición, sino procesal” ya que “no tipifica o pena ninguna acción u omisión”) como por el TS en el asunto *Scilingo* (Sentencia núm. 798/2007), una norma de orden procesal. De forma que, como señala Isidoro BLANCO,

“Al ser una norma de carácter procesal, no queda afectada por la prohibición de no retroactividad y su aplicación a efectos de enjuiciamiento penal de hechos anteriores a su vigencia no vulnera el artículo 9.3 de la Constitución española. La

¹²⁰⁰ LAMARCA PÉREZ, C., “La reforma actual de la Justicia Universal”, *óp. cit.*, p. 18.

¹²⁰¹ CHINCHÓN ÁLVAREZ, J., “Análisis formal y material de la reforma del principio de jurisdicción...”, *óp. cit.*, p. 12.

consecuencia de esta consideración es que la nueva ley se aplicará a todos los casos pendientes desde el momento en que entre en vigor”¹²⁰².

Antes de aprobarse la LO 1/2009, escribía Javier CHINCHÓN:

“Lo que parece fuera de toda dudas es que si, finalmente, se articula alguna disposición en la reforma que impidiese continuar a los procedimientos ya iniciados si no se ajustan a los nuevos requisitos previstos, la razón última que ha impulsado e impulsa este lamentable “proceso de modificación” quedaría claramente expuesta ante todos”¹²⁰³.

Ahora ya podemos afirmar que la razón ha quedado expuesta.

Difícil ha sido conocer los verdaderos motivos que llevaron al legislador a proponer la reforma lo que, según Juana DEL CARPIO, obedece a la falta de un verdadero debate en el Congreso y en el Senado¹²⁰⁴. La Exposición de Motivos de la LO 1/2014, de 13 de marzo, señala que en la reforma operada con la LO 1/2009,

“latía la idea de 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,

¹²⁰² Ahora bien, incluso aunque se hubiera considerado el artículo 23.4 una norma sustantiva, “el resultado hubiera sido el mismo que si se considera una ley procesal, el juez debe archivar los casos que carezcan de alguno de los vínculos que señala la nueva redacción. La razón es la retroactividad de las leyes penales favorables de acuerdo con la Constitución española. El artículo 9.3 CE garantiza el principio de irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales. La única excepción a la regla de irretroactividad de la ley penal es la retroactividad de la ley penal más favorable, y en este caso el efecto favorable se manifiesta en que el caso será sobreseído y el acusado no será objeto de enjuiciamiento” (BLANCO CORDERO, I., “Sobre la muerte de la jurisdicción universal”, *óp. cit.*, pp. 15-16). Por lo tanto, el archivo de la demanda en el asunto *Tíbet* se debió a la naturaleza procesal de la LO 1/2009, a pesar de la dura crítica recogida en el Voto Particular firmado por los tres magistrados, al señalar éstos que, de acuerdo con el artículo 9.3 de la Constitución Española que regula el principio de irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales, la reforma que se lleva a cabo del artículo 23.4 LOPJ “no tiene una naturaleza puramente procesal sobre la que rija sin más el principio *tempus regit actum* puesto que regula aspectos sustanciales del ejercicio del derecho constitucional a la tutela judicial efectiva”, Auto del Pleno de la Sala de lo Penal de la AN, núm. 20/2010, de 27 de octubre.

¹²⁰³ CHINCHÓN ÁLVAREZ, J., “Análisis formal y material de la reforma del principio de jurisdicción universal...”, *óp. cit.*, p. 13.

¹²⁰⁴ DEL CARPIO DELGADO, J., *óp. cit.*, p. 2.

adaptando la justicia universal al principio de subsidiariedad y a la jurisprudencia constitucional del Tribunal Supremo”¹²⁰⁵.

Sin embargo, la doctrina ha ofrecido múltiples justificaciones jurídicas/legales a esa reforma. La primera hace referencia a la consecución de un principio de jurisdicción universal más eficaz¹²⁰⁶, sin convertirnos en los “gendarmes judiciales del mundo”¹²⁰⁷. La segunda, la imposibilidad material de que los tribunales españoles puedan hacerse cargo de los asuntos derivados del ejercicio de la jurisdicción universal, a pesar de sólo suponer un 0,0005% de los dos millones de los casos que hay pendientes en España¹²⁰⁸. Se ha aducido también la eliminación de la concepción neocolonialista sobre el ejercicio de la jurisdicción universal (la relativa al respeto del principio de prohibición de injerencia en los asuntos internos de otro Estado)¹²⁰⁹; la inutilidad de llevar a cabo procesos en un país,

¹²⁰⁵ Quizá hubiera sobrado el adjetivo “constitucional” y señalar simplemente que se trataba de adaptar el principio universal a la jurisprudencia del supremo (DEL CARPIO DELGADO, J. S., *óp. cit.*, p. 3). En el mismo sentido, José R. PARDO GATO: “lo que debiera haber dicho el legislador es que se pretendía “adaptar y clarificar la norma a la doctrina de la mayoría de los magistrados del TS, que en su día dejó sin efecto la unanimidad de los magistrados del TC”. Y añade que “no cabe perder de vista dos razones más formuladas en el seno del congreso por los portavoces de los dos partidos mayoritarios, que vienen a confirmar los argumentos esgrimidos: que con la reforma se pretende homologar nuestra legislación con la de los países de nuestro entorno, así como solventar la “problemática que muchas de las sentencias (...) afectaban a nuestras relaciones internacionales, generando a veces conflictos diplomáticos” como señalara J. Villarrubia Mediavilla y D. Montserrat Montserrat en la sesión plenaria del Congreso el 25 de junio de 2009, *Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados*, sesión Plenaria, núm. 90, del 25 de junio de 2009, p. 2 (*óp. cit.*, pp. 18-19). Ahora bien, señala Juana S. DEL CARPIO que “no se sabe cómo se va a conseguir la pretendida homologación si la configuración actual del principio de justicia universal es la más restrictiva de la que se puede encontrar en las legislaciones de nuestro entorno” y, en relación al segundo argumento, “la preocupación del gobierno actual no aparece cuando se estaban juzgando los delitos cometidos durante alguna de las dictaduras en Latinoamérica, surgen cuando los tribunales españoles se hacen eco de las denuncias de las víctimas de los delitos cometidos por nacionales de USA, Israel y China” (*óp. cit.*, p. 2).

¹²⁰⁶ María Teresa COMELLAS no cree que la reforma suponga una eficacia mayor del principio de jurisdicción universal. Sin embargo, la reforma sí le suscita la siguiente pregunta: “¿justicia para quién?”, entendiéndolo que en el futuro será una justicia más selectiva lo que puede dar lugar a un instrumento “neo-colonizador” o imperialista (“La jurisdicción universal en España tras la reforma de 2009...”, *óp. cit.*, p. 109).

¹²⁰⁷ Declaración del presidente del TS y del CGPJ, Carlos Dívar: “no nos podemos convertir en los gendarmes judiciales del mundo” o no podemos “estar en conflicto diplomático diario”, *El Mundo*, 4 de mayo de 2009.

¹²⁰⁸ “Hemos pasado del no a la guerra al sí al crimen de guerra”, Junquera, N., *El País*, 2 de junio de 2009.

¹²⁰⁹ Principio de no intervención recogido en el artículo 2.7 de la *Carta de las Naciones Unidas* de 26 de junio de 1945. Como bien señala Carmen LAMARCA, defender este principio es “defender un concepto de soberanía trasnochado y escasamente democrático”, añadiendo que le recuerda al “famoso e hispano argumento de que “los trapos sucios deben lavarse en casa” que durante tantos años se utilizó para sustraer a la justicia y ocultar los casos de violencia de género. (...) hoy no caben este tipo de argumentos frente a actuaciones delictivas, máxime cuando se trata de los

como España, que no permite la celebración de juicios *in absentia*; el peligro de abusar, por parte de jueces y magistrados, de la emisión de órdenes de detención y sus riesgos en cuanto a las controversias internacionales que puedan suscitarse, así como una jurisprudencia dispar. Ahora bien, a pesar de las múltiples razones señaladas, lo cierto es que fueron *motivos políticos y de mercado*¹²¹⁰ los verdaderos causantes de la reforma de la LOPJ (*vid. supra* Capítulo III, apdo. I, 3) y las presiones que España sufrió de países como China¹²¹¹, Estados Unidos¹²¹² o Israel¹²¹³ para que no prosperasen asuntos en curso¹²¹⁴. Así lo entiende también el

delitos más graves que atentan contra los más elementales derechos humanos” (“La reforma actual de la Justicia...”, *óp. cit.*, p. 18).

¹²¹⁰ Como señala el profesor José Elías ESTEVE, “lamentablemente de todo esto se desprende que en esta nueva era de la globalización de la economía (pero no de la justicia), los dictados políticos de los nuevos actores internacionales quedan condicionados por los criterios de mercado, que en muchos casos imponen las empresas multinacionales, y más aún, cuando delante se tiene al gigante asiático. Y todo ello pese a que se está pagando un alto precio por parte de nuestros ciudadanos al deslocalizar nuestras empresas a otros países que irremediablemente provocan una creciente bolsa de desempleados en nuestro país; pero parece que esta otra “conexión nacional” tampoco les preocupa a nuestros dirigentes que no dejan de viajar a China al más alto nivel con nuestros empresarios que se llevan los puestos de trabajo al gigante asiático” (“Evolución de la Justicia Universal en España...”, *óp. cit.*, pp. 14-15).

¹²¹¹ El primer testimonio ofrecido por una víctima del Tíbet ante el Juez de la AN “provocó las airadas propuestas del Gobierno Chino, a través del portavoz del Ministerio Chino de Exteriores, Liu Jianchao, quien declaró a los medios de prensa internacionales que la investigación sobre los presuntos crímenes internacionales acaecidos en Tíbet eran “una difamación total, una absoluta mentira” y que obedecía a intenciones secesionistas orquestadas por la “camarilla del Dalai Lama”. Además, el Gobierno de Pekín llamó al embajador español en la capital china, para protestar por las actuaciones de la justicia española, asegurándole que el empleo de la cuestión de los Derechos Humanos en el Tíbet era una excusa para interferir en los asuntos internos en China. A ello añadían, que no sólo se oponían a esa injerencia externa de los jueces españoles, sino que abiertamente reconocieron que los tribunales españoles no poseían la potestad para enjuiciar este caso, y al mismo tiempo confiaban que el Gobierno de España atendiera la petición de “gestionar de forma apropiada este problema, para que las relaciones chino-españolas pudieran, con el esfuerzo de ambas partes, seguir desarrollándose de forma saludable”; declaración que a todas luces pone de manifiesto la inexistente separación de poderes en China” (ESTEVE MOLTÓ, J. E., “Evolución de la Justicia Universal en España...”, *óp. cit.*, p. 10). Ver también ESTEVE MOLTÓ, J. E., “La Ley Orgánica 1/2014 de reforma de la jurisdicción universal...”, *óp. cit.*, pp. 152-158.

¹²¹² “Asimismo también el gobierno norteamericano de Obama ha venido oponiéndose a las investigaciones de la AN sobre los casos de Guantánamo, vuelos de la CIA y el del cámara español José Couso asesinado en Bagdad, como queda sobradamente acreditado en los célebres cables revelados por Wikileaks” (ESTEVE MOLTÓ, J. E., “Evolución de la Justicia Universal en España...”, *óp. cit.*, p. 10). “El caso Couso en los cables *wikifiltrados* del Departamento de Estado: “Los ministros españoles trabajan para que no prosperen las órdenes de detención”, *El País*, 30 de noviembre de 2010. Véase también SÁNCHEZ LEGIDO, Á., “El fin del modelo español de...”, *óp. cit.*, p. 21 y ESTEVE MOLTÓ, J. E., “La Ley Orgánica 1/2014 de reforma de la jurisdicción universal...”, *óp. cit.*, p. 156.

¹²¹³ Así, en enero de 2009, Tzipi Livni, ex Ministra de Exteriores, presentaba sus quejas al entonces Ministro de Exteriores español, Miguel Ángel Moratinos, por la investigación realizada por la AN contra un Ministro israelí por el bombardeo llevado a cabo en Gaza en el año 2002 que se cobró la vida de 14 personas. El Ministro Moratinos, en su entonces puesto de Representante de la Unión Europea para Oriente Medio, aseguró a la ex Ministra que la norma española sería modificada de forma que se impidiera así que el juez pudiera continuar avanzando (ESTEVE MOLTÓ, J. E., “Evolución de la Justicia Universal en España...”, *óp. cit.*, p. 11). Y, claro, llama la atención que sea

abogado José R. PARDO GATO al señalar que si bien las causas que aparecen en la Exposición de Motivos pueden tener cierto peso (“concreción legal del principio de jurisdicción universal a través de limitaciones jurisprudenciales, así como limitaciones indirectas a través de la ley de cooperación con la CPI, razones de economía procesal”), lo cierto es que no fueron las determinantes, siendo razones de *presión política* las que realmente llevaron a la reforma de 2009. Según él, buena prueba de ello es, por un lado, que “esta reforma no naciera de un anteproyecto de ley aprobado por el Gobierno, sino que obedece a una enmienda presentada por los grupos parlamentarios Socialista, Popular, Convergencia i Unió y EAJ-PNV, durante la tramitación parlamentaria del *Anteproyecto de Ley de Reforma de la Legislación Procesal para la Implantación de la Nueva Oficina Judicial*”¹²¹⁵ y, por otro, el hecho de que fuera más impulsada por la *insistencia* del Ministro de Exteriores que por la *iniciativa* del Ministro de Justicia¹²¹⁶. Todos estos motivos, junto a la negativa constante a abrir causa alguna en relación a los crímenes cometidos durante el franquismo en España, fueron los principales culpables de la modificación del artículo 23.4 de la LOPJ por la LO 1/2009¹²¹⁷. Quizá, al hilo de la reflexión de Isidoro BLANCO deberíamos preguntarnos si las justificaciones

Israel cuando precisamente fue el que, basándose en el principio de justicia universal, solicitó en 1961 la extradición de Adolf Eichmann para ser juzgado en Israel. Véase también SÁNCHEZ LEGIDO, Á., “El fin del modelo español de...”, *óp. cit.*, p. 21.

¹²¹⁴ En aquel momento eran catorce las causas ante los seis juzgados de la AN en relación a nueve Estados: China (asunto *Tíbet*), El Salvador (asunto *los jesuitas de El Salvador*), Estados Unidos (asunto *Guantánamo* o *los seis de Bush*, asunto *vuelos de la CIA* y asunto *Couso*), Guatemala (asunto *exterminio población maya*), Alemania (asunto *de los miembros de las SS*), Israel (asunto *relativo a la muerte de civiles en Gaza*), Marruecos (asunto *Sáhara*), México (asunto *Atenco*), Ruanda (asunto *relativo al genocidio de 1994*) y Argentina (asunto *relativo a los crímenes cometidos durante la dictadura 76-83*), MÁRQUEZ CARRASCO, C. y MARTÍN MARTÍNEZ, M., “El principio de jurisdicción universal en el ordenamiento jurídico español...”, *óp. cit.*, pp. 292 y ss. En el mismo sentido, COMELLAS AGUIRREZÁBAL, M^a. T., “La jurisdicción universal en España tras la reforma de 2009...”, *óp. cit.*, p. 102.

¹²¹⁵ PARDO GATO, J. R., *óp. cit.*, p. 18.

¹²¹⁶ ABAD CASTELOS, M., “La persecución restringida de los delitos que lesionan valores esenciales de la comunidad internacional: ¿sigue existiendo la jurisdicción universal en España?”, *Universitas. Revista de Filosofía, Derecho y Política*, núm. 15, enero 2012, pp. 65-90, p. 77. En el mismo sentido, GUARDIOLA GARCÍA, J., “La reforma del artículo 23.4 de la LOPJ...”, *óp. cit.*, p. 265.

¹²¹⁷ Sin embargo, en la doctrina las posiciones a favor y en contra de la reforma llevada a cabo por la LO 1/2009 estuvieron bastante igualadas: aquéllos que entendían la reforma como razonable y aquellos otros que lamentaban que España cediera “a las presiones exteriores, una decisión que supondrá la impunidad de los autores de crímenes contra la humanidad” (GIL PECHARROMÁN, X., “Los límites de la jurisdicción universal”, *Escritura Pública*, núm. 59, 2009, pp. 42-43, disponible en http://www.notariado.org/liferay/c/document_library/get_file?folderId=12092&name=DLFE-8588.pdf).

expuestas “son argumentos convincentes para cerrar los ojos ante las masacres que ocurren en el mundo”¹²¹⁸.

Otra cuestión que genera dudas es si la reforma llevada a cabo con la LO 1/2009 es compatible con la CE, en concreto con el derecho a la tutela judicial efectiva recogido en el artículo 24.1, incluso, con el artículo 96.1 y 10.2 de nuestro texto constitucional. Respecto a la tutela judicial efectiva, a pesar de que el TC en su Sentencia 237/2005 ya señaló que la restricción que hizo el TS (Sentencia núm. 327/2003) vulneraba el derecho a la tutela judicial efectiva, lo cierto es que aquella declaración de inconstitucionalidad se realizó basándose en una *interpretación estricta* del 23.4 de la LOPJ y en la *voluntas legislatoris*, de forma que, atendiendo a la reforma operada por la LO 1/2009, tanto la intención del legislador como la redacción del artículo han cambiado y, por lo tanto, no son elementos en lo que se pudiera basar una hipotética inconstitucionalidad¹²¹⁹.

Las críticas a la reforma a través de la LO 1/2009 son numerosas y provienen de varios sectores: la precipitación con que se ha llevado a cabo, las formas del proceso¹²²⁰, la exigencia de vínculos improcedentes en el caso de los crímenes internacionales más graves (que como se señaló, supone una restricción del derecho de acceso a las víctimas e introduce “un retroceso en el cumplimiento

¹²¹⁸ Y es que, quizá, al legislador español no le queden más opciones que la “táctica del avestruz” ante la soledad del ejercicio del principio de jurisdicción universal en el panorama internacional; o sí, “liderar una iniciativa global” (BLANCO CORDERO, I., “Sobre la muerte de la jurisdicción universal”, *óp. cit.*, p. 18), como ha señalado el juez José Ricardo DE PRADA: “lo más inteligente que podría haber hecho España es tomar pública e internacionalmente bandera y tratar de que otros Estados se hubieran sumado a esta iniciativa haciendo oídos sordos de las quejas diplomáticas. La experiencia nos demuestra que, lamentablemente, la diplomacia y los derechos humanos son como el agua y el aceite y que nunca se van a encontrar. Solo la voluntad de los Estados de dar supremacía a la defensa de los derechos humanos permite solventar esta controversia” (“Marco constitucional e internacional de la...”, *óp. cit.*, p. 27).

¹²¹⁹ BLANCO CORDERO, I., “Sobre la muerte de la jurisdicción universal”, *óp. cit.*, p. 17. Incluso, Enrique SANTIAGO ROMERO, en representación de la Plataforma contra la Impunidad, por la Justicia Universal, solicitó a través de un escrito de fecha 13 de enero de 2010, al Defensor del Pueblo, Enrique MÚGICA HERZOG, la interposición de un recurso de inconstitucionalidad que, previo informe de la Junta de Coordinación y Régimen Interior, fue finalmente denegado (disponible en <http://www.nodo50.org/csca/agenda10/palestina/pdf/respuestadeldefensorPueblo.pdf>).

¹²²⁰ Así lo denunciaron 98 organizaciones y asociaciones en el *Manifiesto sobre la Reforma Legislativa que introducirá modificaciones al ejercicio de la Justicia Universal*, de 2 de junio de 2009 (disponible en <http://www.derechoshumanos.net/lesahumanidad/justiciauniversal-manifiesto-reforma-2009.htm>), no siendo ésta la única manifestación al respecto: *Tentativa de reforma de la competencia universal en España: un paso atrás en la lucha contra la impunidad de los crímenes más graves*, Federación Internacional de Derechos Humanos, de 22 de mayo de 2009; *Comunicado conjunto acerca de la introducción de limitaciones en el principio de Jurisdicción Universal*, Jueces para la Democracia, la Unión Progresista de Fiscales, Magistrados Europeos por la Democracia y las Libertades y el Grupo de Estudios de Política Criminal, de 26 de mayo de 2009.

del derecho a la verdad, a la justicia y a la reparación de las víctimas”¹²²¹), el archivo de algunas de las causas en curso (no todas, pues en algunas si se cumplían los nexos vinculantes) y, en general, el vacío de contenido del principio de justicia universal. Con todo, al frente a los que señalan que la reforma operada por la LO 1/2009 supuso una reforma *de facto* del principio de jurisdicción universal¹²²², se encuentran aquellos que, viendo la botella medio llena, han señalado que la limitación “no es tan restrictiva como lo han sido en otros ordenamientos”¹²²³ o que se trata de una eficacia restrictiva relativa¹²²⁴.

II. LA REFORMA OPERADA POR LA LEY ORGÁNICA 1/2014

La reforma legislativa más profunda del alcance del principio de jurisdicción universal, de todas las analizadas hasta ahora, fue la realizada por la *Ley Orgánica 1/2014, de 13 de marzo, de modificación de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, relativa a la justicia universal*¹²²⁵. España pasó desde

¹²²¹ ABAD CASTELOS, M., “La persecución restringida de los delitos que lesionan valores...”, *óp. cit.*, pp. 82-88.

¹²²² BLANCO CORDERO, I., “Sobre la muerte de la jurisdicción universal”, *óp. cit.*, p. 16. O incluso “la muerte” al señalar Amnistía Internacional un *Día de luto por la justicia universal*, Comunicado Conjunto de Amnistía Internacional y otras 7 organizaciones, Amnistía Internacional, de 25 de junio de 2009, disponible en <https://www.nodo50.org/csca/agenda09/misc/pdf/Amnesty.pdf>.

¹²²³ Así, Lorenzo M. BUJOSA VADELL señala que la reforma “no es tan grande” como pudiera haber sido en el caso de que los vínculos se hubieran exigido de forma cumulativa y no alternativa, como se establecen; entiende, además, “una exigencia muy razonable” e “ineludible” el que los Juzgados y Tribunales tengan en cuenta la litispendencia o cosa juzgada penal internacional; y, por último, en cuanto a las “consecuencias del derecho a la tutela judicial efectiva”, que señala el TC, “parece que deberá primar el principio *pro actione*, un factor más pues para concluir que la reforma no es tan restrictiva como lo ha sido en otros ordenamientos” (“En torno a la reforma del principio de justicia universal...”, *óp. cit.*, p. 3).

¹²²⁴ “Por el contrario, la relativa eficacia restrictiva de la exigencia de vínculos adicionales de conexión añadida por la reforma queda patente cuando se repara en su limitado impacto en relación con otros casos” en los que se reafirmaba la jurisdicción de los tribunales españoles, como ocurrió con el segundo asunto *Tíbet* o el asunto *Guantánamo* (SÁNCHEZ LEGIDO, Á., “El fin del modelo español...”, *óp. cit.*, pp. 25-26). En el mismo sentido, HELLMAN, J., *Jurisdicción universal sobre crímenes internacionales...*, *óp. cit.*, p. 235.

¹²²⁵ *Ley Orgánica 1/2014, de 13 de marzo, de modificación de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, relativa a la justicia universal*, BOE núm. 63, de 14 marzo de 2014. En opinión de Ana I. PÉREZ CEPEDA, “esta ley obedece a intereses políticos y económicos del Gobierno actual, desencadenados por las últimas resoluciones de la Audiencia Nacional en el denominado caso *Tíbet*, en las que se han estimado recursos de las acusaciones populares en contra del criterio del Ministerio Fiscal y que ordenaba la detención internacional de exlíderes chinos” (“Ley Orgánica 1/2014, de 13 de marzo...”, *óp. cit.*, p. 27). Sobre la reforma operada por la LO 1/2014 puede

ese momento a engrosar la lista de Estados que no sólo limitan el alcance de la jurisdicción universal (como ocurrió con la reforma operada por la anterior LO 1/2009), sino que la derogan *de facto*, como han puesto de manifiesto tanto la doctrina¹²²⁶ como diferentes organizaciones, instituciones y asociaciones¹²²⁷. Las expresiones utilizadas han sido varias: “el fin de la justicia universal”, “del intento por acabar con la jurisdicción universal”¹²²⁸, “la fulminación de la justicia universal”¹²²⁹, “crónica de una muerte anunciada”¹²³⁰, “crónica de una impunidad anunciada”¹²³¹, “material de desecho”¹²³², “ley de punto final”¹²³³... En el trasfondo había conflictos diplomáticos y, más concretamente, *una crisis abierta con*

consultarse: ABAD CASTELOS, M., “The end of Universal Jurisdiction in Spain?”, *SYBIL*, vol. 18, 2013-2014, pp. 223-230; CHINCHÓN ÁLVAREZ, J., “The reform(s) of Universal Jurisdiction in Spain: For Whom the Bells Tolls?”, *SYBIL*, vol. 18, 2013-2014, pp. 207-213; ALIJA, R. A., “Crónica de una muerte anunciada: análisis de la Proposición de Ley Orgánica para la reforma de la justicia universal en España”, *Revista catalana de dret públic. Blog*, 5 de febrero de 2014, disponible en <http://eapc-rcdp.blog.gencat.cat/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-alijs/>; ESCOBAR HERNÁNDEZ, C., “Universal Jurisdiction in Spain: Substantial Change of Model or Implied Repeal?”, *SYBIL*, vol. 18, 2013-2014, pp. 255-265; y BOLLO AROCENA, M^a. D., “The Reform of the Universal Jurisdiction in Spain”, *SYBIL*, vol. 18, 2013-2014, pp. 239-247. Un análisis sobre cómo afectó la reforma operada con la LO 1/2014 en la jurisprudencia de los tribunales españoles lo podemos encontrar en MARULLO, M^a. CH., *Tendencias internacionales sobre la jurisdicción...*, *óp. cit.*, pp. 300-305.

¹²²⁶ Aunque las diversas opiniones serán apuntadas a lo largo de este epígrafe, baste señalar de momento la opinión de Margarita ROBLES: “En cualquier caso, esta reforma parece confirmar el creciente pesimismo que se ha instalado entre un buen número de expertos en la materia que advierten sobre el retroceso o directamente el fracaso de la JU” (*óp. cit.*, p. 84).

¹²²⁷ En opinión de Amnistía Internacional, dicha modificación constituye “un retroceso sustancial en la obligación de investigar, perseguir y sancionar las más graves violaciones de derechos humanos y de derecho internacional humanitario”, *Análisis de Amnistía Internacional sobre la reforma de la jurisdicción universal en España tras la aprobación de la LO 1/2014*, Amnistía Internacional, Madrid, 2014, p. 4.

¹²²⁸ CHINCHÓN ÁLVAREZ, J., “Del intento por acabar con la jurisdicción universal para el bien de las víctimas y del Derecho internacional: examen crítico de la Ley Orgánica 1/2014, de 13 de marzo, de modificación de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, relativa a la justicia universal”, *Derecho Penal y Criminología*, núm. 5, 2014, pp. 161-173, p. 161.

¹²²⁹ PÉREZ, F., “El BOE fulmina la justicia universal”, *El País*, 14 de marzo de 2014.

¹²³⁰ ALIJA FERNÁNDEZ, R. A., “Crónica de una muerte anunciada: análisis de la Proposición de Ley Orgánica para la reforma de la justicia universal en España”, *Revista catalana de dret públic. Blog*, 5 de febrero de 2014.

¹²³¹ ESTEVE MOLTÓ, J. E., “El Tíbet ante la justicia universal: crónica de una impunidad anunciada”, *El País*, 11 de febrero de 2014, disponible en https://elpais.com/elpais/2014/02/11/planeta_futuro/1392113038_599851.html.

¹²³² BALTASAR, G., “El oasis de la impunidad”, *El País*, 3 de febrero de 2014, disponible en https://elpais.com/elpais/2014/01/30/opinion/1391092128_686290.html.

¹²³³ PÉREZ CEPEDA, A., “¿Es la jurisdicción Universal un instrumento eficaz contra la impunidad?”, *Relatoría del I Congreso Internacional sobre la jurisdicción universal*, Madrid, 2014, p. 17, disponible en <http://www.fibgar.org/congreso-jurisdiccion-universal/relatoria.pdf>.

*China*¹²³⁴, que fue la que probablemente llevó al Gobierno a una (nueva) modificación legislativa del artículo 23.4 de la LOPJ, también denominada *kow-tow*¹²³⁵.

“En este sentido, Amnistía Internacional ha llamado la atención de que la reforma de la LOPJ se ha realizado inmediatamente después de que un instructor de la Audiencia Nacional librara una orden de captura internacional contra cinco ex altos cargos del Partido Comunista Chino, entre ellos el ex presidente Jiang Zemin, por los crímenes de genocidio, torturas y lesa humanidad presuntamente cometidos en el Tíbet durante los años 80 y 90 del siglo pasado”¹²³⁶.

Respecto a los motivos de la aprobación de la LO 1/2014, su propia Exposición de Motivos señala:

¹²³⁴ GONZÁLEZ, M., “El gobierno reformará la ley para desactivar el proceso al régimen chino”, *El País*, 15 de diciembre de 2013, disponible en https://politica.elpais.com/politica/2013/12/15/actualidad/1387130940_131381.html. El Auto 270/2013, de 18 de noviembre de la AN (sección cuarta) decretó órdenes de arresto internacional contra el anterior Presidente chino, Jiang Zemin, y el anterior Primer Ministro, Li Peng, pues “racionalmente y *prima facie*, se deduce la existencia de indicios en la participación en los hechos objeto de la querrela (...) habida cuenta de la responsabilidad política o militar de cada uno de ellos en el largo periodo a que se remontan los hechos objeto de la investigación”. A las órdenes de arresto internacional debe añadirse el Examen Periódico Universal que el Consejo de Derechos Humanos en Ginebra realizaba en aquel momento a China. “De forma inmediata el impacto judicial y mediático del auto de la Audiencia Nacional desencadenó la amenazante reacción diplomática china, cuyos efectos se han sentido en la democracia española” (ESTEVE MOLTÓ, J. E., “La Ley Orgánica 1/2014 de reforma de la jurisdicción universal...”, *óp. cit.*, p. 170). Véase también ESTEVE MOLTÓ, J. E., “La nueva jurisdicción universal “a la carta” de China: la imposición del interés económico y de la deuda sobre la efectiva protección de los Derechos Humanos”, Comunicación presentada en el Congreso Internacional “El tiempo de los derechos. Los derechos humanos en el siglo XXI” Universidad de Cádiz, del 5 al 7 de junio de 2014, disponible en <http://www.tiempodelosderechos.es/docs/wp-15-14.pdf>; y SÁNCHEZ LEGIDO, Á., “El fin del modelo español de...”, *óp. cit.*, pp. 6-8. Como señala la profesora Amparo MARTÍNEZ GUERRA: “Para el gran público la jurisdicción universal, y en general la justicia penal internacional, navega entre el olvido y la indiferencia y sólo despierta del letargo con resoluciones que comprometen a representantes políticos o gubernamentales” (“La reforma de la “molesta” jurisdicción universal y sus primeras consecuencias”, *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, núm. 7, septiembre 2014 - febrero 2015, pp. 117-142, p. 118).

¹²³⁵ El *kow-tow* es un ritual que consiste en “arrodillarse tres veces e incluso el postrarse hasta nueve veces tocando la cabeza en el suelo, mientras el Emperador Chino, el Hijo del Cielo, permanecía impertérrito en lo alto del trono”. Y así ha ocurrido con la reforma del principio de jurisdicción universal del artículo 23.4 de la LOPJ llevada a cabo por LO 1/2014. Pero, cuidado, porque “si la democracia y los derechos humanos en Europa se arrodillan ante poderes autocráticos y corruptos como China con el objeto de salvar nuestras deudas públicas y las millonarias inversiones de las empresas transnacionales en un nuevo giro de “la nueva diplomacia económica”, irremediabilmente se está generando más miseria; miseria social, legal e incluso ética” (ESTEVE MOLTÓ, J. E., “La Ley Orgánica 1/2014 de reforma de la jurisdicción universal...”, *óp. cit.*, pp. 140-141).

¹²³⁶ *Análisis de Amnistía Internacional sobre la reforma de la jurisdicción universal en España tras la aprobación de la LO 1/2014*, Amnistía Internacional, Madrid, 2014, p. 26.

“Han pasado cuatro años desde que la mencionada reforma entrara en vigor y la realidad ha demostrado que hoy en día la jurisdicción universal no puede concebirse sino desde los límites y exigencias propias del Derecho Internacional. La extensión de la jurisdicción nacional fuera de las propias fronteras, adentrándose en el ámbito de la soberanía de otro Estado, debe quedar circunscrita a los ámbitos que, previstos por el Derecho Internacional, deban ser asumidos por España en cumplimiento de los compromisos internacionales adquiridos: la extensión de la jurisdicción española más allá de los límites territoriales españoles debe venir legitimada y justificada por la existencia de un tratado internacional que lo prevea o autorice, el consenso de la comunidad internacional”¹²³⁷.

El primero de los motivos que justifican la modificación operada por la LO 1/2014 podría, por tanto, resumirse en un estricto cumplimiento de la legalidad internacional. La primera cuestión que nos surge es: ¿por qué, entonces, la modificación realizada por la LO 1/2014 no respeta los límites y las exigencias del DI (*vid. infra* apdo. IV)? Como apunta Ángel LEGIDO, es además llamativo que se *arrojen dudas* acerca de la legalidad de la práctica de los tribunales españoles llevada a cabo hasta ahora, teniendo en cuenta la absoluta obediencia a la integridad territorial en la que se encontraban los sospechosos, el incondicional sometimiento al principio de subsidiariedad o concurrencia de jurisdicciones, así como un imperioso respeto también por parte de la jurisprudencia española en relación con las normas internacionales, en concreto, las referidas a la inmunidad¹²³⁸.

En opinión del profesor José Elías ESTEVE, dos son las consideraciones que se pueden hacer respecto a los motivos de reforma operada por la LO 1/2014: por

¹²³⁷ Exposición de Motivos, *Ley Orgánica 1/2014, de 13 de marzo, de modificación de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, relativa a la justicia universal*, BOE núm. 63, de 14 marzo de 2014, párr. 2º. Señala el profesor Ángel SÁNCHEZ LEGIDO que “llamativo resulta (...) no sólo que la exposición de motivos de la ley se centre exclusivamente en los primeros [elementos de legalidad], sino también que en ella se presente una reforma de tan profundo calado como si de una exigencia del Derecho internacional se tratara (“El fin del modelo español...”, *óp. cit.*, p. 29).

¹²³⁸ Respeto que no ha dudado en calificar como “exceso legalista”. Y añade: “Así las cosas, el único aspecto en el que podrían suscitarse dudas respecto de la legalidad de la práctica española preexistente tiene que ver con la todavía hoy irresuelta cuestión de la admisibilidad de la jurisdicción universal pura o *in absentia*, ámbito en el que tanto en el seno de la CIJ como en nuestro Tribunal Supremo se ha venido manteniendo una suerte de empate técnico sobre su admisibilidad o no en Derecho Internacional” (SÁNCHEZ LEGIDO, Á., “El fin del modelo español de...”, *óp. cit.*, pp. 29-34).

un lado, se da un “salto cuántico al pasado más ancestral, obsoleto y superado de la ley internacional, situándose en los tiempos en los que los derechos humanos eran “*domaine réservé*” de los Estados” acudiéndose al principio de no injerencia en los asuntos internos para así “salvaguardar y proteger a responsables políticos y militares, que además de genocidas y torturadores, son sobre todo socios comerciales de primer orden”¹²³⁹; y, por otro lado, se pregunta si “acaso la persecución de crímenes internacionales como el genocidio, no apuntan a ese acuerdo unánime de la comunidad internacional”¹²⁴⁰.

El segundo de los motivos que apunta la Exposición de Motivos es el hecho de que la existencia de tribunales penales internacionales (fundamentalmente, la CPI) conlleva replantear la relación de los tribunales españoles con aquellos e, incluso, con la jurisdicción ejercida por otros tribunales nacionales. Así, la Exposición de Motivos de la LO 1/2014 apunta:

“Al tiempo, la regulación de la materia debe ajustarse a los compromisos derivados de la ratificación por España el 19 de octubre de 2000 del Estatuto de la Corte Penal Internacional, como instrumento esencial en la lucha por un orden internacional más justo basado en la protección de los derechos humanos”.

Sin embargo, la complementariedad, que no subsidiariedad, de la CPI (*vid. supra* Capítulo II, apdo. II, 1, 1.1) no es entendida aquí en la forma correcta, esto es, tal y como sí hizo el legislador en la *Ley Orgánica 6/2000, de 4 de octubre por la que*

¹²³⁹ En el mismo sentido, apunta Amparo GUERRA: “Por lo que se refiere al necesario cumplimiento de las obligaciones impuestas a nuestro país por los Tratados internacionales, la LO 1/2014, partiendo del concepto de Estado soberano mantenido hasta mediados del siglo pasado, analiza las obligaciones asumiendo dos apriorismos erróneos. El primero, (...) que el principio de respeto a la soberanía de los Estados es ilimitado y, con ello, absoluto el de no injerencia en asuntos internos. (“La reforma de la “molesta” jurisdicción universal...”, *óp. cit.*, p. 120).

¹²⁴⁰ “Pero claro está a pesar de este consenso internacional, la justicia universal en unos determinados casos incurre en una injerencia de los asuntos internos de China, Estados Unidos o Israel, mientras que en otros asuntos cuando se trataba de perseguir a los responsables del holocausto judío, esa misma norma imperativa internacional se encuentra plenamente vigente y no sometida a ninguna limitación” (ESTEVE MOLTÓ, J. E., “La Ley Orgánica 1/2014 de reforma de la jurisdicción universal...”, *óp. cit.*, pp. 141 y 144-146). Además, apunta Javier CHINCHÓN que “nada se dice respecto a cuál sea esa “realidad”, ni qué es lo que “ha demostrado”, ni se explica si y cómo es posible entonces que desde tiempo atrás y hasta ahora la jurisdicción universal se concibiera y aplicase en España fuera de esos supuestos “límites y exigencias propias del Derecho Internacional” (“Del intento por acabar con la jurisdicción universal para el bien de las víctimas y del Derecho internacional...”, *óp. cit.*, p. 170).

se autoriza la ratificación por España del Estatuto de la Corte Penal Internacional¹²⁴¹. Y es que como apunta Amparo GUERRA:

“En definitiva, los Estados Parte del ER, incluido España, tienen jurisdicción preferente aplicando los principios de territorialidad, personalidad activa y pasiva, protección y jurisdicción universal. La subsidiariedad de la jurisdicción se predica de la CPI no de los tribunales españoles”¹²⁴².

Por último, el tercer motivo haría referencia, en el respeto al DI, a la necesidad de ampliar el elenco de delitos que son objeto de la jurisdicción española cuando se han cometido fuera del territorio español y así lo señala la Exposición de Motivos:

“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 o 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”.

Entre los delitos incluidos, destacan especialmente los crímenes de guerra, denominados en la LO 1/2014 “los delitos contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado” (art. 23.4.a), que no habían sido previstos hasta ahora de forma expresa y que cualquier intento de persecución universal de los mismos se hacía a través de la cláusula recogida ahora en la letra p: “cualquier otro delito cuya persecución se imponga con carácter obligatorio por un Tratado vigente para

¹²⁴¹ Ley Orgánica 6/2000, de 4 de octubre por la que se autoriza la ratificación por España del Estatuto de la Corte Penal Internacional, BOE núm. 239, de 5 de octubre de 2000. En la misma se apunta que “conforme al principio de complementariedad, la Corte no sustituye a las jurisdicciones penales nacionales. La jurisdicción de la Corte sólo se ejercerá de manera subsidiaria cuando el Estado competente no esté dispuesto a enjuiciar unos determinados hechos o no pueda hacerlo efectivamente”.

¹²⁴² MARTÍNEZ GUERRA, A., “La reforma de la “molesta” jurisdicción universal...”, *óp. cit.* p. 130.

España (...). Por lo tanto, podemos decir que, ahora, los crímenes de guerra pueden ser doblemente perseguidos, por la letra a) y por la letra p) del artículo 23.4 de la LOPJ.

Por otro lado, cabe hacer notar que algunos de los delitos incluidos “no atentan o ponen en peligro bienes jurídicos del orden internacional, es decir, no serían delitos o crímenes internacionales” por lo que tan *desafortunada* inclusión puede conllevar a vaciar de fundamento el principio de jurisdicción universal (*vid. supra* Capítulo I, apdo. III)¹²⁴³.

Además, la LO 1/2014 no sólo aumenta el elenco del número de delitos sino que también establece nexos de jurisdicción¹²⁴⁴, esto es, “establece un régimen diferenciado para cada uno de ellos, elevando *criterios de resolución de conflictos* a la categoría de *principios de atribución de la jurisdicción*”, pues éstos no son perseguidos por jurisdicción universal sino que sus propios textos suelen apostar por el principio de territorialidad y de personalidad, de forma que, “el Legislador, para cumplir con las obligaciones impuestas por los Tratados y convenios debe ubicar estos delitos en los números 2 y 3 pero no en el 4”. Así,

“mientras que, por un lado parece existir una cierta preocupación del Legislador por cumplir con las obligaciones derivadas de la firma y ratificación de determinados convenios, coexiste una actitud ciertamente preocupante con respecto a otros, concretamente aquellos que imponen a los Estados la obligación de perseguir los delitos de Derecho penal internacional”¹²⁴⁵.

El *sentido* que, en definitiva y según la Exposición de Motivos, inspira la reforma es

“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”¹²⁴⁶.

¹²⁴³ MARTÍNEZ ALCAÑIZ, A., *óp. cit.*, pp. 514-515.

¹²⁴⁴ En palabras de Ana I. PÉREZ CEPEDA, “un verdadero galimatías legal” (“Ley Orgánica 1/2014, de 13 de marzo...”, *óp. cit.*, p. 28).

¹²⁴⁵ MARTÍNEZ GUERRA, A., “La reforma de la “molesta” jurisdicción universal...”, *óp. cit.*, pp. 125-126.

¹²⁴⁶ Exposición de Motivos de la *LO 1/2014, de 13 de marzo, de modificación de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, relativa a la jurisdicción universal*, BOE núm. 63, de 14 de marzo de 2014, párr. 4º.

Esta afirmación llevada a cabo en la Exposición de Motivos acerca de “la necesaria adecuación de la normativa española a los Convenios y Tratados suscritos por nuestro país en la materia” podría “hacer presuponer que, desde la incorporación del principio de jurisdicción universal puro a la LOPJ en 1985 hasta la fecha, los hemos cumplido”¹²⁴⁷.

Junto a estos tres motivos citados de la propia LO 1/2014, hay otros que obedecen más bien a la realidad subyacente. Como ya se apuntó en relación a la LO 1/2009, la no perturbación de las relaciones internacionales o razones de *conveniencia política*¹²⁴⁸ han sido objetivos fundamentales de la reforma que analizamos y así ha sido señalado por la mayoría de la doctrina. Baste en representación de ella, las palabras de Margarita ROBLES:

“El motivo de la reforma se sitúa en las presiones recibidas como consecuencia de las causas abiertas contra ex dirigentes chinos en la AN, con una mención expresa al 20 por 100 de la deuda y a la necesidad de no perjudicar las relaciones internacionales”¹²⁴⁹.

Sin embargo, no sólo resultan curiosos los motivos que llevan a la modificación de la LO 1/2014, sino también el procedimiento por el que se aprueba esta ley (procedimiento de urgencia), con el único apoyo del partido mayoritario en el poder (el Partido Popular) y la oposición en contra del resto de partidos políticos, obviando así el (deseable) consenso y, por lo tanto, debate e ignorando la historia y la evolución de este principio en el Estado español.

“En este proceso hemos asistido probablemente a todo los ataques posibles a la lógica democrática y a la racionalidad parlamentaria. Ha habido un uso espurio de las reglas del juego democráticas, se ha utilizado al Parlamento como

¹²⁴⁷ MARTÍNEZ GUERRA, A., “La reforma de la “molesta” jurisdicción universal...”, *óp. cit.*, p. 121.

¹²⁴⁸ SÁNCHEZ LEGIDO, Á., “El fin del modelo español de...”, *óp. cit.*, p. 39.

¹²⁴⁹ Ahora bien, por un lado, como advierte el fiscal Carlos CASTRESANA, “lo que perjudica las relaciones internacionales no son las querellas, sino los crímenes” (ROBLES CARRILLO, M., *óp. cit.*, pp. 83-84) y, por otro, “se ha de recordar, tanto a nuestro Gobierno como al partido que tiene la mayoría parlamentaria con la que pretende imponer la reforma, que con eso no se evitan los conflictos, simplemente se claudica, y que estos se pueden producir siempre que exista una justicia independiente” (“Por una verdadera ley de justicia universal”, *Tiempo de Paz*, núm. 112, primavera 2014, pp. 77-80, p. 78).

“instrumento” del Gobierno, se ha evitado el debate político, se han hecho interpretaciones interesadas de los Reglamentos de las Cámaras y se ha obviado la opinión cualificada de instituciones tan importantes como el Consejo de Estado o el Consejo General del Poder Judicial, que mucho habrían tenido que decir sobre la constitucionalidad de la propuesta”¹²⁵⁰.

La presentación de una proposición de ley, y no de un proyecto de ley, por un lado, evitó los informes del Consejo Fiscal y del CGPJ y el dictamen del Consejo de Estado¹²⁵¹ y, por otro, impuso un procedimiento de lectura única en el Congreso y de urgencia en el Senado¹²⁵². Fueron suficientes 54 días para que se llevase a cabo su aprobación en el Congreso¹²⁵³.

¹²⁵⁰ DIEGO CASTELLANOS, E., “A menos parlamento, menos democracia, menos justicia”, *Tiempo de Paz*, núm. 112, primavera 2014, pp. 66-71, p. 67.

¹²⁵¹ De acuerdo con el artículo 21.2 de la *Ley Orgánica 3/1980, de 22 de abril, del Consejo de Estado*, BOE de 25 de abril de 1980 (Dictamen del Consejo de Estado); el artículo 561.1.1º de la LO 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (Informe del CGPJ); y el artículo 14.4.j de la *Ley Orgánica 50/1981, de 30 de diciembre, por la que se regula el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal*, BOE de 13 de enero de 1982 (Informe del Consejo Fiscal).

¹²⁵² El proceso comenzó el 17 de enero de 2014 (periodo vacacional parlamentario) con la presentación por el Partido Popular en el Congreso de los Diputados de una Proposición de ley de modificación de la jurisdicción universal (Congreso, X Legislatura, Serie B, núm. 157-1, BOCG, de 24 de enero de 2014) que fue admitida a trámite por el Acuerdo de la Mesa de la Cámara y publicada (Congreso de los Diputados, X Legislatura, Serie B, núm. 157-4, BOCG, de 24 de enero de 2014), se aprobó el 27 de febrero en el Congreso (Congreso de los Diputados, X Legislatura, Serie B, núm. 157-6, BOCG, 3 de marzo de 2014) y el 13 de marzo en el Senado (Senado, X Legislatura, Serie B, BOCG, núm. 322, de 17 de marzo de 2104), publicada en el BOE (núm. 63, de 14 de marzo de 2014) y, un día después, de acuerdo con su Disposición Final Única (“La presente Ley Orgánica entrará en vigor el día siguiente al de su publicación en el “Boletín Oficial del Estado”), entró en vigor, sin que hubiera, por lo tanto, *vacatio legis*. Un análisis sobre el proceso de aprobación de la LO 1/2014 en las Cámaras lo encontramos en DIEGO CASTELLANOS, E., “A menos parlamento, menos democracia...”, *óp. cit.*, pp. 68-71.

¹²⁵³ “Lo que viene a ser tres veces menos que el término medio de duración del procedimiento legislativo ordinario” (SÁNCHEZ LEGIDO, Á., “El fin del modelo español de...”, *óp. cit.*, p. 8). Las críticas al proceso no faltaron por parte de los portavoces de la oposición. Valga como ejemplo: “Este Pleno no debería haberse convocado nunca, porque se ha convocado en contra del Reglamento, infringiéndolo directa y conscientemente. Es imposible que una proposición de ley del contenido de la que nos ocupa pueda encajar la posibilidad de la lectura única, porque ni la naturaleza del proyecto es la adecuada -una ley orgánica, derechos fundamentales, la jurisdicción de los tribunales- ni la simplicidad -que es la otra razón para que pudiera ser por lectura única- tampoco es aplicable porque la propuesta es abigarrada, complicada, llena de matices, detalles y casuísticas. Por tanto debería haber sido imposible que este Pleno se hubiera convocado”, Aitor ESTEBAN BRAVO, Portavoz parlamentario del Grupo Vasco, Cortes Generales, Congreso, Pleno y Diputación Permanente, X Legislatura, BOCG, núm. 180, 20 de febrero, p. 3. También Soraya RODRÍGUEZ RAMOS, portavoz del PSOE en el Congreso de los Diputados, señala: “No hemos tenido oportunidad de escuchar a ningún ministro, precisamente porque no se ha tramitado como proyecto de ley ni al ministro de justicia ni al de economía, porque parece que había más interés en el de economía. Únicamente voy a citar unas palabras que dijo el Ministro de Justicia en el Senado: “Tenemos que ser conscientes de la inutilidad de unos preceptos que lo único que hacían eran crear falsas esperanzas y después de ninguna forma conseguían resultados (...). No le pregunto cuántos procesos se han iniciado sino cuántas condenas ha habido en España. Una, ¿y sabe usted por qué?

“La tramitación de la Proposición de modificación de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, relativa a la Justicia Universal, ha transgredido el espíritu y la letra de las normas relativas a la tramitación de las iniciativas legislativas, rompiendo décadas de precedentes en la materia y debilitando así la eficacia del procedimiento legislativo como instrumento para dotar de transparencia y pluralidad a la tarea de elaborar las leyes”¹²⁵⁴.

Nos encontramos, por lo tanto, ante la versión más estricta y restrictiva de la jurisdicción universal cuyos efectos, negativos, podemos resumir en tres: el incumplimiento de las obligaciones internacionales derivadas de los Tratados, un incremento de la impunidad en los crímenes graves del Derecho internacional y la negación del acceso a la justicia a las víctimas de los graves crímenes del DI. Apenas cuatro meses tardaron los grupos políticos de la oposición en presentar un recurso de inconstitucionalidad ante el TC¹²⁵⁵.

La LO 1/2014 ha conllevado la modificación de los apartados 2º, 4º y 5º y añadido un apartado 6º al artículo 23 de la LOPJ, siendo la parte más importante e interesante, por complejidad y extensión, el apartado 4º.

1. LA COMPETENCIA POSITIVA DE LA JURISDICCIÓN UNIVERSAL ESPAÑOLA: LOS INTERMINABLES NEXOS DE CONEXIÓN

El apartado 3º del artículo 23 de la LOPJ, si bien no ha sufrido modificación

Porque un delincuente argentino calculó que la pena que tendría en España iba a ser menor que la que le correspondería allí y vino voluntariamente y se entregó; es decir, en fraude de ley (...) Porque la jurisdicción universal es perfectamente inútil (...). ¿Queremos ser los gendarmes del mundo sólo para ponernos una chapa?” (“¿Es la Jurisdicción Universal un instrumento eficaz contra la impunidad?”, *Relatoría del I Congreso Internacional sobre la jurisdicción universal*, Madrid, 2014, p. 20, disponible en <http://www.fibgar.org/congreso-jurisdiccion-universal/relatoria.pdf>).

¹²⁵⁴ Grupo de Derechos para la paz. Movimiento por la paz -MPDL-, “Por una verdadera ley de justicia universal”, *Tiempo de Paz*, núm. 112, primavera 2014, pp. 77-80, p. 78.

¹²⁵⁵ El recurso se interpuso el 23 de julio de 2014. Llama la atención como el PSOE y UPyD, que avalaron la reforma de 2009, presentaban ahora el recurso de inconstitucionalidad. Sin embargo, como apunta el profesor José Elías ESTEVE, el hecho de que aún hoy no se haya resuelto no ha sido un impedimento para el TS para hacer consideraciones de este tipo “La reforma de 2014 no es inconstitucional, pues no vulnera el principio de igualdad, ni la interdicción de la arbitrariedad, ni el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva” (Sentencia de la Sala de lo Penal del TS, núm. 296/2015, de 6 de mayo), PIERNAS LÓPEZ, J. J., ESTEVE MOLTÓ, J. E. y VÁZQUEZ SERRANO, I., “Decisiones de los órganos...”, *óp. cit.*, p. 372.

alguna por parte de la LO 1/2014, lo cierto es que en el apartado e) se vuelve a recuperar el delito de “falsificación de moneda española y su expedición”, tras haber sido eliminado con la modificación que llevó a cabo la LO 1/2009 (*vid. supra* apdo. I, 3). De forma que el elenco de delitos del artículo 23.3 de la LOPJ quedaría de la siguiente manera:

“Conocerá la jurisdicción española de los hechos cometidos por españoles o extranjeros fuera del territorio nacional cuando sean susceptibles de tipificarse, según la ley penal española, como alguno de los siguientes delitos:

- a) De traición y contra la paz o la independencia del Estado.
- b) Contra el titular de la Corona, su Consorte, su Sucesor o el Regente.
- c) Rebelión y sedición.
- d) Falsificación de la firma o estampilla reales, del sello del Estado, de las firmas de los Ministros y de los sellos públicos u oficiales.
- e) Falsificación de moneda española y su expedición.
- f) Cualquier otra falsificación que perjudique directamente al crédito o intereses del Estado, e introducción o expedición de lo falsificado.
- g) Atentado contra autoridades o funcionarios públicos españoles.
- h) Los perpetrados en el ejercicio de sus funciones por funcionarios públicos españoles residentes en el extranjero y los delitos contra la Administración Pública española.
- i) Los relativos al control de cambios”.

Dicho esto, pasamos a estudiar el apartado 4º del artículo 23 de la LOPJ que recoge un elenco interminable de delitos que pueden ser objeto del principio de jurisdicción universal pero, a diferencia del apartado anterior, aquí se han personalizado los nexos necesarios para el ejercicio de cada uno de ellos, bien sea de forma alternativa, bien sea de forma acumulativa, estableciendo un régimen *ad hoc* para su investigación y enjuiciamiento. Podemos afirmar que es el fin de la *jurisdicción universal pura* donde un tratamiento *desigual y complejo*¹²⁵⁶ termina “confundiendo de forma alarmante la esencia del principio universal con otros criterios de aplicación extraterritorial de la ley penal”¹²⁵⁷, fundamentalmente el

¹²⁵⁶ ESTEVE MOLTÓ, J. E., “La Ley Orgánica 1/2014 de reforma de la jurisdicción universal...”, *óp. cit.*, p. 174.

¹²⁵⁷ OLLÉ SESÉ, M., “A vueltas con la justicia universal”, *Política Exterior*, vol. XXVIII, núm. 160, julio-agosto 2014, pp. 96-104, p. 100. “En definitiva el artículo contempla una arbitraria categorización de las víctimas y una laberíntica regulación en numerosos apartados y regímenes,

principio de territorialidad y el de personalidad activa. El artículo 23.4 de la LOPJ queda redactado de la siguiente manera:

“Igualmente, será competente la jurisdicción española para conocer de los hechos cometidos por españoles o extranjeros fuera del territorio nacional susceptibles de tipificarse, según la ley española, como alguno de los siguientes delitos cuando se cumplan las condiciones expresadas:

a) Genocidio, lesa humanidad o contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado, siempre que el procedimiento se dirija contra un español o contra un ciudadano extranjero que resida habitualmente en España, o contra un extranjero que se encontrara en España y cuya extradición hubiera sido denegada por las autoridades españolas.

b) Delitos de tortura y contra la integridad moral de los artículos 174 a 177 del Código Penal, cuando:

- 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 español¹²⁵⁸.

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

que intencionadamente deja en la mayor indefensión a las víctimas de los crímenes más graves, generando espacios injustificados de impunidad para sus perpetradores” (ESTEVE MOLTÓ, J. E., “La Ley Orgánica 1/2014 de reforma de la jurisdicción universal...”, *óp. cit.*, p. 174).

¹²⁵⁸ *Convención internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas* de 20 de diciembre de 2006, *BOE* núm. 42, de 28 de febrero de 2011. Se establece el principio de personalidad activa, el principio de personalidad pasiva y que se encuentre el presunto responsable en España.

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 consulados¹²⁵⁹.

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,

¹²⁵⁹ Pone de manifiesto José Elías ESTEVE el énfasis del legislador español sobre el delito de terrorismo “en detrimento del resto de crímenes internacionales” y apunta aquí las palabras del portavoz del Grupo Parlamentario Vasco, Olabarría Muñoz: “La identificación con crímenes contra la humanidad de los delitos de terrorismo es algo propio de la legislación española, de la última reforma del Código Penal y de la anteúltima, de las reformas de 2001 y 2010. Ningún tratado internacional prevé que los crímenes de terrorismo, que son los que ustedes amplifican más que cualesquiera otros las posibilidades de entendimiento de los tribunales españoles, están configurados más que por el Código Penal español como crímenes de lesa humanidad o crímenes contra la humanidad. (...) ¿Qué va a pasar ahora con los delitos de terrorismo, señor ministro, cuando ninguno de los tratados que le he citado establece que los crímenes de terrorismo son crímenes contra la humanidad? Son crímenes gravísimos, son los más graves del ordenamiento jurídico, pero son crímenes de naturaleza ordinaria, no son de lesa humanidad” (“La Ley Orgánica 1/2014 de reforma de la jurisdicción universal...”, *óp. cit.*, p. 175). Estos nexos recogen el principio de personalidad activa, el principio de personalidad pasiva, “la actuación por medio de personas jurídicas, en coherencia con el reconocimiento de la responsabilidad penal de las mismas a partir de la reforma de 2010” y el delito de protección real o conexión (PÉREZ CEPEDA, A. I., “Ley Orgánica 1/2014, de 13 de marzo...”, *óp. cit.*, p. 30).

2.º el delito se haya cometido contra una aeronave que navegue bajo pabellón español¹²⁶⁰.

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 mismo¹²⁶¹.

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 español¹²⁶².

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 español¹²⁶³.

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 prisión¹²⁶⁴.

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;

¹²⁶⁰ *Convenio para la represión del apoderamiento ilícito de aeronaves*, adoptado en La Haya, de 16 de diciembre de 1970. Se establece aquí el principio de personalidad activa y el principio de territorialidad (“contra una aeronave que navegue bajo pabellón español”) (PÉREZ CEPEDA, A. I., “Ley Orgánica 1/2014, de 13 de marzo...”, *óp. cit.*, p. 30).

¹²⁶¹ *Convención para la Represión de Actos Ilícitos contra la Seguridad de la Aviación civil* de 24 de febrero de 1988, *BOE* núm. 56, de 5 de marzo de 1992 y su Protocolo complementario de 24 de febrero de 1988. Es el único supuesto del artículo 23.4 en el que no se establece nexo alguno.

¹²⁶² Se vuelve a apostar por el principio de personalidad activa (PÉREZ CEPEDA, A. I., “Ley Orgánica 1/2014, de 13 de marzo...”, *óp. cit.*, p. 31).

¹²⁶³ Recoge el principio de personalidad activa y el de conexión. Es uno de los supuestos más polémicos del artículo 23.4 al dar lugar a “la excarcelación de narcotraficantes apresados en aguas internacionales por las fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado” (PÉREZ CEPEDA, A. I., “Ley Orgánica 1/2014, de 13 de marzo...”, *óp. cit.*, p. 31).

¹²⁶⁴ Acoge el principio real o de protección.

- 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 España¹²⁶⁵.

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 España¹²⁶⁶.

¹²⁶⁵ Impone el principio de personalidad activa o el principio de personalidad pasiva. Pero, al igual que ocurrirá con el siguiente párrafo (letra l), “siempre que el imputado esté en España. En consecuencia, si una víctima española de trata en el extranjero regresa a nuestro país, no podrá iniciar un procesamiento contra el autor del delito extranjero del que fuere víctima” (PÉREZ CEPEDA, A. I., „Ley Orgánica 1/2014, de 13 de marzo...”, *óp. cit.*, p. 31).

¹²⁶⁶ Desaparece con la modificación de la LO 1/2014 la mención expresa de la mutilación genital femenina que aparecía en el artículo 23.4.g), introducido a través de la modificación llevada a cabo en 2005 (*vid. supra* apdo. I, 2) con el único requisito de la presencia en España del presunto responsable. La LO 1/2014 lo incluye a través de una referencia al *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* y añade nuevos vínculos. La *referencia expresa* al tratado, señala Carmen VALLEJO, podría deberse a que el tratado entró en vigor para España tras la reforma operada por la LO 1/2014, en concreto, el 1 de agosto de 2014 e “incluye de forma expresa la práctica de la MGF y acoge, como conductas delictivas en sus artículos 36 a 39, cualquier acto sexual no consentido; los matrimonios forzosos; la mutilación genital femenina; y el aborto y la esterilización forzosos”, recogiendo en el artículo 44 la obligación de los Estados de atribuirse jurisdicción sobre el mismo. (“Mutilación genital femenina...”, *óp. cit.*, p. 13). Sin embargo, si leemos bien el artículo 44 no establece jurisdicción universal pues señala que los Estados deberán prever su competencia cuando el delito se haya cometido en su territorio o a bordo de un buque que enarbole su pabellón, o a bordo de una aeronave matriculada de conformidad con sus leyes internas o por uno de sus nacionales o por una persona que tenga su residencia habitual en su territorio. Y en el apartado segundo añade: “Las Partes se esforzarán por adoptar medidas (...) para establecer su competencia (...) cuando la víctima del delitos sea uno de sus nacionales o una persona con residencia habitual en su territorio”. Por lo tanto, estable el principio de territorialidad, el principio de personalidad activa y el principio de personalidad pasiva. Por su parte, las condiciones establecidas por la LO 1/2014 para poder ser perseguidos es, como podemos ver, el principio de personalidad activa (entendiendo un concepto amplio de nacionalidad que incluye la residencia) y el principio de personalidad pasiva. Pero no existe en este caso principio de jurisdicción universal. Ahora bien, el apartado 5 del artículo 44 del Convenio si establece un principio de jurisdicción universal a través

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 España¹²⁶⁷.

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;

del *aut dedere aut iudicare* y condicionado a la presencia del presunto responsable (“Las Partes adoptarán las medidas legislativas o de otro tipo necesarias para establecer su competencia con respecto a cualquiera de los delitos previstos en el presente Convenio en los casos en lo que el presunto autor se encuentre presente en su territorio y no pueda ser extraditado a otro Estado Parte únicamente por razón de su nacionalidad”) que, en cualquier caso, el legislador español ha omitido.

¹²⁶⁷ Se utiliza el nexo de la personalidad activa.

- 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 hechos¹²⁶⁸.

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” ¹²⁶⁹.

Como señala el Profesor José Elías ESTEVE,

“Examinados el texto y el detonante extralegal de la reforma, pudiera pensarse que los redactores del nuevo artículo 23.4 LOPJ desplegaron ante las mesas de sus despachos, los casos en instrucción ante la Audiencia Nacional y a partir de ahí legislaron de forma restrictiva para proceder al archivo de los mismos”¹²⁷⁰.

¹²⁶⁸ Se impone el principio de personalidad activa y el principio de personalidad pasiva sin que sea necesario que el imputado esté en España (PÉREZ CEPEDA, A. I., “Ley Orgánica 1/2014, de 13 de marzo...”, *óp. cit.*, p. 31).

¹²⁶⁹ Estamos ante la cláusula *aut dedere aut iudicare* en su *formato Ginebra*, de forma que España sólo tendría la obligación de juzgar si recibiera una solicitud de extradición y la denegara (*vid. supra* Capítulo II, apdo. III, 1, 1.1, 1.1.1).

¹²⁷⁰ Y añade: “la clara internacionalidad del nuevo artículo 23.4 LOPJ no puede sorprender sobretodo en materia de persecución de crímenes internacionales de tortura. Es más, sigue la misma línea de actuación a la hora de perpetuar la impunidad de los criminales, habida cuenta de la posición del gobierno respecto a los crímenes del franquismo y de los últimos posicionamientos de la fiscalía y de la Audiencia Nacional denegando la extradición de torturadores españoles a Argentina” (ESTEVE MOLTÓ, J. E., “La Ley Orgánica 1/2014 de reforma de la jurisdicción universal...”, *óp. cit.*, pp. 176-177). En igual sentido Ángel SÁNCHEZ LEGIDO al señalar que “lo que parece obvio es que al menos en lo que afecta a los crímenes a los que se refiere este estudio [genocidio, crímenes de guerra, crímenes contra la humanidad, tortura y desaparición forzada de personas] los redactores de su articulado han querido restringir el posible ejercicio de la jurisdicción universal por parte de los tribunales españoles a los casos en que ello es obligatorio según el Derecho Internacional, es decir, a la llamada jurisdicción universal obligatoria, la cual se circunscribe a los supuestos en que el sospechoso se encuentra en el propio territorio” (SÁNCHEZ

Al margen de algunas notas a pie apuntadas en la propia letra del artículo, nos centraremos aquí *in extenso* en los crímenes de primer grado, (*vid. supra* Capítulo II, apdo. I, 1).

En relación al caso del *genocidio, lesa humanidad* y hechos “*contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado*” (crímenes de guerra)¹²⁷¹ debe ser un procedimiento que se dirija

- “contra un español o ciudadano extranjero que resida habitualmente en España”¹²⁷². Estamos ante el principio de personalidad activa recogido también en el artículo 23.2 de la LOPJ, lo que nos lleva a pensar qué título jurisdiccional elegir: si el 23.2 (principio de personalidad activa) o el 23.4 (principio de jurisdicción universal), si no fuera porque para aplicar el 23.2 sería necesario que también fuera un delito en el lugar del *forum delicti commissi*. Vemos como la situación que puede producirse nos lleva a ver una vez más la confusión que la LO 1/2014 ha establecido entre los títulos jurisdiccionales y las condiciones de procedibilidad, cuestión que ya ha sido tratada con anterioridad (*vid. supra* Capítulo III, apdo. I, 1, 1.1).
- “o contra un extranjero que se encontrara en España y cuya extradición hubiera sido denegada por las autoridades españolas”. Estaríamos ante lo que conocemos como *principio de justicia supletorio* también conocido como *principio aut dedere aut iudicare* en su versión *formato Ginebra*. Al haber elegido este formato, lo que se hace, en la línea con el espíritu de la reforma operada por la LO 1/2014, es dar prioridad el Estado del lugar de comisión de

LEGIDO, Á., “El fin del modelo español de...”, *óp. cit.*, p. 36). También Maria Chiara MARULLO apunta: “La previsión de requisitos específicos para cada delito internacional, que establecen criterios distintos de competencia de los jueces españoles para cada crimen, es considerada como un 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” (*Tendencias internacionales sobre la jurisdicción universal...*, *óp. cit.*, p. 314). Por último, la profesora Esperanza ORIHUELA señala: “El incumplimiento de los requisitos establecidos para el enjuiciamiento de los delitos enumerados en el artículo 23.4 de la LOPJ va a suponer el principal detonante del archivo de las causas abiertas, pues de su análisis cabe concluir que el legislador los ha establecido con esta finalidad” (*La jurisdicción universal en...*, *óp. cit.*, p. 152).

¹²⁷¹ Cabe llamar la atención aquí el hecho de que en un mismo apartado se recojan delitos con regímenes tan dispares, como el genocidio y los crímenes de guerra (regulados convencionalmente) y los crímenes de lesa humanidad (sin regulación propia), y se les establezcan las mismas condiciones para los tres.

¹²⁷² Entendido como una “interpretación extensa de la nacionalidad activa” (VALLEJO PEÑA, C., “La fragilidad de una jurisdicción universal complementaria de la justicia internacional penal: el reciente paradigma español”, *AIDIP*, vol. 3, 2015, pp. 99-123, p. 108).

los hechos (*vid. supra* Capítulo II, apdo. III, 1, 1.1, 1.1.1).

“Se excluyen los supuestos en los que el presunto autor se encuentre en territorio nacional en tránsito u otra situación temporal, aquellos en los que el autor sea extranjero y se halle fuera del territorio nacional y cuando una víctima haya obtenido asilo político en España después de la comisión de los hechos. (...). Así mismo, no tendrán acceso a tutela judicial de los tribunales españoles los inmigrantes, cooperantes y militares españoles cuando sean víctimas de estos delitos en el extranjero”¹²⁷³.

Por otro lado, en el caso de la *tortura* y la *desaparición forzada*, se condiciona a que sea un procedimiento contra un español o que la víctima tenga la nacionalidad española en el momento de los hechos y el presunto responsable se encuentre en territorio español.

“Se excluyen los supuestos en los que la víctima sea española y el presunto autor esté fuera del territorio nacional (...). Ello a pesar de que las convenciones contra la tortura y la desaparición forzada imponen a los Estados el principio *aut dedere aut iudicare*”¹²⁷⁴.

Por otro lado, se plantea también un problema con respecto a la extensa enumeración de delitos y sus diversas condiciones y es que afecta al *derecho a la tutela efectiva* y al *derecho a la igualdad*, artículo 24 y artículo 14 de la CE: al otorgarse un régimen diverso a los diferentes delitos en cuanto a la nacionalidad exigida a la víctima, bien durante la comisión del delito bien que hubieran obtenido la nacionalidad *a posteriori*, se puede llegar a vulnerar el principio de no

¹²⁷³ PÉREZ CEPEDA, A. I., “Ley Orgánica 1/2014, de 13 de marzo...”, *óp. cit.*, p. 29. Pareciera diseñado para evitar el asunto *Couso*, el periodista español fallecido en Bagdad en 2003 por militares norteamericanos al disparar contra un hotel en el que se alojaban varios periodistas.

¹²⁷⁴ PÉREZ CEPEDA, A. I., “Ley Orgánica 1/2014, de 13 de marzo...”, *óp. cit.*, p. 30. Y este caso pareciera estar diseñado para evitar la investigación y enjuiciamiento de los crímenes franquistas, pues como señala Ángel SÁNCHEZ LEGIDO: “En ambos casos se trata de una toma de posición tan restrictiva que hay sólidos motivos para pensar que con la nueva ley se peca por defecto, quién sabe si con una intencionalidad no revelada orientada a corregir, con la vista puesta en las actuaciones argentinas sobre los crímenes del franquismo, la posición de nuestro país sobre la admisibilidad de la jurisdicción universal en Derecho internacional”. Además, no parece una regulación ni efectiva ni eficiente si tenemos en cuenta que se trata de crímenes que suelen ser cometidos por ciudadanos en su propio país utilizando las estructuras de poder, sin que su Estado solicite cooperación judicial penal (“El fin del modelo español de...”, *óp. cit.*, p. 36).

discriminación¹²⁷⁵. Así, por ejemplo, en los crímenes de “genocidio, de lesa humanidad o contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado” sólo podrán perseguirse cuando “el procedimiento se dirija contra un español o 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” (artículo 23.4.a) pero no podrá iniciarse ningún procedimiento cuando la víctima sea nacional español¹²⁷⁶.

La situación establecida por el art. 23.4 ha originado dos consecuencias. La primera de ellas es que “la obligatoria concurrencia de la nacionalidad española de la víctima en el momento de comisión de los hechos como requisito de procedibilidad, (...) deja fuera a las víctimas de genocidio, crimen de lesa humanidad o de guerra que mediante asilo obtengan la nacionalidad”¹²⁷⁷. La segunda es que se han establecido tres tipos o categorías de víctimas. La primera categoría hace referencia a las víctimas de la letra a), esto es, del genocidio, de lesa humanidad y de la guerra. Son los crímenes más graves y, por lo tanto, las víctimas que más desprotegidas han quedado. Se exige para ello ser nacional español o residente en España junto con el hecho de haber denegado una solicitud de extradición lo que supone una vulneración de la tutela judicial efectiva. El segundo grupo o categoría de víctimas hace referencia a las letra b) (delitos de tortura y contra la integridad moral), letra c) (delitos de desaparición forzada), letra l) (delitos de prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica) y letra m) (trata de seres humanos), exigiéndose en todas ellas ser nacional español o que la víctima tuviera la nacionalidad española en el momento de comisión de los hechos. Un tercer y último grupo estaría formado por la letra e)

¹²⁷⁵ ESTEVE MOLTÓ, J. E., “La Ley Orgánica 1/2014 de reforma de la jurisdicción universal...”, *óp. cit.*, p. 183.

¹²⁷⁶ Para José Manuel GÓMEZ-BENÍTEZ, este ha sido el objetivo fundamental de la LO 1/2014: “acabar con la jurisdicción universal de nuestros tribunales para investigar, enjuiciar y castigar los crímenes de genocidio, contra la humanidad y de guerra cometidos fuera de España por extranjeros, incluso si existen víctimas españolas” y siempre “que no haya iniciado antes un proceso un tribunal penal internacional, o bien el país en el que fueron cometidos los crímenes o de la nacionalidad de sus responsables” (“La desprotección de las víctimas españolas de crímenes de derecho internacional cometidos fuera de España”, *Tiempo de Paz*, núm. 112, primavera 2014, pp. 60-65, p. 61). Todo ello a pesar de las obligaciones recogidas en convenios internacionales ratificados por España (y a pesar de las consecuencias que se derivan de los artículos 96 y 10.2 de la CE) como los Convenios de Ginebra de 1949, el derecho consuetudinario y la jurisprudencia de la CIJ en relación al genocidio y los crímenes contra la humanidad.

¹²⁷⁷ PÉREZ CEPEDA, A. I., “Ley Orgánica 1/2014, de 13 de marzo...”, *óp. cit.*, p. 37.

(terrorismo), letra f) (apoderamiento ilícito de aeronaves), letra k) (delitos contra la libertad e indemnidad sexual a menores de edad), letra h) (delitos ocasionados por materiales nucleares), letra i) (tráfico ilegal de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas), letra n) (delitos de corrupción entre particulares o en las transacciones económicas internacionales) y letra o) (delitos de falsificación de productos médicos y delitos que supongan una amenaza a la salud pública), en los que basta ser nacional español o víctimas a manos de un español¹²⁷⁸.

2. LA COMPETENCIA NEGATIVA DE LA JURISDICCIÓN UNIVERSAL ESPAÑOLA: LA CUESTIONADA CLÁUSULA DE SUBSIDIARIEDAD

La Exposición de Motivos de la LO 1/2014 señala:

“También 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 hubieran sido cometidos o de nacionalidad de la persona a la que se impute su comisión, en estos dos últimos casos siempre que la persona a que se imputen los hechos no se encuentre en España o, estando en España vaya a ser extraditado a otro país o transferido a un Tribunal Internacional, en los términos y condiciones que se establecen.

En todo caso, los jueces y tribunales españoles se reservan la posibilidad de continuar ejerciendo su jurisdicción si el Estado que la ejerce no está dispuesto a llevar a cabo la investigación o no puede realmente hacerlo. La valoración de estas circunstancias, que por su relevancia corresponderá a la Sala 2.^a del Tribunal

¹²⁷⁸ PÉREZ CEPEDA, A. I., “Ley Orgánica 1/2014, de 13 de marzo...”, *óp. cit.*, pp. 37-38. En el mismo sentido, Maria Chiara MARULLO al señalar que “la reforma establece víctimas de primera, segunda y tercera clase. Donde, por primera, entendemos las víctimas de terrorismo, 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 por víctimas de tercera, o víctimas invisibles, las de genocidio, crímenes contra la humanidad y de guerra (*Tendencias internacionales sobre la jurisdicción universal: la experiencia española*, Universidad pública de Navarra, Navarra, 2017, p. 383); y MARTÍNEZ GUERRA, A., “La reforma de la “molesta” jurisdicción universal...”, *óp. cit.*, p. 132.

Supremo, se llevará a cabo conforme a los criterios recogidos en el Estatuto de la Corte Penal Internacional”¹²⁷⁹.

Por su parte, la LO 1/2014 en su artículo 23.5 de la LOPJ señala:

“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.

¹²⁷⁹ Exposición de Motivos de la LO 1/2014, de 13 de marzo, de modificación de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, relativa a la jurisdicción universal, BOE núm. 63, de 14 de marzo de 2014, párrs. 6º y 7º.

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”¹²⁸⁰.

El principio que regula la relación entre las diversas jurisdicciones a nivel internacional, y basándonos en el artículo 23.5.a) del Estatuto de la CPI, es el principio de complementariedad. Sin embargo, con el artículo 23.5 “se contradice el principio de “conurrencia” de jurisdicciones (competencia simultanea de varios Estados), que no reconoce jerarquías de preferencia o subsidiariedad basadas en el territorio, la nacionalidad u otro supuesto para perseguir los crímenes de derecho internacional, cuya persecución es un deber de todo Estado”¹²⁸¹ (*vid. supra* Capítulo II, apdo. II, 2) y se contradice también el principio de complementariedad que regula las relaciones jurisdiccionales entre el Estatuto y los Estados recogido en el artículo 1 del Estatuto de la CPI¹²⁸². Como señala Kai AMBOS,

“La razón fundamental del principio [de complementariedad] es que, por un lado, constituye tarea principal de los Estados enjuiciar delitos internacionales, especialmente si fueron cometidos en su territorio; por otro lado, se debe reconocer que la Corte Penal Internacional nunca podrá en términos de su capacidad procesal, sustituir a los Estados en esta tarea. El papel de la CPI, así, en

¹²⁸⁰ La reforma llevada a cabo en este apartado 5º dedicado al principio de subsidiariedad ha transformado la frase contenida en la antigua regulación llevada a cabo por la LO 1/2009 (“una investigación y una persecución efectiva”) por una serie de criterios que son los mismos que aparecen recogidos en el artículo 17.2 del Estatuto de la CPI.

¹²⁸¹ *Análisis de Amnistía Internacional sobre la reforma de la jurisdicción universal en España tras la aprobación de la LO 1/2014*, Amnistía Internacional, Madrid, 2014, p. 22.

¹²⁸² Artículo 1 del Estatuto de la CPI: “Se instituye por el presente una Corte Penal Internacional («La Corte»). La Corte será una institución permanente, estará facultada para ejercer su jurisdicción sobre personas respecto de los crímenes más graves de trascendencia internacional de conformidad con el presente Estatuto y tendrá carácter complementario de las jurisdiccionales penales nacionales. La competencia y el funcionamiento de la Corte se regirán por las disposiciones del presente Estatuto”.

principio, se limita a monitorear o supervisar sistemas nacionales y eventualmente apoyarlos en sus enjuiciamientos nacionales. Esto está claramente expresado en la iniciativa de algunos Estados para establecer la llamada “Capacidad de respuesta rápida de la Justicia” (Justice Rapid Response Capacity) de la CPI, para ayudar a Estados dispuestos, pero incapaces, de llevar a cabo sus propios procesos”¹²⁸³.

Atendiendo a la subsidiariedad de los tribunales españoles establecida en la LO 1/2014, también denominada *inversión del principio de complementariedad*¹²⁸⁴, se distinguen dos situaciones:

- Si se ha iniciado un proceso por un tribunal internacional, en cuyo caso la LO 1/2014 no exige condición alguna (a diferencia de lo que ocurría con la LO 1/2009)¹²⁸⁵;
- Si se ha iniciado un procedimiento por el “Estado del lugar en que se hubieren cometido los hechos o el Estado de nacionalidad de la persona a que se impute su comisión”, lo que supone que no se perseguirán esos delitos en España si el presunto responsable no se encuentra en territorio español o se hubiera comenzado un procedimiento de extradición al lugar donde se hubieran cometido los hechos, al lugar de donde sean nacionales las víctimas o el presunto responsable se pusiera a disposición de un tribunal internacional.

Por último, llama la atención el hecho de que sea la Sala 2ª (de lo penal) del TS ¹²⁸⁶ convertida en “una causa previa a la competencia de la Audiencia Nacional”¹²⁸⁷ la que, a través de la exposición razonada del Juez o Tribunal que instruya, valorará si el Estado que ejerce la jurisdicción no está dispuesto a llevar a cabo la investigación o no puede hacerlo, señalando para ello el artículo 23.5 de la LOPJ los mismos criterios que recoge el artículo 17 del Estatuto de la CPI. Así

¹²⁸³ AMBOS, K., “Enjuiciamiento de crímenes internacionales en el nivel nacional e internacional...”, *óp. cit.*, p. 12.

¹²⁸⁴ ESTEVE MOLTÓ, J. E., “La Ley Orgánica 1/2014 de reforma de la jurisdicción universal...”, *óp. cit.*, pp. 183-184).

¹²⁸⁵ Podemos, entonces, llegar a la *conclusión* de que “lo que busca la LO 1/2014 es evitar la apertura (*ab initio*) de un procedimiento ante un tribunal español cuando ya se haya iniciado uno por otro internacional” (MARTÍNEZ GUERRA, A., “La reforma de la “molesta” jurisdicción universal...”, *óp. cit.*, p. 130).

¹²⁸⁶ De ahí que se haya modificado el artículo 57.1 de la LOPJ para añadir un nuevo apartado a las competencias del TS, en concreto el apartado 4º señala: “De los demás asuntos que le atribuya esta ley”.

¹²⁸⁷ PÉREZ CEPEDA, A. I., “Ley Orgánica 1/2014, de 13 de marzo...”, *óp. cit.*, p. 35.

ocurrió, por ejemplo, en el asunto *los jesuitas de El Salvador*¹²⁸⁸ y en el asunto *Flotilla de la Libertad*¹²⁸⁹.

Las reacciones de la doctrina no se han hecho esperar. Se ha cuestionado el hecho de que el TS tenga competencia para llevar a cabo este tipo de trámites judiciales en otros Estados, pues es cierto que se establece en el artículo 17 del Estatuto de la CPI, pero en una relación vertical (Estado/tribunal internacional) y no horizontal (Estado/Estado) como es el caso que nos ocupa, de ahí que se apunte que se pueda estar violentando el principio de no injerencia¹²⁹⁰. También, por su parte, la profesora Amparo MARTÍNEZ señala como

“la especial complejidad que entraña un mecanismo de esta naturaleza revela lo inapropiado de esta disposición, que convierte primero al juez al que no permite perseguir los delitos y, posteriormente al TS, en órganos verificadores de la autenticidad de procedimientos judiciales extranjeros, con la finalidad de determinar su intencionalidad y comprobar que no buscan activar su jurisdicción para evitar la de tribunales españoles. Semejante medida casa mal con el alegado respeto a la soberanía estatal que propugna la LO 1/2014”¹²⁹¹.

¹²⁸⁸ El TS señaló: “Como con acierto expresa el Ministerio Fiscal en su dictamen, es preciso poner de manifiesto que todas estas circunstancias resultan corroboradas por el contenido del informe nº 136/99, de 22 de diciembre de 1999, realizado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, que llevó a cabo un detallado análisis de lo ocurrido y de las actuaciones realizadas por las autoridades del Estado salvadoreño, concluyendo: por un lado, que no existió una investigación diligente y eficaz sobre lo ocurrido, ni un proceso imparcial y objetivo; y por otro, que las únicas personas declaradas culpables por los tribunales salvadoreños fueron amnistiadas poco después, mediante aplicación de la Ley de Amnistía General, la cual, según el citado informe, podría haber vulnerado el art. 2 de la Convención Americana de Derechos Humanos, además del derecho a la justicia y su obligación de investigar, procesar y reparar establecida en los arts. 1(1), 8 y 25 de la citada Convención, en perjuicio de los familiares de las víctimas y de los miembros de la comunidad religiosa y académica a la que pertenecían” (Auto de la Sala de lo Penal del TS, núm. 20962/2014, de 20 de abril, Fundamento de Derecho 3º.2). La Sala 2º del TS acogió íntegramente la tesis del juez central de instrucción núm. 6 de la AN, de acuerdo con este artículo 23.5 de la LO 1/2014, que previamente había elevado “una exposición razonada a favor de la competencia de la jurisdicción española para continuar en la investigación y, en su caso, enjuiciamiento del caso (...) al entender que el procedimiento judicial seguido en El Salvador fue fraudulento e incompleto y se llegó a un resultado de “no justicia” (DOLZ LAGO, M. J., “Caso Ellacuría. Jurisdicción Universal. Competencia de la jurisdicción española y de la Audiencia Nacional ante el fraudulento o incompleto procedimiento meramente formal seguido en El Salvador”, *Diario La Ley*, núm. 8587, 21 de julio de 2015, pp. 4-5, p. 4).

¹²⁸⁹ Auto del Juzgado Central de Instrucción núm. 5 de la AN de 17 de junio de 2014.

¹²⁹⁰ MARTÍNEZ ALCANIZ, A., *óp. cit.*, p. 530.

¹²⁹¹ MARTÍNEZ GUERRA, A., “La reforma de la “molesta” jurisdicción universal...”, *óp. cit.*, p. 132. Desde una perspectiva también crítica, José Antonio MARTÍN PALLÍN señala que “se encomienda a la Sala Segunda del Tribunal Supremo, como si tuviese un especial don, la calificación de las bondades de los sistemas procesales internacionales, cuestión que está al alcance de cualquier jurista y podía perfectamente realizarlo el Juez de la Audiencia Nacional. Precisamente el legislador demuestra su incongruencia al exigir que para que la Sala Segunda del Tribunal Supremo pueda

3. ¿DÓNDE ESTÁS, ACCIÓN POPULAR?

El apartado 6º del artículo 23 de la LOPJ, último apartado tras la reforma operada con la LO 1/2014, queda de la siguiente manera:

“Los delitos a los que se refieren los apartados 3 y 4 solamente serán perseguibles en España previa interposición de querrela por el agraviado o por el Ministerio Fiscal”.

Este ha sido uno de los aspectos más conflictivos de la reforma, pues los delitos a los que se refiere el apartado 3º y el apartado 4º del artículo 23 de la LOPJ solamente serán perseguibles en España previa querrela interpuesta, bien por el agraviado, bien por el Ministerio Fiscal.

“Esta medida sería contradictoria con la naturaleza de la justicia universal, que recordemos es una *actio popularis*, al tener como finalidad la persecución de los crímenes y delitos que afectan al orden internacional, por lo que cualquier Estado estaría legitimado para solicitar su aplicación”¹²⁹².

La Exposición de Motivos lo justifica atendiendo al carácter excepcional de los delitos que se persiguen:

“La persecución de delitos cometidos fuera de España tiene además un carácter excepcional que justifica que la apertura de los procedimientos deba condicionarse a la presentación de querrela por el Ministerio Fiscal o la persona agraviada por el delito”.

tener un conocimiento sobre el grado de investigación o de interés a la persecución por parte de las autoridades del país cuya nacionalidad ostentan el autor o autores, tiene que estudiar un Exposición razonada del juez o tribunal. Los jueces que investigan son los únicos que han estudiado las realidades del comportamiento de los Tribunales extranjeros ante sus peticiones y tienen la misma o mejor cualificación que la Sala Segunda para decidir si se cumple el requisito de la persecución efectiva” (“Recortes en jurisdicción universal: un retroceso de casi cien años”, *Tiempo de Paz*, núm. 112, primavera 2014, pp. 72-74, p. 75).

¹²⁹² MARTÍNEZ ALCANIZ, A., *óp. cit.*, p. 528.

La acción popular es “una institución y derecho que han sido claves en muchos de los procesos activados bajo el principio de jurisdicción universal”¹²⁹³. Ha sido el medio, por excelencia, de conocimiento de las diversas causas ejercidas por medio del principio de jurisdicción universal¹²⁹⁴. Que sea ahora el Ministerio Fiscal quien tenga la prerrogativa de iniciar los procesos (o no), habida cuenta de la práctica que le precede, no es muy esperanzador¹²⁹⁵ pues, como vimos, ha sido una cláusula recurrida cuando se ha tratado de obstaculizar la jurisdicción universal: el *ius standi* de la Fiscalía (*vid. supra* Capítulo III, apdo. I, 1.5, 1.5.2).

Además, el hecho de exigir querrela previa del Ministerio Fiscal o del agraviado puede llevar a convertir estos delitos en semipúblicos, poniendo de manifiesto la *confusión* que tiene el legislador respecto de la naturaleza de los mismos¹²⁹⁶, es decir, “se equiparan los delitos internacionales o transnacionales

¹²⁹³ CHINCHÓN ÁLVAREZ, J., “Del intento por acabar con la jurisdicción universal para el bien de las víctimas y del Derecho internacional...”, *óp. cit.*, p. 169.

¹²⁹⁴ Como bien señala la abogada Almudena BERNABEU: “Es innegable que las acciones populares han desempeñado un papel ejemplar en asuntos relativos a crímenes internacionales, violaciones de derechos humanos, terrorismo, corrupción, casos de alta complejidad con responsables, en muchos casos, asociados con el poder y en general políticamente incómodos (...) Acabar con la acusación popular como se pretende con la nueva ley procesal penal y la reforma de la jurisdicción universal, atentar contra la razón clasificando a las víctimas que podrán usarla y a las que no, es retroceder en lo que se considera un elemento de profesionalización, enriquecedor y que objetivamente contribuye al esfuerzo procesal de obtener justicia y al más amplio de preservar la legalidad. Lo público no es siempre popular, ni lo popular es siempre democrático, pero la acción popular, hasta el momento, ha conseguido arraigarse en las tres esferas. Nada de esto impediría, en todo caso, una reforma destinada a perfeccionar, tasar y racionalizar el ejercicio de la acción popular; una reforma que tenga en cuenta el alcance del derecho, de su ejercicio, su verdadera contribución al proceso, los resultados obtenidos. Una reforma que, por el contrario, responda al miedo a perder el control sólo contravendría una tradición jurídico-procesal que se ha querido preservar. Porque esta es una institución que, en todo caso, ha contribuido al desarrollo procesal en nuestro país; un derecho constitucional que se atesoró durante todas las codificaciones desde el derecho romano y que ha contribuido enormemente en la protección de los que no siempre cuentan, de las víctimas, en España y en el mundo” (“La legitimación popular de la Justicia. Salvar la acusación popular”, *Rights International Spain*, Debates Jurídicos, núm. 1, febrero 2014, pp. 6-7, disponible en <http://rightsinternationalspain.org/uploads/publicacion/3520cae0876ee1465b25c659a5ca9197ec7dd1a5.pdf>).

¹²⁹⁵ Así, durante el debate de la aprobación de la LO 1/2014, el diputado Gaspar LLAMAZARES apuntó: “por si hubiera pocos mecanismos de cierre, el Gobierno establece que quien solamente puede denunciar es la víctima o la fiscalía. Es muy improbable que sea la víctima porque en la mayor parte de los casos ya no está y la fiscalía no va a actuar contra sus propios actos; la fiscalía va a seguir la orientación del Gobierno y va a intentar molestar lo menos posible a otros Estados, sobre todo a Estados imperiales cuando la política del Gobierno es una política de colonia, que es la que estamos viendo con respecto a la jurisdicción penal universal” (ESTEVE MOLTÓ, J. E., “La Ley Orgánica 1/2014 de reforma de la jurisdicción universal...”, *óp. cit.*, pp. 181-182).

¹²⁹⁶ MARTÍNEZ GUERRA, A., “La reforma de la “molesta” jurisdicción universal...”, *óp. cit.*, p. 133.

con los delitos privados, en los que se exige a la víctima el ejercicio de la acusación por medio de la presentación de querrela”¹²⁹⁷.

Todo ello plantea una posible inconstitucionalidad de la ley al eliminarse la acción popular recogida en el artículo 125 de la CE¹²⁹⁸, que puede suponer una violación al *derecho a la tutela judicial efectiva* recogido del artículo 24 de la CE, pues

“queda así excluida la posibilidad, en modo alguno excepcional en la práctica precedente, de que la acción sea ejercida en estos supuesto por asociaciones de víctimas o de derechos humanos, o por partidos políticos u organizaciones sindicales”¹²⁹⁹.

Tal y como lo ha señalado el TC¹³⁰⁰, se impide así a los ciudadanos participar en la administración de justicia, de acuerdo con el artículo 125 del texto

¹²⁹⁷ PÉREZ CEPEDA, A. I., “Ley Orgánica 1/2014, de 13 de marzo...”, *óp. cit.*, p. 35. Además, no parece que sea una cláusula muy adecuada a este tipo de delitos pues, como bien señala Maria Chiara MARULLO, “no podemos olvidar el hecho de que, sobre todo en relación a los delitos de naturaleza sexual o en contra de la integridad física como la ablación genital femenina, las víctimas podrían sentirse amenazadas o avergonzadas, cosa que impediría la presentación de muchas querrelas; mientras que en otros delitos como el de lesa humanidad, genocidio o tortura, las víctimas podrían ser más vulnerables y sentirse amenazadas por posibles repercusiones para ellos o sus familiares al ejercitar acción contra miembros de gobiernos o jefes militares” (*Tendencias internacionales sobre la jurisdicción universal...*, *óp. cit.*, p. 315). Más concretamente, en el delito de ablación de clítoris, ¿quién presentará dicha querrela: la menor de edad o sus padres, normalmente conocedores responsables de la práctica? Han sido normalmente los centros sanitarios los encargados de poner las denuncias. Ahora, deberán remitirlas al Ministerio Fiscal (VALLEJO PEÑA, C., “Mutilación genital femenina: violencia de género...”, *óp. cit.*, p. 18).

¹²⁹⁸ Artículo 125 de la CE: “Los ciudadanos podrán ejercer la acción popular y participar en la Administración de Justicia mediante la institución del Jurado, en la forma y con respecto a aquellos procesos penales que la ley determine, así como en los Tribunales consuetudinarios y tradicionales”.

¹²⁹⁹ SÁNCHEZ LEGIDO, Á., “El fin del modelo español...”, *óp. cit.*, p. 5. “La acusación popular, al igual que las víctimas nacionales o extranjeras, constituyen las verdaderas palancas de activación de los procedimientos. Establecer como requisito la necesaria interposición de la querrela (...) es, en el mejor de los casos, desconocer la verdadera naturaleza y problemática de este tipo de delitos. En el peor, eliminar conscientemente toda posibilidad de perseguir ciertos delitos vulnerando los derechos de las víctimas y las obligaciones internacionales contraídas en materia de DDHH” (MARTÍNEZ GUERRA, A., “La reforma de la “molesta” jurisdicción universal...”, *óp. cit.*, p. 133).

¹³⁰⁰ Sentencia de la Sala Segunda del TC, núm. 67/2011, de 16 de mayo: “Este tribunal tiene declarado que “entre los derechos e intereses legítimos para los que se tiene el derecho a recabar la tutela judicial efectiva, figura el derecho a ejercitar la acción pública consagrado en el art. 125 CE (...) Por ello, el rechazo de la acción basado en una interpretación errónea o arbitraria de las condiciones establecidas para su ejercicio comportaría la vulneración del derecho reconocido en el art. 24.1 CE” (...). Ahora bien, también hemos declarado que ni el art. 125 CE ni el 24.1 CE imponen el establecimiento de la acción popular en todo tipo de procesos (...), sino que ésta es una decisión que corresponde al legislador, de modo que si la ley establece la acción popular en un determinado proceso, como la Ley de enjuiciamiento criminal hace para el proceso penal, la interpretación

constitucional. Ahora bien, el término empleado por el artículo 125 de la CE es “podrán” por lo que

“no habría inconvenientes legales para limitar el ejercicio de la acción popular, ya que la misma se ejercitará en la forma y con respecto a aquellos procesos penales que la ley determine. (...) Ahora bien, si el abuso de este tipo de acción penal hubiera causado innumerables procesos penales podría entenderse una reforma del mismo. Sin embargo, ocurre lo contrario, la realidad es que los procesos existentes en nuestro territorio en aplicación de la justicia universal no alcanza la cifra de 20 causas, número muy escaso para afrontar una reforma de esta acción penal”¹³⁰¹.

4. LA CONTROVERTIDA CLÁUSULA DE RETROACTIVIDAD DE LA DISPOSICIÓN TRANSITORIA ÚNICA

La Disposición Transitoria Única de la LO 1/2014 establece lo siguiente:

“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 sobreeseadas hasta que no se acredite el cumplimiento de los requisitos establecidos en ella”.

Para justificar dicha Disposición, la Exposición de Motivos señala que:

“introduce límites a la jurisdicción española que deben ser aplicados a las causas actualmente en trámite, pues los Tribunales españoles no pueden continuar procedimientos sobre los que ya carezcan de jurisdicción”¹³⁰².

restrictiva que los órganos judiciales realicen sobre las condiciones de su ejercicio resultará lesiva del derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión si no respeta el principio *pro actione* que rige en el ámbito del derecho de acceso a la jurisdicción “para resolver, precisamente, los problemas de enjuiciamiento que puedan recibir las normas obstaculizadoras o impeditivas del acceso a la jurisdicción”.

¹³⁰¹ MARTÍNEZ ALCANIZ, A., *óp. cit.*, p. 528.

¹³⁰² Exposición de Motivos de la LO 1/2014, de 13 de marzo, de modificación de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, relativa a la jurisdicción universal, BOE núm. 63, de 14 de marzo de 2014, párr. 8º.

La Disposición Transitoria Única establece el sobreseimiento de aquellos asuntos que no cumplan con los nexos impuestos, que no hayan sido evaluados por la Sala 2ª del TS para ver si se cumplen con el principio de subsidiariedad y, por último, que no que tengan origen exclusivamente en la acción popular¹³⁰³.

Desde un punto de vista jurídico, con la Disposición Transitoria Única se hace expresa la voluntad de *dar carpetazo* a los asuntos que en ese momento se encuentran pendientes ante los tribunales a través de un *sobreseimiento automático*¹³⁰⁴, lo que conlleva diversos problemas. El hecho de que pueda poner fin, por sí misma, a un proceso que ha sido iniciado por querellantes y sin resolución judicial alguna, como vimos en relación a lo ocurrido con la LO 1/2009 (*vid. supra* apdo. I, 3), no está previsto en la Ley de Enjuiciamiento Criminal española que en ningún caso señala que las actuaciones del sumario puedan ser enviadas directamente a la Sala de lo Penal de la AN para sobreseer el asunto y tampoco puede el juez de instrucción decidir terminar el sumario a mitad de las diligencias si éstas aún no le permiten hacerlo¹³⁰⁵. Sin embargo, España, en el

¹³⁰³ ORIHUELA CALATAYUD, E., *La jurisdicción universal en...*, *óp. cit.*, p. 150. Si bien, en el último supuesto, el TS ha señalado: “El entendimiento de este presupuesto procesal no puede subordinarse a una perspectiva exclusivamente formal. Lo verdaderamente relevante en un supuesto como el presente, en los que el proceso penal fue incoado cuando aquella exigencia no formaba parte de nuestro sistema, es que el Fiscal, como órgano constitucionalmente llamado a promover la acción de la justicia en defensa de la legalidad, haya expresado con su actuación la inequívoca voluntad institucional de defender el interés social en la investigación y enjuiciamiento del delito imputado”, Auto de la Sala Segunda del TS núm. 20962/2014, de 20 de abril, Fundamento de Derecho 3º.4.

¹³⁰⁴ SÁNCHEZ LEGIDO, Á., “El fin del modelo español...”, *óp. cit.*, p. 5.

¹³⁰⁵ *Real Decreto de 14 de septiembre de 1882, aprobatorio de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, Gaceta de 17 de septiembre de 1882, artículos 622 y ss.* En este sentido, *Rights International Spain* señaló: “(...) la proposición de ley se aplicaría no sólo a futuras investigaciones sino también a aquellos casos que ahora están abiertos. Es decir, según la proposición, las causas que se encuentran en tramitación en base al principio de jurisdicción universal se sobreseerán hasta que no se acredite el cumplimiento de los nuevos requisitos. Ello contraviene la obligación de España de llevar a cabo investigaciones efectivas. Además, esta disposición podría exceder las facultades legislativas del Congreso, que estaría cerrando de manera generalizada todas las investigaciones, lo cual podría interferir con la independencia del sistema judicial. Cualquier decisión de cerrar estas investigaciones debería ser tomada por los jueces, individualmente y caso por caso” (“Los legisladores españoles deben rechazar la reforma propuesta que pretende cerrar la puerta a la justicia para los crímenes más graves”, *Rights International Spain*, de 10 de febrero de 2014, disponible

en: <http://www.rightsinternationalspain.org/uploads/publicacion/071425856d4c50c51c435fd69ad8fb2bea2acd2e.pdf>). Y así lo señaló también el juez Santiago PEDRAZ GÓMEZ, al indicar que es un sumario y la Ley no prevé trámite alguno para enviar las actuaciones a la Sala de lo Penal de la AN para sobreseer y tampoco puede el juez tomar la decisión de terminar el sumario a mitad de las diligencias si éstas aún no le permiten terminar dicho sumario. En el mismo sentido, el juez José CASTRO ARAGÓN afirma que el juez de instrucción no puede concluir el sumario si todavía hay

documento titulado *Contribución de España sobre el tema “Alcance y aplicación del principio de jurisdicción universal”* de 2016 apunta:

“Obsérvese bien: no fue un archivo definitivo, sino un sobreseimiento, pues el procedimiento podría retomarse cuando se cumplan los requisitos previstos en la nueva redacción del artículo 23.4 de la LOPJ”¹³⁰⁶.

La Disposición Transitoria Única ha sido tachada de “contraria a la separación de poderes” pues

“que sea el Parlamento, mediante una disposición transitoria en una ley, el que establezca a un juez la obligación “procesal” de sobreseer procedimientos abiertos, es inaceptable. Deberían continuar si así lo estima el juez, o en su caso esperar a que las partes aleguen esas circunstancias sobrevenidas a las que se hace referencia en la transitoria. Estamos ante un caso donde se produce una intromisión clara del legislativo frente al judicial en virtud del poder que se le confiere a este último en el artículo 117 de la Constitución Española”¹³⁰⁷.

La controvertida cláusula de retroactividad ha dado lugar a una aplicación contradictoria de la reforma operada con la LO 1/2014, de forma que las consecuencias jurídicas de la aplicación de la Disposición Transitoria Única son, por un lado, la denegación del *derecho a la tutela judicial efectiva* contemplado en nuestro ordenamiento interno en el artículo 24 de la CE¹³⁰⁸, también llamado *derecho a un proceso equitativo*, en el DI de los DDHH, recogido en los artículos 2 y

pendientes reclamaciones internacionales necesarias para proceder a su conclusión (ROBLES CARRILLO, M., *óp. cit.*, p. 83).

¹³⁰⁶ *Contribución de España sobre el tema del “Alcance y aplicación del principio de jurisdicción universal”*, de 22 de febrero de 2016, Madrid, p. 8. Es el informe español a la respuesta de la resolución 70/119, de 14 de diciembre, de la AG para que los Estados miembros presenten “información y observaciones sobre el alcance y la aplicación de la jurisdicción universal, incluida, cuando corresponda, información sobre los tratados internacionales aplicables y sus disposiciones legales y prácticas judiciales internas”.

¹³⁰⁷ DIEGO CASTELLANOS, E., *óp. cit.*, p. 70. También José Antonio MARTÍN PALLÍN señala que estamos ante una intromisión peligrosa del ejecutivo en el judicial al utilizar una redacción imperativa en la Disposición Transitoria Única. Y añade: “Curiosamente creo que se trata de un resabio del pasado puesto que, en la gran cantidad de indultos y amnistías concedidas por la Dictadura, se ordenaba también el sobreseimiento” (*óp. cit.*, p. 75).

¹³⁰⁸ Artículo 24.1 de la CE: “Todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión”.

14 del PICP de 1966¹³⁰⁹ y en el artículo 6 del CEDH de 1950¹³¹⁰, ambos ratificados por España. Respecto a este último, el TEDH ha hecho referencia también a las “enmiendas retrospectivas” señalando que:

“The Court indicates that whilst, in principle, the legislature is not precluded in civil matters from adopting new retrospective provisions to regulate rights arising under existing laws, the principle of the rule of law and the notion of fair hearing enshrined in Article 6 preclude any interference by the legislature – other than on compelling grounds of general interest- with the administration of justice designed to influence the judicial determination of a dispute”¹³¹¹.

Por otro lado, al aplicar retroactivamente disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales, la Disposición Transitoria Única podría provocar la no garantía de los principios contemplados, junto a la irretroactividad penal, en el artículo 9.3 de la Constitución: el principio de la seguridad jurídica y el de la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos¹³¹². Como ha declarado Amnistía Internacional,

“la independencia judicial debe interpretarse respetando la autoridad exclusiva de este Poder sobre cualquier decisión en el seno de un proceso -incluida sobre su propia competencia- sin intromisiones indebidas ni revisión de sus decisiones”¹³¹³.

¹³⁰⁹ *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos* de 16 de diciembre de 1966, *BOE* núm. 103, de 30 de abril de 1977.

¹³¹⁰ *Convenio para la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales* de 14 de noviembre de 1950, *BOE* núm. 243, de 10 de octubre de 1979.

¹³¹¹ TEDH, Asunto *Althoff y otros v. Alemania*, Sentencia núm. 5631/05, de 8 de diciembre de 2011, párr. 66. En el mismo sentido, TEDH asunto *SCM Scanner de l'Ouest Lyonnais y otros v. Francia*, Sentencia núm. 12106/03, de 21 de junio de 2007, párr. 28: “La Cour réaffirme que si, en principe, le pouvoir législatif n'est pas empêché de réglementer en matière civile, par de nouvelles dispositions à portée rétroactive, des droits découlant de lois en vigueur, le principe de la prééminence du droit et la notion de procès équitable consacrés par l'article 6 s'opposent, sauf pour d'impérieux motifs d'intérêt général, à l'ingérence du pouvoir législatif dans l'administration de la justice dans le but d'influer sur le dénouement judiciaire du litige (...). La Cour rappelle en outre que l'exigence de l'égalité des armes implique l'obligation d'offrir à chaque partie une possibilité raisonnable de présenter sa cause dans des conditions qui ne la placent pas dans une situation de net désavantage par rapport à son adversaire”.

¹³¹² Artículo 9.3 de la CE: “La Constitución garantiza el principio de legalidad, la jerarquía normativa, la publicidad de las normas, la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales, la seguridad jurídica, la responsabilidad y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos”.

¹³¹³ *Análisis de Amnistía Internacional sobre la reforma de la jurisdicción universal en España tras la aprobación de la LO 1/2014*, Amnistía Internacional, Madrid, 2014, pp. 25-26.

Debemos señalar también los efectos del hecho de que el poder ejecutivo adopte decisiones que afecten directamente al poder judicial, obviando con ello el apartado 1º del artículo 117 de la CE que señala que “la justicia emana del pueblo y se administra en nombre del Rey por Jueces y Magistrados integrantes del poder judicial, independientes, inamovibles, responsables y sometidos únicamente al imperio de la ley”; y también el apartado 3º: “El ejercicio de la potestad jurisdiccional (...) corresponde exclusivamente a los Juzgados y Tribunales...”¹³¹⁴.

También los *Principios básicos relativos a la independencia de la judicatura* de la ONU¹³¹⁵ señalaron expresamente que sólo los jueces pueden decidir sobre las cuestiones que les han sido sometidas.

Por lo tanto, haciéndonos eco de la conclusión de Amnistía Internacional, podría afirmarse que

“la Disposición Transitoria Única, que impone una decisión en un proceso judicial y priva retroactivamente a los querellantes del derecho a la tutela judicial efectiva, es nula y no debe constituir un impedimento para que los jueces españoles apliquen su competencia cuando ésta se derive del derecho internacional”¹³¹⁶.

Cabría, por último, dejar constancia de que la aplicación de la Disposición Transitoria Única de la Ley 1/2014 ha dado lugar a prácticas heterogéneas que, en ocasiones, han resultado contradictorias. La Sala de lo Penal de la AN, en un intento de establecer un criterio uniforme, ha establecido que las cuestiones relativas a los recursos que tengan relación con el principio de jurisdicción universal debe decidir las el Pleno de la Sala y no las distintas Secciones. Así, por un lado, tenemos

¹³¹⁴ “En este punto conviene recordar el funcionamiento de la división de poderes en relación con el art. 117.3 CE. De un lado, son los Jueces quienes deben decidir sobre la inejecución de sus Sentencias a instancia de la Administración en los supuestos tasados por la ley; de otro, la reserva de jurisdicción impide al Legislativo dictar una decisión jurisdiccional, pero no modificar el ordenamiento”, Sentencia del Pleno del TC, núm. 73/2000, de 14 de marzo, Fundamento de Derecho 7º.

¹³¹⁵ Aunque son de obligada lectura los principios 1 a 7, destacaremos el principio 3: “La judicatura será competente en todas las cuestiones de índole judicial y tendrá autoridad exclusiva para decidir si una cuestión que le haya sido sometida está dentro de la competencia que le haya atribuido la ley”, *Principios básicos relativos a la independencia de la judicatura*, Resoluciones 40/32, de 29 de noviembre de 1985 y 40/146, de 13 de diciembre de 1985, AG de las Naciones Unidas, disponible en

<http://portalunico.iaip.gob.hn/assets/docs/leyes/PRINCIPIOS%20BASICOS%20RELATIVOS%20A%20LA%20INDEPENDENCIA%20DE%20LA%20JUDICATURA.pdf>.

¹³¹⁶ *Análisis de Amnistía Internacional sobre la reforma de la jurisdicción universal en España tras la aprobación de la LO 1/2014*, Amnistía Internacional, Madrid 2014, pp. 26 y 27.

“dos líneas de actuación diferentes por parte de los jueces de instrucción”¹³¹⁷: aquellos que, haciendo caso a la Fiscalía, han elevado la causa a la Sala de lo Penal (asunto *Tíbet*)¹³¹⁸ y, por otro, los que han seguido instruyendo el caso basando su decisión en “sólidos argumentos sustantivos”¹³¹⁹ o “procesales”¹³²⁰ (asuntos *Couso*,

¹³¹⁷ ROBLES CARRILLO, M., *óp. cit.*, p. 83.

¹³¹⁸ Es el caso del juez Ismael MORENO CHAMARRO en el asunto el *Tíbet*. “No existe ninguna norma internacional que obligue a los Estados a incorporar el principio de la jurisdicción universal; los límites de la jurisdicción universal es una cuestión de política criminal que compete al legislador. (...) España, como Estado soberano y como expresión de su soberanía ha instituido su jurisdicción sobre estos delitos en los casos señalados, precisando los límites positivos y negativos de la posible extensión de la Jurisdicción española determinando, de un modo ajustado a los tratados internacionales, qué delitos cometidos en el extranjero pueden ser perseguidos por la justicia española y en qué casos y condiciones”, Auto del Pleno de la Sala de lo Penal de la AN, núm. 38/2014, de 2 de julio de 2014, pp. 6-7, disponible en <http://www.rightsinternationalspain.org/uploads/noticia/8bbfcd2c867078b7e7c5cba7d122183d8940fa1e.pdf>. Sin embargo, señala Javier CHINCHÓN, el Auto omitió hacer alusión alguna a que el proceso lo era por genocidio, crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra (“cada una de las Partes Contratantes tendrá la obligación de buscar a las personas acusadas de haber cometido, u ordenado cometer, una cualquier de las infracciones graves [crímenes de guerra] y deberá hacerlas comparecer ante los propios tribunales, sea cual fuere su nacionalidad”, artículo 49 de Primero, artículo 50 del Segundo, artículo 129 del Tercero y artículo 146 del Cuarto, *vid. supra* Capítulo I, apdo. III, 2, 2.1); y en el caso de éstos últimos, la decisión de sobreseer no parece ajustada a las obligaciones internacionales que tiene España pues sí existe “la obligación internacional de perseguir universalmente los crímenes internacionales más graves” y así lo señaló el propio juez instructor en el Auto del Juzgado Central de Instrucción núm. 2 de la AN, de 30 de marzo de 2011, Fundamento de Derecho 4º (“en concreto, las Convenciones de Ginebra, ratificadas por España disponen que los crímenes en ellos contemplados deben ser perseguidos sobre la base del principio de la jurisdicción universal, cualquiera que sea la nacionalidad del autor”). Convenciones de Ginebra que han sido publicadas en el BOE y, por tanto, forman parte del Derecho interno. Por lo tanto, “los pactos internacionales (...) no pueden perder su fuerza obligatoria sino por la expresa voluntad de aquellas que los concertaron” (Sentencia del TS, de 16 de diciembre de 1927), CHINCHÓN ÁLVAREZ, J., “Informe en Derecho: la obligación de España de perseguir los crímenes internacionales. A propósito del caso *Tíbet*”, *Rights International Spain*, Series análisis jurídicos, núm. 18, febrero 2015, pp. 1-13, pp. 2-4.

¹³¹⁹ El juez Pablo R. RUZ GUTIÉRREZ, el 15 de abril de 2014, a través de tres Autos, decidió continuar, por un lado, con la instrucción en los dos asuntos del *Sáhara* pues en el momento de comisión de los hechos, y aplicando el principio de territorialidad, el Sáhara era colonia española; y, por otro, y aplicando los *Convenios de Ginebra* de 1949 y la *Convención contra la Tortura* (que España ha ratificado), decidió continuar instruyendo el asunto *Guantánamo*. También el juez Santiago PEDRAZ GÓMEZ continuó con la instrucción del asunto *Couso* de acuerdo a los mencionados Convenios de Ginebra del 49.

¹³²⁰ Como hemos señalado, al no existir en la Ley de Enjuiciamiento Criminal un proceso para que el juez instructor, sin haber terminado dicha instrucción, remita el asunto a la Sala de lo Penal, y teniendo en cuenta que no existe un criterio unánime entre la Fiscalía de la AN (crítica con la reforma pero partidaria de reenviar las causas a la Sala de lo Penal, ya sea para archivarlas o para plantear una posible cuestión de constitucionalidad), y la Fiscalía Antidroga (que decide archivar los diferentes asuntos y poner en libertad a presuntos narcotraficantes), sobre todo en lo que se refiriere a las obligaciones que los tratados internacionales suscitan al Estado español, el juez Santiago PEDRAZ ha decidido continuar con las causas (asunto *Couso*). O, el juez Fernando ANDREU, que en los asuntos de Irak o de Ruanda, pidió a las partes que presentaran alegaciones para evaluar si era conveniente o no plantear una cuestión de inconstitucionalidad.

Ellacuría, Sahara, Guantánamo, Guatemala y Carmelo Soria)¹³²¹. Véase por todos, el auto de 17 de marzo de 2014 del juez Santiago PEDRÁZ GÓMEZ, asunto *Couso*:

“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 contra 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”¹³²².

Sin embargo, la sentencia dictada por el TS en el asunto *Tíbet*, de 6 de mayo de 2015¹³²³, “ha derramado un jarro de agua fría sobre quienes han tratado de

¹³²¹ Un exhaustivo y riguroso informe sobre los asuntos que se encontraban abiertos cuando la LO 1/2014 fue aprobada lo encontramos en VERGARA CÉSPEDES, M. M. y RACIONERO GARCÍA, J. (Coords.), *Informe sobre el estado de la Jurisdicción Universal en España 2016*, FIBGAR, Madrid, 2016, pp. 2-5, disponible en <http://www.fibgar.org/upload/publicaciones/27/es/informe-sobre-el-estado-de-la-jurisdiccion-universal-en-espana-2016-.pdf>. El mismo apunta como la mayoría de los asuntos han sido cerrados a excepción de aquellos en los que había víctimas españolas en delitos de terrorismo cometidos fuera de España por extranjeros tras recalificar los crímenes de lesa humanidad como terrorismo y permitiendo, a través de la teoría de los delitos conexos, y con la interpretación de los hechos como supuestos de terrorismo, la jurisdicción universal se ha podido extender a otros crímenes internacionales. O, en el asunto *Sahara*, que pasa de basarse del principio de jurisdicción universal al principio de territorialidad (p. 82).

¹³²² Auto del Juzgado Central de Instrucción núm. 1 de la AN, núm. 72/2014, de 17 de marzo, Fundamento de Derecho 6º.

¹³²³ Sentencia del Pleno de la Sala de lo Penal del TS, núm. 296/2015, de 6 de mayo, que resuelve el recurso de casación y señala: “En consecuencia, y para que quede calro en éste y en otros procedimientos con similar fundamento, conforme a la vigente Ley Orgánica 1/2014, los Tribunales españoles carecen de jurisdicción para investigar y enjuiciar delitos contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado cometidos en el extranjero, salvo en los supuestos en que el procedimiento se dirija contra un Español o contra un ciudadano extranjero que resida habitualmente en España, o contra un extranjero que se encontrara en España y cuya extradición hubiera sido denegada por las autoridades españoles. Sin que pueda entenderse dicha jurisdicción

aprovechar este recurso, dictaminando el carácter *non self-executing* de las cláusulas convencionales”¹³²⁴, de forma que el mismo juez PEDRAZ, y ante el mismo asunto *Couso*, “se ve obligado a concluir el sumario y elevarlo a la Sala, tras reconocer que por unanimidad todos los Magistrados del Pleno de la Sala de lo Penal del TS exigían que los nuevos criterios debía ser “extensibles a procedimientos con similar fundamento”. Es por ello que “esta doctrina legal de la Sala de lo Penal no solo tendría el valor complementario del ordenamiento jurídico que a la jurisprudencia del Tribunal Supremo le atribuye el art. 1.6 del Código Civil; sino, además, verdadera fuerza vinculante para los Jueces y Tribunales inferiores en grado de dicho orden jurisdiccional”¹³²⁵.

III. SUMA Y SIGUE: LA ¿ÚLTIMA? MODIFICACIÓN DE 2015

A pesar de la modificación llevada a cabo por la LO 1/2014, algunos asuntos siguieron su curso ante los tribunales españoles (*Tíbet, Guatemala, Sahara, Couso, Ruanda...*). Parecía que fuera necesario una nueva reforma para que éstos no continuaran afectando a las relaciones diplomática. Así, el 30 de marzo de 2015 se

“in absentia” en función de la nacionalidad de la víctima o de cualquier otra circunstancia” (Fundamento de Derecho 29º).

¹³²⁴ “Según la sentencia, el compromiso derivado de los tratados de ejercitar la jurisdicción universal debe hacerse efectivo por los Estados parte incorporándolo a su legislación interna. (...) Según la Sala, el apartado p del artículo 23.4 de la LOPJ no es aplicable a los supuestos específicamente regulados en los apartados anteriores del precepto, lo que significa que, en los supuestos de genocidio, crímenes de lesa humanidad y de guerra, los fundamentos de jurisdicción se limitan a los previstos en el apartado a del artículo 23.4. De acuerdo con esta disposición, tratándose de genocidio, lesa humanidad o contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado se aplican los principio de personalidad activa (español o extranjero residente habitual en España) y de sustitución o representación (extranjero que se encuentra en España y cuya extradición es denegada), de manera que un presunto genocida o incluso un victimario de ciudadanos españoles puede viajar y hacer turismo por España si nadie solicita su extradición” (REMIRO BROTONS, A., “Jurisdicción penal universal sobre crímenes internacionales e inmunidades del Estado extranjero y sus agentes”, *Teoría y derecho: revista de pensamiento jurídico*, núm. 21, 2017, pp. 24-46, pp. 26-27.

¹³²⁵ Y así ocurrió, como señala el profesor José Elías ESTEVE, con el asunto *Flotilla de la Libertad* (Auto del Juzgado Central de Instrucción núm. 5 de la AN, de 10 de junio de 2015) y el asunto *Guantánamo* (Auto del Juzgado Central de Instrucción núm. 5 de la AN, de 17 de julio de 2015), entre otros (PIERNAS LÓPEZ, J. J., ESTEVE MOLTÓ, J. E. y VÁZQUEZ SERRANO, I., “Decisiones de los órganos...”, *óp. cit.*, pp. 379, 384 y 388).

aprobó la *Ley Orgánica 2/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre del Código Penal*¹³²⁶.

Como ya ocurriera con las LO de 2009 y de 2014, su aprobación se llevó a cabo de forma urgente, sin los informes del CGPJ, del Consejo Fiscal y del Consejo de Estado. Además, a través de la LO 2/2015 no sólo se modifican los delitos de terrorismo contemplados en el CP, sino también el proceso a través del cual podrán ser perseguidos por los tribunales españoles. Lo que no hace esta reforma, a diferencia de las anteriores, es ampliar del elenco de crímenes objeto del principio de jurisdicción universal.

Respecto a la modificación del CP en lo que respecta a la figura de los delitos de terrorismo, podríamos preguntarnos por qué¹³²⁷ no se incluyó su contenido en la modificación que el CP había sufrido ese mismo día¹³²⁸ con la *Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre del Código Penal*¹³²⁹, en lugar de optarse por una reforma exprés a través de la LO 2/2015.

Por lo que respecta a la modificación del proceso a través del que podrán los tribunales perseguir delitos de terrorismo, la reforma del principio de jurisdicción universal de la LOPJ se lleva a cabo a través de la Disposición Final Primera de la LO 2/2015, a pesar de que el Preámbulo de la misma no señala nada al respecto, limitándose en el primer párrafo a justificar la modificación del CP en exigencias internacionales:

“La Resolución del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas 2178, aprobada el 24 de septiembre de 2014, recoge la honda preocupación de la comunidad internacional por el recrudecimiento de la actividad terrorista y por la intensificación del llamamiento a cometer atentados en todas las regiones del mundo. En el catálogo de medidas que constituyen la parte dispositiva de esta Resolución, aparece en el punto sexto un recordatorio de la Resolución 1373 (2001), en virtud de la cual todos los Estados miembros deben velar por el enjuiciamiento de toda persona que participe en la financiación, planificación, preparación o comisión de actos de terrorismo o preste

¹³²⁶ *Ley Orgánica 2/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre del Código Penal*, BOE núm. 77, de 31 de marzo de 2015.

¹³²⁷ Los delitos de terrorismos se encuentran tipificados en el Capítulo VII del Título XXII del CP.

¹³²⁸ Incluso la entrada en vigor se llevo a cabo el mismo día: 3 meses después, el 1 de julio de 2015.

¹³²⁹ *Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre del Código Penal*, BOE núm. 77, de 31 de marzo de 2015.

apoyo a esos actos. Tras este recordatorio, la Resolución 2178 pide a los Estados que se cercioren de que sus leyes y otros instrumentos legislativos internos tipifiquen delitos graves que sean suficientes para que se puedan enjuiciar y sancionar las conductas terroristas que se describen, de tal forma que quede debidamente reflejada la gravedad del delito”¹³³⁰.

Es decir, la modificación se justifica por la aprobación de dos Resoluciones del CS de las Naciones Unidas. La primera, la Resolución 2178(2014), de 24 de septiembre, destinada a frenar el fenómeno de los combatientes terroristas extranjeros (en especial, los del Estado Islámico), obliga a los Estados a que “se cercioren de que sus leyes y otros instrumentos legislativos internos tipifiquen delitos graves que sean suficientes para que se pueda enjuiciar y sancionar las conductas terroristas que se describen, de tal forma que quede debidamente reflejada la gravedad del delito”. La segunda, la Resolución 1373(2001), de 28 de septiembre, apunta “la necesidad de que los Estados complementen la cooperación internacional adoptando otras medidas para prevenir y reprimir en sus territorios, por todos los medios legales, la financiación y preparación de esos actos de terrorismo”.

La persecución del delito de terrorismo a través del principio de jurisdicción universal se ha ido viendo limitada con las reformas de 2009¹³³¹ y

¹³³⁰ El texto del Preámbulo es una copia idéntica de la Proposición de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, en materia de terrorismo, Congreso de los Diputados, X Legislatura, Serie B, Proposiciones de Ley núm. 211-1, *BOCG*, 4 de febrero de 2015, pp. 1-8 (disponible en http://www.congreso.es/public_oficiales/L10/CONG/BOCG/B/BOCG-10-B-211-1.PDF) presentada por los Grupos parlamentario Popular, Grupo Parlamentario Socialista y el Sr. Salvador Armendáriz, la Sra. Oramas González-Moro y el Sr. Álvarez Sostres (Grupo Mixto).

¹³³¹ Hemos visto como la LO 1/2009 estableció vínculos para el ejercicio de la jurisdicción universal: que el presunto responsable estuviera en España o que existieran víctimas de nacionalidad española o que existiera algún vínculo relevante con el Estado español y que no se hubiera iniciado en otro país o en un tribunal internacional un procedimiento que ya estuviera investigando los hechos. “El requisito de la existencia de *“algún vínculo de conexión relevante”* era lo suficiente ambiguo como para permitir la persecución de delitos de terrorismo porque además, a este tipo de ilícitos, no era aplicable la segunda de las condiciones, es decir la inexistencia de un procedimiento en el seno de un Tribunal Internacional. Hasta la fecha, y a excepción del Tribunal Penal Internacional para el Líbano, no existe un órgano de estas características con jurisdicción en materia de terrorismo”, de acuerdo con la Resolución 1757(2007) del CS de las Naciones Unidas, de 30 de mayo. El Estatuto del Tribunal está anexo a la citada resolución (*vid. supra* Capítulo I, apdo. II, 2, 2.2) (MARTÍNEZ GUERRA, A., “La persecución extraterritorial de los delitos de terrorismo: otra víctima de la “nueva” Jurisdicción Universal”, *Diario La Ley*, núm. 8561, junio 2015, p. 4).

2014¹³³², hasta llegar a la modificación llevada a cabo con la LO 2/2015¹³³³. Ésta última sólo ha afectado al artículo 23.4.e).2º. La Disposición Final Primera de la LO 2/2015 señala:

“Se modifica el apartado 4.e).2º del artículo 23 de la LO 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, que queda redactado como sigue:

2º el procedimiento se dirija contra un extranjero que resida habitualmente o se encuentre en España o, sin reunir esos requisitos, colabore con un español, o con un extranjero que resida o se encuentre en España, para la comisión de un delito de terrorismo”.

De acuerdo con la redacción de la LO 2/2015, mientras que con la LO 1/2014 podía perseguirse a un extranjero que viviera habitualmente en España por un delito de terrorismo a través del principio de jurisdicción universal, a partir de la entrada en vigor de la LO 2/2015, el 1 de julio del mismo año, también podrán ser objeto de persecución universal el extranjero que “se encuentre en España o, sin reunir esos requisitos, colabore con un español, o con un extranjero que resida o se encuentre en España, para la comisión de un delito de terrorismo”¹³³⁴.

¹³³² Con la LO 1/2014, la persecución del delito de terrorismo a través del ejercicio de la jurisdicción universal podía dar lugar a tres situaciones. La primera, el artículo 23.4.d) de la LOPJ, cuando 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”. La segunda, artículo 23.4.e) de la LOPJ, cuando “1º el procedimiento se dirija contra un español; 2º el procedimiento se dirija contra un extranjero que resida habitualmente en España; 3º el delito se haya cometido por cuenta de una persona jurídica con domicilio en España; 4º la víctima tuviera nacionalidad española en el momento de comisión de los hechos; 5º el delito haya sido cometido para influir o condicionar de un modo ilícito la actuación de cualquier Autoridad española; 6º el delito haya sido cometido contra una institución u organismo de la Unión Europea que tenga su sede en España; 7º el delito haya sido cometido contra buque, nave o aeronave con pabellón español; u, 8º el delito se haya cometido contra instalaciones oficiales españolas, incluyendo sus embajadas y consulados”. La tercera y última, el artículo 23.4.j) de la LOPJ, cuando se trata de “Delitos de constitución, financiación o integración en grupo u organización terrorista 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”.

¹³³³ Modificación que afecta a la jurisdicción universal pero que España ha omitido en el documento *Contribución de España sobre el tema del “Alcance y aplicación del principio de jurisdicción universal”*, de 22 de febrero de 1016, Madrid (informe español a la respuesta de la resolución 70/119, de 14 de diciembre, de la AG para que los Estados miembros presenten “información y observaciones sobre el alcance y la aplicación de la jurisdicción universal, incluida, cuando corresponda, información sobre los tratados internacionales aplicables y sus disposiciones legales y prácticas judiciales internas”).

¹³³⁴ La redacción final de esta modificación operada por la LO 2/2015 para nada tenía que ver con su contenido originario que, por un lado, estaba recogido en la *Proposición de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal en materia de delitos*

Como bien ha señalado Amparo MARTÍNEZ GUERRA,

“El resultado final de esta reforma de naturaleza procesal es la creación de otro régimen más de persecución *ad hoc* en el art. 23.4 LOPJ”¹³³⁵.

Podría pensarse que España no hace más que cumplir con esas resoluciones del CS, pero lo que en realidad hace es incorporar por “la puerta de atrás” una nueva regulación que establece vínculos de conexión y vuelve a confundir *principios de atribución de la jurisdicción con criterios de resolución de conflictos de jurisdicción* (nexos), como ya hizo expresamente en 2014 con el terrorismo.

IV. LA JURISDICCIÓN UNIVERSAL EN ESPAÑA Y EL DERECHO INTERNACIONAL

Al margen de que la reforma llevada a cabo con la LO 1/2014 haya eliminado casi por completo la posibilidad de ejercer la jurisdicción universal, debemos cuestionarnos si, tal y como está estructurado el artículo 23 de la LOPJ, nuestros tribunales pueden cumplir con sus compromisos derivados del DI. Lo cierto es que surgen serias dudas de que el Estado español, tras la reforma operada con la LO 1/2014, esté cumpliendo con sus obligaciones internacionales.

En nuestra opinión, en el artículo 23 podrían establecerse diversos grupos diferenciados de respuestas jurídicas. El primer grupo comprendería los párrafos a), b), c), e), f), h), i), j), k), l), m), n) y o) que, a pesar de estar incluidos en el

de terrorismo (Senado, X Legislatura, *BOCG*, núm. 474, de 21 de febrero de 2015, pp. 8-9, disponible en

<http://www.senado.es/web/actividadparlamentaria/iniciativas/detalleiniciativa/index.html?legis=10&id1=624&id2=000003>) y, por otro, preveía la modificación del artículo 580.1 del CP en los siguientes términos: “Los hechos tipificados en este Capítulo serán perseguibles en España siempre que el culpable sea español, resida habitualmente en territorio español o se encuentre en España, con independencia de que sean o no punibles en el lugar de ejecución”. Sin embargo, una cláusula de este tipo sólo podía encuadrarse en la LOPJ y no en el CP, pues se estarían incluyendo un requisito de perseguibilidad cuyo foro no era el CP (aplicándose entonces a todos los delitos contenidos en ese Capítulo) sino la LOPJ al tratarse de obligaciones del Estado español en materia de cooperación penal internacional (MARTÍNEZ GUERRA, A., “La persecución extraterritorial...”, *óp. cit.*, p. 1). Sobre la regulación del delito de terrorismo desde el prisma de la jurisdicción universal véase: ESTEVE MOLTÓ, J. E., “Desnaturalizando la justicia universal: hacia una exclusiva y condicionada persecución terrorismo”, *Teoría y derecho: revista de pensamiento jurídico*, núm. 21, 2017, pp. 48-68.

¹³³⁵ MARTÍNEZ GUERRA, A., “La persecución extraterritorial de los delitos de terrorismo...”, *óp. cit.*, p. 1.

apartado 4 dedicado al principio de jurisdicción universal, en realidad deberían formar parte del apartado 1º (principio de territorialidad), 2º (principio de personalidad pasiva) y 3º (principio real o de protección) del mismo artículo 23, pues lo que se ha hecho con el artículo 23.4 es crear una categoría que bien podría llamarse *de jurisdicción mixta*, en la que encontramos todos los criterios jurisdiccionales excepto el criterio universal¹³³⁶. El segundo grupo, estaría formado por dos apartados muy concretos: los párrafos d) y g), que señalan la jurisdicción española para aquellos tratados que hayan sido ratificados por España sin ningún tipo de vínculo o nexo. El tercer grupo estaría formado por el párrafo p) que señala lo mismo que los párrafos d) y g), pero haciendo desaparecer por arte de magia cualquier vínculo de conexión para los delitos también recogidos en los tratados vigentes para España. Un último grupo estaría formado por el último párrafo del artículo 23.4, que establece una modalidad del principio *aut dedere aut iudicare*, respetuoso con el resto de soberanías, en el que el Estado Español sólo tendría jurisdicción para perseguir todos los delitos señalados con anterioridad cuando hubieren sido cometidos por extranjeros (no españoles) que estando en España y habiéndose solicitado su extradición por otro Estado, ésta se deniegue.

Todo lo expuesto suscita múltiples y variadas dudas. ¿Acaso no se refiere la cláusula contenida en la letra p) a los párrafos precedentes, es decir, a todos los apartados de este artículo 23.4, letras a) a o)? Siendo así, ¿en qué posición quedan entonces todos los nexos de conexión establecidos y cuál es su finalidad tras la cláusula de la letra p)? La respuesta podría ser la de *contentar* a todas las partes. Por un lado, cerrar los asuntos que habían dañado las relaciones diplomáticas (no olvidemos que parecían nexos puestos a dedo para determinadas causas abiertas) y, por otro, presumir, como se hizo ante la AG¹³³⁷, de jurisdicción universal y de que se cumple el derecho internacional (letras d), g) y p) y último párrafo, todas ellas basadas en el derecho internacional convencional). Sin embargo y con

¹³³⁶ “En definitiva, el Legislador español ha creado un principio de atribución de la jurisdicción nuevo que no nos atrevemos a bautizar. No sabemos qué es, pero jurisdicción universal está claro que no”, MARTÍNEZ GUERRA, A., “La reforma de la “molesta” jurisdicción universal...”, *óp. cit.*, p. 141.

¹³³⁷ *Contribución de España sobre el tema del “Alcance y aplicación del principio de jurisdicción universal”*, de 22 de febrero de 1016, Madrid (informe español a la respuesta de la resolución 70/119, de 14 de diciembre, de la AG para que los Estados miembros presenten “información y observaciones sobre el alcance y la aplicación de la jurisdicción universal, incluida, cuando corresponda, información sobre los tratados internacionales aplicables y sus disposiciones legales y prácticas judiciales internas”).

respecto al último párrafo, ¿por qué no se acogió el principio de jurisdicción universal de forma más rígida en su modalidad de *aut iudicare* no permitiendo así acoger a presuntos responsables de crímenes de DI en el territorio español convirtiéndose el mismo en un espacio para la impunidad? Y, teniendo en cuenta que el principio *aut dedere aut iudicare* es una cláusula que sólo se recoge en tratados internaciones, y que es un medio para el ejercicio de la jurisdicción universal, debemos cuestionarnos si, dada la extensión del artículo 23.4 de la LOPJ, la competencia de los jueces y tribunales españoles en el ejercicio de la jurisdicción universal queda reducida al último párrafo, es decir, a un cumplimiento de la modalidad más *soft* del principio *aut dedere aut iudicare* de un tratado internacional ignorando el resto de fuentes del DI. ¿Acaso no es consciente el legislador español que entre las fuentes del DI también se encuentra la costumbre reguladora de los crímenes de lesa humanidad, por ejemplo?

“la reforma desoye el contenido de obligaciones jurídicas que el Derecho internacional impone sobre España, al menos con respecto a la represión de ciertos crímenes de guerra que constituyen infracciones graves del Derecho internacional humanitario, pese a que es cierto que el nuevo texto deja un resquicio para considerarlos excluidos de las nuevas condiciones, al preverse que la competencia de los Tribunales españoles para conocer de los delitos allí previstos quedará supeditada a la acreditación de los nuevos requisitos “sin perjuicio de lo que puedan disponer los tratados y convenios internacionales suscritos por España”. No obstante, tal precisión queda lejos, sino de lo que debe considerarse suficiente, sí al menos deseable”¹³³⁸.

Acierta la Exposición de Motivos de la LO 1/2014 al señalar que “la jurisdicción universal no puede concebirse sino desde límites y exigencias propias del derecho internacional”, pues el principio de jurisdicción universal es un principio de DI. Sin embargo, cuando continúa señalando que “la extensión de la jurisdicción española más allá de los límites territoriales españoles debe venir legitimada y justificada por la existencia de un tratado internacional que la prevea o autorice, el consenso internacional”, parece haber olvidado el legislador el derecho consuetudinario, también fuente del DI (por ejemplo, en cuanto al

¹³³⁸ ABAD CASTELOS, M., “La persecución restringida de los delitos que lesionan valores esenciales de la comunidad internacional...”, *óp. cit.*, p. 89.

genocidio)¹³³⁹. Y, en el mismo sentido lo ha señalado la profesora Esperanza ORIHUELA en cuanto a las consideraciones de nuestro TS:

“Nuestro Tribunal Supremo (...) yerra al considerar que su respaldo se encuentra exclusivamente en los tratados internacionales, olvidando, con ello, que las normas del Derecho Internacional General sirven de fundamento para la previsión y ejercicio de la jurisdicción universal respecto de crímenes internacionales que carecen de régimen convencional, como es el caso de los crímenes de lesa humanidad, o respecto de los que los tratados destinados a su prevención y sanción que no han previsto su enjuiciamiento por los Estados parte al amparo del principio de justicia universal, como es el caso del genocidio”¹³⁴⁰.

No podemos, por lo tanto, considerar la regulación recogida en el artículo 23.4 de la LOPJ respetuosa con las obligaciones que emanan del DI si sólo tiene en cuenta una de las fuentes del DI (los tratados) ignorando el DI general. Pero, incluso, aunque sólo los tratados internacionales fueran fuente del DI, tampoco las obligaciones que se derivan de los mismos se ven cumplidas si acudimos a la letra del artículo 23.4 de la LOPJ. Sirvan de ejemplo los vínculos establecidos en el apartado a) del artículo 23.4 de la LOPJ para el ejercicio de la jurisdicción universal respecto de los crímenes de guerra recogidos en el artículo 23.4.a). Al respecto, el profesor Javier CHINCHÓN señala:

“Lo que hemos visto, es un intento de derogar los Convenios de Ginebra, que forman parte íntegra del Derecho interno español, a través de una norma interna posterior. (...) ni el sentido corriente de los términos ya citados, ni su objeto y fin, pueden avalar una pretendida decisión legislativa que se concrete en que los tribunales españoles se abstengan de cumplir con su obligación de evitar que queden impunes los responsables de crímenes de guerra, sea cual fuere su nacionalidad, o se encuentren donde se encuentre”, pues “aplicar una norma interna que pretende modificar un tratado internacional supone incumplir obligaciones internacionales”, sería contrario al DI y a la CE al *recordar* en su artículo 96.1 que “los tratados internacionales no pueden ser derogados, modificados o suspendidos por una norma interna posterior”¹³⁴¹.

¹³³⁹ MARTÍNEZ ALCAÑIZ, A., *óp. cit.*, p. 514.

¹³⁴⁰ ORIHUELA CALATAYUD, E., *La jurisdicción universal en...*, *óp. cit.*, p. 154.

¹³⁴¹ “Pero recordemos, que los crímenes de guerra no sólo está recogidos en el DI convencional, sino que son norma consuetudinaria (con una posición jerárquica idéntica a la de los tratados

El *Convenio de Viena sobre el Derecho de los Tratados* de 1969¹³⁴², recoge en su artículo 26:

"Pacta sunt servanda. Todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe",

mientras que en el artículo 27 recoge:

"El derecho interno y la observancia de los tratados. Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado"¹³⁴³.

Las partes que se obligan por un tratado deben cumplirlo de buena fe, sin que puedan invocar su derecho interno como justificación para incumplir la norma internacional. Así lo señaló la CIJ en el asunto *relativo a las plantas de celulosa en el río Uruguay*, que recoge la responsabilidad internacional de un Estado que dio prioridad a una norma interna cuando debió aplicar

"la bien establecida norma consuetudinaria reflejada en el artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados según la cual "una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado"¹³⁴⁴.

internacionales, entre otras, Sentencia de la Sala 3ª del TS, de 13 de junio de 1991 y Sentencia del TC 292/1994), por lo que "tampoco puede el legislador derogar unilateralmente una obligación de derecho internacional general a través de una ley interna posterior" (CHINCHON ÁLVAREZ, J., "Informe en Derecho: la obligación de España...", *óp. cit.*, pp. 7-10). Véase también ORIHUELA CALATAYUD, E., *La jurisdicción universal en...*, *óp. cit.*, p. 90.

¹³⁴² *Convenio de Viena sobre el Derecho de los Tratados* de 23 de mayo de 1969, *BOE* núm. 142, de 13 de junio de 1980.

¹³⁴³ Así lo señaló también el Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales al interpretar el artículo 27 del *Convenio de Viena sobre Derecho de los Tratados* de 1969: "En otras palabras, los Estados deben modificar el ordenamiento jurídico interno en la medida necesaria para dar efectividad a las obligaciones dimanantes de los tratados en los que sean Parte" ("La aplicación interna del Pacto", Observación General núm. 9 realizada por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 3 de diciembre de 1998, p. 2, párr. 3, disponible en <http://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2012/8786.pdf?file=fileadmin/Documentos/BDL/2012/8786>).

¹³⁴⁴ Asunto *relativo a las plantas de celulosa sobre el río Uruguay* (Argentina v. Uruguay), Sentencia de 20 de abril de 2010, *CIJ Recueil 2010*, p. 53, párr. 145. Así lo había señala con anterioridad en el asunto *relativo a las acciones armadas fronterizas y transfronterizas* (Nicaragua v. Honduras), Sentencia de 20 de diciembre de 1988, *CIJ Recueil 1988*, p. 105, párr. 94.

Y también lo señaló así el TPIY en el *asunto Furundzija*, estableciendo la responsabilidad internacional del Estado por la existencia de una ley interna que era contraria al DI¹³⁴⁵. Incluso, Amnistía Internacional ha señalado que

“debe concluirse que todo tratado, convenio, convención, pacto o acuerdo internacional celebrado por escrito entre Estados y regido por el derecho internacional, cualquiera que sea su forma o denominación jurídica, debidamente ratificado o aprobado, constituye una norma de jerarquía superior a toda disposición de la ley interna, incluida la propia Constitución Política de los Estados. Tal es la obligación que impone la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados a los Estados Partes (en este caso sobre la LO 1/2014) reflejando en ello una naturaleza consuetudinaria”¹³⁴⁶.

Por otro lado, y respecto a los vínculos actualmente en vigor en la LO 1/2014 del artículo 23.4,

“Ninguno de estos tratados (Convenios de Ginebra o Estatuto de Roma), ni aquéllos que refieren la obligación de “enjuiciar o extraditar”, mencionan la posibilidad de limitar la persecución de graves crímenes de derecho internacional al hecho de que los perpetradores sean de una nacionalidad particular o que haya un pedido de extradición rechazado”, cosa que ya se anunciaba leyendo la proposición de ley de la reforma operada en 2014 que “establece limitaciones respecto a cuándo se pueden investigar dichos crímenes”¹³⁴⁷.

¹³⁴⁵ “Normalmente el mantenimiento o la aprobación de legislación nacional interna inconsistente con las normas internacionales genera responsabilidad del Estado y en consecuencia da lugar a la correspondiente reclamación de cese y reparación (lato sensu) solo cuando dicha legislación es aplicada en concreto. Al contrario, el mero hecho de mantener en vigor o de aprobar legislación contraria a la prohibición internacional de la tortura genera la responsabilidad internacional del Estado. El valor de la libertad frente a la tortura es tan grande que resulta imperativo excluir cualquier acto legislativo nacional autorizando o condonando la tortura o de cualquier forma capaz de producir este efecto”, TPIY, Sala de Primera Instancia, *Fiscal v. Anto Furundzija*, Sentencia de 10 de diciembre de 1998, Caso IT-95-17/1-T.

¹³⁴⁶ *Los crímenes de derecho internacional no están sujetos a prescripción*, Amnistía Internacional, Uruguay, septiembre 2011, p. 9.

¹³⁴⁷ “Los legisladores españoles deben rechazar la reforma propuesta que pretende cerrar la puerta a la justicia para los crímenes más graves”, *Rights International Spain*, de 10 de febrero de 2014, disponible en: <http://www.rightsinternationalspain.org/uploads/publicacion/071425856d4c50c51c435fd69ad8fb2bea2acd2e.pdf>.

La modificación llevada a cabo por la LO 1/2014 supone un retroceso en el sistema de cooperación penal internacional de lucha contra la impunidad de los crímenes más graves del DI, en lo que respecta al principio de jurisdicción universal, ignorando el fundamento que lo sustenta. Se incumplen las obligaciones impuestas, en particular, por el IV *Convenio de Ginebra de protección de personas civiles en tiempo de guerra* de 12 de agosto de 1949¹³⁴⁸, por la *Convención para la prevención y la sanción del delito de genocidio* de 9 de diciembre de 1948, por la *Convención de Naciones Unidas contra la tortura y otros tratos o penas crueles inhumanos o degradantes* de 10 de diciembre de 1948, por la *Convención internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas* de 20 de diciembre de 2004 y por el Estatuto de Roma, pues tratándose de los crímenes más graves regulados por normas de *ius cogens* y que suponen obligaciones *erga omnes* del DI general, la regulación de la LO 1/2014 “conduce a la impunidad de todos los extranjeros responsables de torturas y desapariciones forzadas cuyas víctimas no fueran españolas y ofrece nuestro territorio como posible lugar de refugio a estos criminales”¹³⁴⁹. Por lo que respecta a la modificación llevada a cabo en 2015, en relación a los delitos de terrorismo, supone un incumplimiento de la cooperación penal judicial contenida en los tratados internacionales, concretamente en lo que se refiere al *aut dedere aut iudicare*. Al tener España jurisdicción sobre personas que se encuentran en territorio español, pueden originarse conflictos jurisdiccionales con otros Estados ante posibles denegaciones de solicitudes de extradición realizadas por el Estado territorial o por el Estado del que la víctima es nacional¹³⁵⁰. Tras la reformas

“sólo ha quedado un ventanuco abierto: la posibilidad de afirmar la jurisdicción española si se constata la presencia de españoles entre las víctimas de un crimen

¹³⁴⁸ En relación a los crímenes de guerra y la condición de que el responsable sea “ciudadano extranjero que resida habitualmente en España, o contra un extranjero que se encontrare en España”. Es cierto que ésta, la jurisdicción universal *in absentia*, es una condición no aceptada frente a determinados crímenes (*vid. supra* Capítulo III, apdo. I, 1.5, 1.5.1), por ejemplo en el caso de la tortura (que se exige la presencia del presunto responsable en el artículo 5.2 de la Convención de 1984), o de los crímenes de lesa humanidad (que no se establece nada), lo cierto es que en ningún caso los Convenios de Ginebra de 1949 exigen la presencia del responsable en el territorio del estado que ejerce la jurisdicción universal, al contrario de lo que establece el artículo 23.4 a) de la LOPJ.

¹³⁴⁹ ORIHUELA CALATAYUD, E., *La jurisdicción universal en...*, *óp. cit.*, p. 90.

¹³⁵⁰ MARTÍNEZ GUERRA, A., “La persecución extraterritorial de los delitos de terrorismo...”, *óp. cit.*, p. 7.

de terrorismo. Algunos letrados pudieron recalificar así los delitos de lesa humanidad como actos terroristas cuando entre sus defendidos hubiera algún español. La masacre contra padres jesuitas en el conflicto armado interno de El Salvador pudo beneficiarse de esta interpretación o el recurso al carácter español de las víctimas saharauis, ha hecho que el barco no se hunda, aunque está tan escorado que será difícil reflotarlo. Incluso la investigación del narcotráfico en aguas internacionales quedaba afectada y hubo de redefinirse su perseguibilidad por vía jurisprudencial y la persecución de la corrupción internacional, necesitada de interpretaciones forzadas por los “despistes” de la ley¹³⁵¹.

Como hemos visto, la situación no es muy esperanzadora, pudiendo concluir en cuanto al principio de jurisdicción universal que

“la legislación española sufre una involución de tal magnitud, que supone una verdadera ruptura del principio de progresividad en la aplicación y protección de los derechos humanos. Se trata de una Ley contraria al Derecho Internacional y en especial al Derecho Internacional de los Derechos Humanos, e ignora que la Comunidad Internacional y España se han comprometido a la persecución de los más graves crímenes internacionales y que la naturaleza de la mayor parte de estos crímenes obliga la persecución universal”¹³⁵².

Quizá sería oportuno llamar a la puerta de Estrasburgo y explorar la vía ante el TEDH.

V. CONSIDERACIONES FINALES

Los resultados en la búsqueda de resoluciones judiciales españolas relativas a la jurisdicción universal en España, desde mediados del año 2014 hasta la actualidad, son prácticamente nulos (con la excepción de alguna resolución en materia de tráfico de drogas y estupefacientes y violencia contra las mujeres). La

¹³⁵¹ GARZÓN REAL, B., “Introducción”, VERGARA CÉSPEDES, M. M. y RACIONERO GARCÍA, J. (Coords.), *Informe sobre el estado de la Jurisdicción Universal en España 2016*, FIBGAR, Madrid, 2016, pp. 2-5, p. 4, disponible en <http://www.fibgar.org/upload/publicaciones/27/es/informe-sobre-el-estado-de-la-jurisdiccion-universal-en-espana-2016-.pdf>. En el mismo sentido, REMIRO BROTÓNS, A., “Jurisdicción penal universal sobre crímenes internacionales...”, *óp. cit.*, p. 26.

¹³⁵² PÉREZ CEPEDA, A. I., “Ley Orgánica 1/2014, de 13 de marzo...”, *óp. cit.*, p. 39.

mayor parte de asuntos relativos a la jurisdicción universal en relación a crímenes de primer grado han sido sobrepasados por no cumplir con los requisitos establecidos en la LO 1/2014. España ha desaparecido del mapa de la colaboración penal internacional en la lucha contra la impunidad a pesar de que la jurisdicción universal fue (tiempo pasado) uno de los aportes más significativos del Estado español al DI.

Podríamos preguntarnos si está preparado el Estado español para enfrentarse a las diversas y difíciles consecuencias que han derivado del ejercicio del principio de jurisdicción universal. Y lo cierto es que, a la vista de todo lo sucedido y de la situación actual, la respuesta debe ser negativa.

Ángel SÁNCHEZ LEGIDO ha señalado cuatro tipos de escenarios posibles en el momento actual. El primero de ellos, establecido por la LO 1/2014, supondría la renuncia a la jurisdicción universal hasta los límites del DI. El segundo, la introducción de filtros políticos, permitiría llegar con la jurisdicción universal hasta donde las consecuencias políticas lo permitan (lo más común en el escenario que nos rodea). El tercero, el llevado a cabo por el TS y más tarde plasmado en la LO 1/2009, implicaría evitar aquellos asuntos conflictivos mediante la selección consciente de diversos vínculos de conexión que permiten desechar ciertos asuntos teniendo en cuenta el coste final. El último escenario sería el denominado despectivamente “quijotesco”, en el que los DDHH prevalecerían sobre los intereses políticos y económicos, sin importar el coste que tenga¹³⁵³. Como bien ha señalado Carmen VALLEJO,

“se puede afirmar que los cambios en la legislación española de 2009 y 2014 parecen confirmar la tensión y fortaleza de los principios internacionales clásicos de soberanía estatal y de no injerencia, sobre los principios derivados del Derecho Internacional Humanitario y del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, cuando estos últimos son afectados por el núcleo duro de los crímenes internacionales, ámbito donde se producen, en la práctica, los conflictos internacionales derivados del ejercicio de esta jurisdicción”¹³⁵⁴.

¹³⁵³ SÁNCHEZ LEGIDO, Á., “El fin del modelo español de...”, *óp. cit.*, p. 40. Ahora bien, no debería verse la protección de este tipo de derechos condicionado por las relaciones bilaterales españolas (HELLMAN, J., *Jurisdicción universal sobre crímenes internacionales...*, *óp. cit.*, p. 238).

¹³⁵⁴ VALLEJO PEÑA, C., “La fragilidad de una jurisdicción universal complementaria de la justicia internacional penal...”, *óp. cit.*, p. 109. En el mismo sentido, Manuel OLLÉ SESÉ: “Los problemas surgen cuando nuestros tribunales comienzan a aplicar el principio de jurisdicción universal

El 9 de septiembre de 2016 se presentó la *Proposición de ley orgánica de modificación de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, relativa a la mejora de la justicia universal*¹³⁵⁵ por el grupo parlamentario ERC, con el apoyo de PSOE y Unidos Podemos y la abstención de Ciudadanos. En su Exposición de Motivos señala:

“el Estado español tiene el deber de hacer comparecer ante la justicia a los autores de delitos de derecho internacional, lo que supone la obligación de promulgar y hacer aplicar una legislación estatal que disponga que estos delitos de derecho internacional son también delitos en el derecho interno dondequiera que se hayan cometido e independientemente de quién los haya cometido o quién sea la víctima. La existencia de una legislación sobre la aplicación efectiva del principio de Justicia Universal supone garantizar que se rinden cuentas por todos los crímenes de derecho internacional (como genocidio, crímenes de lesa humanidad, crímenes de guerra, torturas, ejecuciones extrajudiciales, desapariciones forzadas) asegurando que los tribunales españoles realizan dicha tarea”¹³⁵⁶.

La Proposición de ley tiene un único artículo que propone *grosso modo* volver al escenario establecido por la LO 1/2009; modifica los apartados 2º, 4º y 5º del artículo 23 de la LOPJ y elimina el apartado 6º:

“2. También conocerá la jurisdicción española de los delitos que hayan sido cometidos fuera del territorio nacional, siempre que los criminales 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.

respecto de aquellos crímenes internacionales de primer grado, como el genocidio los crímenes de lesa humanidad, la tortura o el terrorismo y que, además, están impregnados de importantes connotaciones políticas y en los que se debate constantemente el ejercicio de la soberanía de los Estados y el principio de no injerencia” (*Justicia universal para..., óp. cit.*, p. 202).

¹³⁵⁵ Congreso de los Diputados, Serie B, núm. 18-1, *BOCG*, de 9 de septiembre de 2016, disponible en http://www.congreso.es/public_oficiales/L12/CONG/BOCG/B/BOCG-12-B-18-1.PDF.

¹³⁵⁶ Exposición de Motivos, *Proposición de ley orgánica de modificación de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, relativa a la mejora de la justicia universal*, párr. 3º.

b) Que el agraviado o el Ministerio Fiscal interpongan querrela ante los Tribunales españoles.

c) Que el delincuente no haya sido absuelto 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:

a) Genocidio, lesa humanidad o contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado.

b) Terrorismo.

c) Tortura y delitos contra la integridad moral de los artículos 174 a 177 de Código Penal.

d) Piratería, apoderamiento ilícito de aeronaves y delitos contra la seguridad de la navegación marítima.

e) Delitos contra la seguridad de la aviación civil.

f) Delitos relativos a la protección física de materiales nucleares.

g) Delitos relativos a la prostitución y corrupción de menores e incapaces.

h) Tráfico ilegal de drogas psicotrópicas, tóxicas y estupefacientes.

i) Trata de seres humanos y tráfico ilegal o inmigración clandestina de personas, sean o no trabajadores.

j) Delitos relativos a la mutilación genital femenina.

k) Delitos contra la violencia contra la mujer y la violencia doméstica.

l) Falsificación de moneda extranjera.

m) Delitos de corrupción entre particulares o en las transacciones económicas internacionales.

n) Delitos de desaparición forzada.

o) Cualquier otro delito que, según los tratados y convenios internacionales en particular los Convenios de derecho internacional humanitario y de protección de los derechos humanos, deba o pueda ser perseguido en España.

5. En los supuestos de los apartados 3 y 4 será de aplicación lo dispuesto en la letra c) del apartado 2 de este artículo”.

El 17 de febrero de 2017, el Grupo Parlamentario Vasco (EAJ-PNV) presentó en el Congreso su propia proposición de ley con el objetivo de recuperar la

naturaleza genuina de la jurisdicción universal y desvincularla de intereses nacionales. Sin embargo, señala que no se podrán perseguir crímenes internacionales si el presunto responsable no se encuentra en territorio español. Apuesta, pues, por una *jurisdicción universal territorial*.

En la sesión parlamentaria del 21 de febrero de 2017 donde se debatió la propuesta de Esquerra Republicana, quedó patente la existencia de una mayoría dispuesta a suprimir la reforma operada por la LO 1/2014 y volver a la introducida en 2009. Otros apostaron por la versión original. Y otros se opusieron a todo. “Sea como fuere, se pudo constatar una ajustada mayoría parlamentaria de 176 votos a favor, 136 en contra y 30 abstenciones de Ciudadanos a favor de la proposición de ley”¹³⁵⁷.

El 18 de marzo de 2018¹³⁵⁸, se debatía una enmienda a la totalidad presentada por el grupo parlamentario del Partido Popular que abogaba por mantener la normativa vigente, con la inclusión de pequeñas modificaciones. Sin embargo, esta enmienda ha sido rechazada por los votos de PSOE, Unidos Podemos, ERC, PNV, PDeCAT, Compromís, Bildu, Nueva Canarias y Coalición Canaria (Ciudadanos se ha abstenido), por lo que la Proposición de Ley seguirá su curso en la Cámara Baja y aún tendremos que esperar para ver una nueva modificación del artículo 23.4 de la LOPJ. Así lo anunciaba la Ministra de Justicia, Dolores Delgado, unos días antes de cerrar esta Tesis Doctoral:

“El Ministerio pretende recuperar la legislación sobre jurisdicción universal vigente entre 1985 y 2009, revisada conforme a nuevas necesidades como la persecución de crímenes internacionales de naturaleza económica, financiera y medioambiental”¹³⁵⁹.

¹³⁵⁷ PIERNAS LÓPEZ, J. J., LÓPEZ-ALMANSA BEAUS, E. y ESTEVE MOLTÓ, J. E., “Decisiones de los órganos judiciales”, *AEDI*, núm. 33, 2017, pp. 419-491, p. 422.

¹³⁵⁸ Cortes Generales, X Legislatura, núm. 110, Sesión plenaria núm. 105, *Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados*, de 15 de marzo de 2018, pp. 3-13, disponible en http://www.congreso.es/public_oficiales/L12/CONG/DS/PL/DSCD-12-PL-110.PDF

¹³⁵⁹ “Para ello, abrirá un espacio de discusión y aporte de información en el que un grupo de expertos, a partir de las iniciativas consolidadas en los últimos años, ofrezca en un plazo no superior a tres meses contribuciones para esa reforma. La ministra se ha comprometido a presentar las conclusiones de expertos en el Congreso antes de finalizar este año” (“La ministra expone en el Congreso los ejes que guirán su gestión al frente de Justicia”, *Diario La Ley*, de 12 de julio de 2018, disponible en <http://diariolaley.laley.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAEAMtMSbH1czUwMDA0MzZMzNSK0stKs7Mz7M1MjC0MDA3BATkplW65CeHVBak2qYl5hSnqmUWOxYUFOWXpabA1BkmpqaAgA2pN-BTQAAAA==WKE>). Apunta Antoni PIGRAU seis argumentos que servirían para

Para ello, el pasado mes de agosto de 2018 se anunciaba la creación de un comité de expertos para estudiar la legislación actual en materia de jurisdicción universal y reformularla¹³⁶⁰ entre los que, debe señalarse, no se observa la presencia de *iusinternacionalistas*¹³⁶¹.

Lo que parece seguro es que no volverá aquella *jurisdicción universal pura* que recogía la LOPJ de 1985 y esperemos que tampoco continúe la regresión que el principio de jurisdicción universal vive en estos momentos bajo la LO de 2014 y la merma que ha supuesto para los derechos de las víctimas de los crímenes más graves del DI: el derecho de acceso a la justicia y de obtención de justicia, verdad y reparación¹³⁶².

volver a una concepción amplia de la jurisdicción universal: 1. *Técnica jurídica*, teniendo en cuenta la mezcla de todos los criterios jurisdiccionales en el actual artículo 23 de la LOPJ. 2. “Pura coherencia en el discurso y de respeto al Derecho internacional” 3. Ser eficaces reduciendo el espacio impune. 4. “La reivindicación del efecto *agitador* para los países que otorgan la impunidad del ejercicio de la jurisdicción universal”. 5. “Evitar que España se convierta en un refugio seguro para los implicados en los más graves crímenes de trascendencia universal”. 6. Un argumento de humanidad (“La jurisdicción universal: un instrumento imprescindible...”, *óp. cit.*, pp. 89-90).

¹³⁶⁰ “El Gobierno crea un comité de expertos para recuperar y ampliar la justicia universal que derogó el PP”, *El Diario*, 26 de agosto de 2018, y “Justicia pone en marcha un consejo asesor para la recuperación de la jurisdicción universal”, *Iustel*, 29 de agosto de 2018.

¹³⁶¹ El comité de expertos, presidido por la Ministra de Justicia, Dolores Delgado, está formado por José Ricardo de Prada Solaesa, juez de la AN; Manuel Ollé Sesé, abogado y profesor de Derecho penal; Manuel Miguel Vergara, profesor de Derecho penal y asesor de FIBGAR; y Hernán Hormazábal, catedrático de Derecho Penal y presidente de la Asociación Pro Derechos Humanos de España.

¹³⁶² Incluso el propio TS ha señalado que “la nueva regulación del principio de justicia universal con respecto a los delitos de genocidio, lesa humanidad y crímenes de guerra ha procedido a una restricción tan sustancial del derecho de los ciudadanos españoles víctimas de tales delitos en el extranjero, que excluye de forma extrema su acceso a la jurisdicción para defender sus derechos dentro del territorio español, dadas las escasísimas posibilidades de que uno de los presuntos autores resida habitualmente en España. (...) la gran contradicción sustancial de la reforma queda evidenciada en el hecho de que mientras que los delitos más graves del Derecho penal internacional (lesa humanidad, genocidio y crímenes de guerra) son desplazados fuera de la competencia de la jurisdicción española (...) en cambio, sí cabría encuadrar en el ámbito de nuestra jurisdicción los delitos de segundo grado del Derecho Penal internacional”, Auto de la Sala de lo Penal del TS, núm. 3240/2016, de 18 de abril, Fundamento de Derecho 3º. Y es aquí donde el juez Baltasar GARZÓN se pregunta: “¿Por qué estos mismos argumentos por los que se pretende proteger a víctimas españolas que padecieron en campos de concentración nazis en los años cuarenta no son válidos para tutelar los derechos de decenas de miles de víctimas del franquismo?”, GARZÓN REAL, B., “Introducción”, *óp. cit.*, p. 5. Lo cierto es que “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 debemos preguntarnos hasta qué punto esto pueda influir en las prácticas legislativas de otros Estados relativas a la protección de los derechos humanos y la persecución eficaz de los crímenes internacionales” (MARULLO, Mª. CH., *Tendencias internacionales sobre la jurisdicción universal...*, *óp. cit.*, p. 322). “Sea como fuere, ante estos avances y retrocesos en la lucha contra la impunidad, debe afianzarse sin titubeos la estricta observancia y aplicación del contrato social universal, aun a riesgo de volver a incomodar a los poderes políticos y económicos” (ESTEVE MOLTÓ, J. E., “Desnaturalizando la justicia universal...”, *op. cit.*, p. 61).

**ANEXO. Línea temporal de la jurisdicción universal en España:
modificaciones legislativas y asuntos**

(Anexo. Desplegable)

(Anexo. Desplegable)

CONCLUSIONI

1. Nonostante non esista un concetto ufficiale del principio di giurisdizione universale, può essere definito come il diritto o l'obbligo conferito dal Diritto Internazionale agli Stati affinché questi, attraverso la loro struttura giudiziaria interna, e indipendentemente dal fatto che esistano vincoli o meno con lo Stato che lo esercita, offrano una risposta giuridico penale non solo alla contestata impunità degli autori di gravi crimini internazionali che colpiscono la Comunità Internazionale nel suo insieme, ma anche alle vittime degli stessi; e, tutto questo, senza che importi né la nazionalità dell'autore, né della vittima, e neanche il luogo in cui sia stato commesso il crimine.

2. La creazione e il funzionamento dei tribunali penali internazionali (Norimberga, Tokio, ex Jugoslavia, Ruanda e quelli di terza generazione), hanno contribuito significativamente allo sviluppo e all'applicazione del principio di giurisdizione universale, fino al punto da poter affermare che è, insieme al principio di responsabilità penale internazionale e la regolazione internazionale di determinati crimini gravi di Diritto Internazionale, una creatura istituzionale.

3. È stato a partire dagli anni '20 che lo *ius puniendi* degli Stati ha smesso di essere indissolubilmente legato al suo territorio in modo tale che, insieme al principio di giurisdizione territoriale (*locus delicti*), sono sorti altri principi di applicazione extraterritoriale: principio di personalità attiva e passiva, principio reale o di protezione dello Stato e principio di giurisdizione universale. A differenza degli altri, quest'ultimo non aveva bisogno di alcun vincolo di collegamento con lo Stato per essere esercitato.

4. Il principio di giurisdizione universale, sin dalle sue origini, è stato applicato alle *res communis* e nei confronti degli *hostis humanis generis* (caso *Lotus*, 1927). Tuttavia, a partire dal XVII secolo e fino alla Prima Guerra Mondiale, iniziò a incentrarsi sui crimini particolarmente gravi che colpivano la coscienza

dell'umanità nel suo insieme (crimini di guerra, schiavitù, tortura, apartheid, crimini contro l'umanità...).

5. Il fondamento naturale del principio di giurisdizione universale risiede, pertanto, nella particolare gravità dei *crimini più gravi del Diritto Internazionale*, della natura dello *ius cogens*, che impongono obblighi *erga omnes* e violano valori e interessi comuni a tutta la Comunità Internazionale: la pace e la sicurezza. Lo Stato che esercita la giurisdizione universale non difende interessi propri ma comuni a tutti gli Stati: il *bonum orbis*.

Pertanto, quando esercitiamo il principio di giurisdizione universale non ci troviamo davanti a una violazione del principio di uguaglianza o di non ingerenza della Carta delle Nazioni Unite (aspetto minore se si tiene conto della generalizzata impunità di cui godono i presunti responsabili di crimini gravi del Diritto Internazionale), ma agiremmo rappresentando tutta la Comunità Internazionale. La questione qui è, come indica A. Augusto CANÇADO, "se continuare a ragionare dalla prospettiva di un ordine giuridico internazionale atomizzato in unità sovrane, o se decidere di avvicinarci all'ideale della *civitas maxima gentium*".

6. Il principio trova il suo fondamento giuridico anche nelle fonti del Diritto Internazionale, principalmente nei trattati internazionali posteriori alla Seconda Guerra Mondiale. In essi si stabilisce, da un lato, che gli Stati *potranno* esercitare il principio di giurisdizione universale nella maggior parte delle occasioni, utilizzando a tal fine due formule che si ripetono ("la convenzione non esclude nessuna competenza penale esercitata in conformità alle leggi nazionali degli Stati Parte" e al principio *aut dedere aut iudicare*) e, dall'altro lato, che gli Stati saranno *obbligati* all'esercizio del principio di giurisdizione universale (nel caso dei crimini di guerra). La base giuridica del principio universale nella consuetudine è tuttavia più difficile. Non è sostenuta né dalla pratica né dall'*opinio iuris*.

7. La natura del principio di giurisdizione universale di solito si configura come facoltativa quando viene sancita da un trattato internazionale o dalla consuetudine. Solo nel caso dei crimini di guerra gli Stati saranno obbligati ad esercitare il principio universale, in modo tale che adempiendo alle norme del

Diritto Internazionale generale, la natura del principio di giurisdizione universale potrà essere doppia: un diritto o un obbligo degli Stati.

Tuttavia, attualmente, il principio di giurisdizione universale, in conformità con molteplici strumenti di Diritto Internazionale dei Diritti Umani e, in particolare, con i *Principi e le direttrici di base sul diritto delle vittime di violazioni manifeste delle norme internazionali di diritti umani e di violazioni gravi del diritto internazionale umanitario nell'interporre ricorsi e ottenere risarcimenti* del 2005, deve essere considerato anche, nella sua natura, un diritto delle vittime di *accesso alla giustizia equo ed effettivo*. Questo diritto deve essere soddisfatto dallo Stato attraverso il principio di giurisdizione universale quando le vittime non possono ricorrere ai sistemi nazionali, regionali o internazionali di giustizia perché questi, riservando lo *ius standi* allo Stato, al Procuratore o al Consiglio di Sicurezza, presentano delle carenze nel loro disegno.

8. La situazione attuale del principio di giurisdizione universale risponde, pertanto, non a un problema di mancanza di fondamento giuridico, ma di scarsa o nulla volontà politica. Non esiste miglior Stato per esercitare la giurisdizione universale se non quello che abbia la volontà politica reale di farlo. Ad ogni modo, attualmente, assistiamo a una contestazione del fondamento naturale del principio da parte della pratica statale che, esercitando il principio di giurisdizione universale, antepone occasionalmente i propri interessi (economici, diplomatici, politici...) a quelli comuni alla Comunità Internazionale.

9. L'esercizio del principio di giurisdizione universale da parte dei tribunali statali è necessario per il consolidamento del sistema penale internazionale. Davanti alle lacune giurisdizionali della Corte Penale Internazionale (oggettive, territoriali, temporali e soggettive), così come davanti al resto dei tribunali penali internazionali, il principio universale diventa la pietra angolare dello stesso. Nonostante i suoi limiti, è stato molto rilevante l'impatto che ha avuto: restrizione della libertà di movimento ai responsabili dei crimini internazionali, incentivazione ai sistemi giudiziari dello Stato in cui sono stati commessi per indagare sui fatti e perseguire i responsabili...

10. Riguardo ai crimini che possono essere oggetto dell'esercizio del principio universale, questi possono essere raggruppati in due categorie: da un lato, i crimini di Diritto Internazionale in *stricto sensu*: crimini di guerra, crimini contro l'umanità, genocidio, crimini di aggressione, pirateria, schiavitù, apartheid, tortura, sparizioni forzate ed esecuzioni extragiudiziarie, Dall'altro lato, i crimini transnazionali che vengono previsti dai trattati che obbligano gli Stati Parte a qualificarli nei propri ordinamenti interni e, pertanto, a perseguirli, indagarli e processarli. Sono retti dallo *iudex apprehensionis*, in modo che sarà lo Stato nel quale si trovi il presunto responsabile a dover esercitare il principio di giurisdizione universale territoriale. Tuttavia, il fatto che possano essere oggetto del principio di giurisdizione universale non deve farci cadere nell'errore di confondere la natura giuridica degli stessi (norme di *ius cogens* o meno).

Dall'altro lato, nuove ed interessanti proposte oggi si fanno strada in materia di crimini di Diritto Internazionale, che possono arrivare ad essere oggetto del principio di giurisdizione universale. Tuttavia, nonostante riuniscano gli elementi per essere considerati crimini *stricto sensu* non contano ancora sulla *praxis* statale, né sono stati sanciti da norme di Diritto Internazionale generale e non contano neanche con il sostegno giurisprudenziale necessario, per cui bisognerà fare attenzione alla loro evoluzione. Ci riferiamo ai crimini ambientali e ai crimini economici.

11. La giurisdizione di uno Stato, nella sua applicazione extraterritoriale, può concorrere con altre giurisdizioni internazionali (conflitti verticali) e, addirittura, nazionali (conflitti orizzontali). Il principio di supremazia e il principio di complementarità saranno utilizzati per la risoluzione dei conflitti verticali. Il primo tratterà con imparzialità le diverse giurisdizioni (luoghi in cui sono stati commessi i fatti, giurisdizioni nazionali, Stati nell'esercizio della propria giurisdizione universale). Il principio di complementarità (Corte Penale Internazionale) conferirà giurisdizione all'organo sussidiario quando l'organo principale non può o non vuole esercitarla, trasformandosi il principio di complementarità in un *mezzo utile* affinché gli Stati, parte o meno dello Statuto, possano esercitare la giurisdizione universale dinanzi all'inattività dell'organo principale se così è stato previsto dal loro ordinamento interno (*concorrenza*

relativa). Nel caso dei conflitti orizzontali, questi saranno risolti con ragionamenti procedurali e pratici, considerando il luogo dei fatti (*locus delicti commissi*) il luogo idoneo per l'indagine e il procedimento, avendosi considerato l'esercizio della giurisdizione universale come complementare o coadiuvante del principio di territorialità o di personalità attiva ma anche, talvolta, come *relativamente concorrente* con il resto dei principi giurisdizionali.

Ad ogni modo, nonostante quello che abbiamo segnalato, non esiste nessuna norma nel Diritto Internazionale che stabilisca una prelazione tra i diversi titoli giurisdizionali. Esiste invece una preferenza per lo *iudex loci delicti commissi* ma nessuna priorità normativa, per cui tutti i titoli giurisdizionali operano allo stesso livello e tutti possono essere applicati al fatto concreto a seconda della propria natura, senza che, in nessun caso, si possano utilizzare i titoli giurisdizionali per evitare l'esercizio della giurisdizione universale; comportamento, d'altro canto, molto attuale nella pratica statale.

In ogni caso, la giurisdizione che esercita deve essere una "giurisdizione effettiva": da un lato, deve esistere una legislazione che appoggi l'attività giudiziaria per l'indagine e il processo e, dall'altro, deve essere reale, cioè, quest'indagine deve essere in corso. Si tratta di evitare processi fraudolenti con l'unica intenzione di sottrarre ai presunti responsabili la responsabilità penale corrispondente, tutelando l'impunità attraverso l'apparato statale.

I criteri che si adottano per sapere se il processo si sta portando a termine ed è, inoltre, effettivo saranno menzionati nell'articolo 17 dello Statuto della Corte Penale Internazionale. Così lo ha segnalato il Tribunale Costituzionale spagnolo nella sentenza del caso *Guatemala* (Fondamento di Diritto 4^o) indicando che sarà proprio l'organo giudiziario e le parti accusatrici ad essere responsabili di dimostrare la mancanza di volontà o l'incapacità dello Stato, evitando così la *probatio diabolica*.

12. Dinanzi al labirinto di giurisdizioni che può arrivare a prodursi con l'esercizio del principio di giurisdizione universale, la cosa più importante è non perdere di vista l'obiettivo finale: la lotta contro l'impunità. Tuttavia, esistono altre *micro-finalità* che hanno a che vedere con la responsabilità dei presunti colpevoli,

con i diritti delle vittime e con il sistema di giustizia penale internazionale e l'ordine giuridico interno.

L'impunità è intesa non solo come l'assenza di pena o di sanzione penale (Diritto Internazionale Penale), ma anche come la non realizzazione degli obblighi statali in relazione al diritto alla verità, al risarcimento e alla giustizia che hanno le vittime (Diritto Internazionale dei Diritti Umani). Questo costituisce un concetto più ampio di impunità che, a sua volta, giustifica la natura del principio universale non solo come un diritto o un obbligo degli Stati, ma anche come un diritto delle vittime di accesso alla giustizia, trasformando così il principio universale in uno strumento di cooperazione penale internazionale che riafferma però anche la solidarietà con le vittime dei crimini internazionali e contribuisce a rafforzare la fiducia dei cittadini nella giustizia dello Stato.

13. Davanti all'assenza di un trattato internazionale o di una norma di Diritto Internazionale generale che contempa il principio di giurisdizione universale, sono gli stessi Stati a doverlo regolare nel proprio diritto interno. Questo ha rappresentato l'eterogeneità del principio riguardo alla creazione delle condizioni previamente stabilite dalle legislazioni nazionali e dall'ordinamento internazionale.

Nell'ordinamento internazionale, l'esercizio del principio di giurisdizione universale appare espressamente sancito da un trattato o da norma consuetudinaria o implicitamente attraverso il principio *aut dedere aut iudicare* e il principio della responsabilità di proteggere. Il principio *aut dedere aut iudicare* è il mezzo che i trattati internazionali impiegano affinché gli Stati possano esercitare la giurisdizione universale, senza che debba, pertanto, essere confuso con il principio universale. In relazione all'*aut dedere aut iudicare*, per sapere se ci troviamo davanti o meno a una norma di *ius cogens* che implichi un obbligo per gli Stati di esercitare il principio di giurisdizione universale, si dovrà attendere l'oggetto e il fine stesso del trattato in cui il principio sia stato incluso, intendendo che, nel caso dei trattati internazionali che regolano i crimini più gravi del Diritto Internazionale, dovrà essere considerata come tale, dando luogo il suo inadempimento a responsabilità (Corte Internazionale di Giustizia, caso *Questioni relative all'obbligo di giudicare o estradare* (Belgio c. Senegal), 2012). Riguardo al

suo contenuto, da un lato, può prevalere l'*aut dedere*: lo Stato dove si trova il presunto responsabile ha l'obbligo di estradare affinché l'altro (richiedente) possa esercitare la sua giurisdizione attraverso qualsiasi titolo, incluso quello universale, dandosi inoltre la priorità allo Stato del *locus delicti commissi*. In questo caso, tanto la doppia incriminazione come la non prescrizione del crimine (requisiti per estradare) possono trasformarsi in ostacoli all'esercizio della giurisdizione universale, nonostante non siano condizioni per esercitarla e non siano neanche previsti dai trattati. Ad ogni modo, in relazione all'extradizione attiva, lo Stato richiedente potrà richiederla per esercitare *a posteriori*, tra altri titoli, la giurisdizione universale pura; e in relazione all'extradizione passiva, lo Stato dello *iudex deprehensionis* (lo Stato richiesto), se non effettua l'extradizione, avrà l'obbligo di processare normalmente attraverso il principio di giurisdizione universale (*giurisdizione universale suppletiva o territoriale*). Dall'altro lato, può prevalere anche l'*aut iudicare*. Lo Stato dello *iudex deprehensionis* ha l'obbligo *ipso facto* di giudicare attraverso il principio di giurisdizione universale. Potrà omettere tale obbligo se, davanti all'esistenza di una richiesta di estradizione, viene concessa. Lo Stato dello *iudex deprehensionis* che ha l'obbligo di processare, se ci troviamo davanti a un'obbligo *self executing*, non avrà bisogno di nessuna norma interna per applicarla; al contrario, se ci troviamo davanti a un obbligo *non self executing*, lo Stato dovrà disporre delle *misure efficaci* per giudicare: giurisdizione, inclusa la giurisdizione universale, e competenza per il crimine concreto. Se non disponesse di tali misure, dovrà estradare verso lo Stato richiedente o un tribunale internazionale.

Per quanto riguarda il principio della responsabilità di proteggere, la giurisdizione universale potrà inquadrarsi nella cosiddetta "responsabilità di prevenire". Per quanto il Segretario Generale delle Nazioni Unite non abbia menzionato la giurisdizione universale nell'ultima delle sue relazioni nel 2017 (si è riferito invece alla Corte Penale Internazionale e ai tribunali internazionali) niente impedisce di accettarla come un meccanismo in più di questa teoria, dato che con essa condivide uno dei suoi obiettivi prioritari: la lotta contro l'impunità.

A livello interno, l'eterogeneità si mostra nelle garanzie processuali penali che gli Stati stabiliscono per l'esercizio della giurisdizione universale e la cui finalità è quella di proteggere i diritti del presunto autore dei fatti: principio di

legalità e principio del *ne bis in idem*. Riguardo al principio, dobbiamo tener conto che il principio di legalità internazionale (diverso dal principio di legalità spagnolo) si manifesta, tanto nel Diritto convenzionale come nel Diritto consuetudinario, come una garanzia materiale, lasciando da parte la garanzia formale o *lex scripta*, non essendo pertanto necessaria la qualificazione della condotta previamente in una legge in senso stretto (*nullum crimen sine iure*). L'applicazione diretta dei crimini *stricto sensu* sanciti dal Diritto Internazionale Penale (convenzionale o consuetudinario), dagli ordinamenti giuridici non rappresenta una diminuzione delle garanzie processuali per l'imputato e, ancor meno, la sua eliminazione, per cui dovrebbe essere praticabile. Come ha segnalato il Tribunale Costituzionale spagnolo (num. 133/1987, del 21 luglio, Fondamento di Diritto 4º), applicando il *nullum crimen sine iure* il giudice non contravviene al principio di legalità, poiché, nella misura in cui la norma già esiste, non "legifera" ma "applica", per quanto in questo caso non siano sempre leggi interne ma norme internazionali o consuetudine.

Altre tre considerazioni potranno farsi in relazione al principio di legalità. È necessario coniugare il principio di legalità interna e internazionale in ciò che è relativo al sistema di fonti, considerando come tale, non solo la legge scritta ma anche le norme internazionali (consuetudine e trattati internazionali). È importante anche segnalare che la data decisiva per l'indagine e il processo di un crimine internazionale è quella della sua cristallizzazione in norme di Diritto Internazionale generale (trattato e consuetudine), e non quella dell'incorporazione nelle norme interne. E, infine, è necessario trasporre correttamente, in tempo e forma, la norma internazionale alla norma interna quando si tratta di crimini di Diritto Internazionale *stricto sensu*, intendendo che la mancata trasposizione di una norma *non self-executing* genera responsabilità internazionale allo Stato. Un'opzione raccomandabile per compiere questo requisito sarebbe la creazione di un sistema simile alla trasposizione delle direttive europee che impongono un risultato: se un crimine è sancito da un trattato internazionale in modo esatto, esplicito e prevedibile e impone un risultato (la lotta contro l'impunità) e lo Stato che deve realizzare un atto interno per trasferirlo al suo ordinamento entro un termine prestabilito (termine di trasposizione) non lo fa, il trattato dovrebbe trasformarsi in una norma internazionale *self-executing*, evitando i danni che

potrebbero derivarne per i cittadini (impunità) per mancanza di attuazione dello Stato, potendo appellarsi direttamente alla norma internazionale davanti ai giudici nazionali, purché il contenuto del trattato sia chiaro e preciso. (caso *Van Duyn*, 1974).

Riguardo alla seconda delle garanzie processuali a cui abbiamo fatto riferimento, il principio *ne bis in idem* può considerarsi un altro requisito *quasi assoluto* per l'esercizio della giurisdizione universale. *Quasi* perché interverrà l'eccezione di *cosa giudicata fraudolenta* davanti ai processi-frode o persecuzioni simboliche: quando si tratta di stabilire un procedimento con l'obiettivo di sottrarre l'imputato alla giustizia o di evitare che si assuma la propria responsabilità; quando si tratta di un procedimento fittizio che cerchi di evitare che altre giurisdizioni, nazionali o internazionali, possano giudicarlo; quando si propongono pene irrisorie al soggetto condannato; o quando nel processo non ci sia stata imparzialità o indipendenza in relazione alle garanzie giudiziarie.

14. L'eterogeneità con la quale viene sancito il principio di giurisdizione universale dagli ordinamenti interni non riguarda solo le garanzie processuali ma permette anche agli Stati di stabilire limiti o ostacoli al suo esercizio con il fine di mantenere intatte le sue relazioni economiche e diplomatiche. Tre sono le vie che gli Stati utilizzano per imporre tali limiti: il potere legislativo, il potere giudiziario e il potere esecutivo.

La via legislativa è quella più utilizzata, dando luogo a una giurisdizione universale *relativa, restrittiva, limitata o condizionata*. Gli ostacoli legislativi (la creazione di nessi o vincoli di collegamento con lo Stato che esercita la giurisdizione universale, la designazione di immunità personali, l'istituzione di dispositivi di controllo nell'esercizio della giurisdizione universale, il principio di prescrizione dei crimini di Diritto internazionale e le amnistie, così come determinate clausole che vietano l'estradizione) rispondono alle circostanze (politiche) del momento e rappresentano una deroga *de facto* della giurisdizione universale e un vuoto di fondamento, poiché il principio di giurisdizione smette di essere un'azione statale contro i crimini più gravi della Comunità Internazionale in rappresentanza di tutti gli Stati per trasformarsi in un'azione individuale.

Per definire questo fenomeno la dottrina utilizza il termine *snaturalizzazione* del principio di giurisdizione universale. Tuttavia, la pratica attuale del principio universale non intacca la sua natura che, al contrario, continua ad essere intatta sia come diritto degli Stati e delle vittime sia come obbligo statale. Secondo la nostra opinione, il fenomeno al quale assistiamo attualmente risponde a un vuoto di fondamento, una *defondamentazione* del principio di giurisdizione universale, se vogliamo, non tenendo conto (nell'esercizio del principio) della gravità dei crimini davanti ai quali si esercita, ma unicamente degli interessi particolari di ogni Stato.

15. Rispetto ai vincoli di collegamento legalmente stabiliti, questi non sono altro che titoli giurisdizionali di applicazione extraterritoriale dello *ius puniendi* di uno Stato. Quello che fa il legislatore è confondere il principio di giurisdizione universale con gli altri principi giurisdizionali, in modo individuale (con uno di essi) o plurale (nel caso se ne esigano vari), con la conseguente scomparsa (per sostituzione) del principio universale e la riduzione di efficacia del sistema di applicazione giurisdizionale extraterritoriale dello *ius puniendi* statale. Non è necessario, pertanto, creare altri spazi di impunità, poiché quelli che già esistono saranno liberi da qualche giurisdizione, potendo arrivare a trasformarsi in uno spazio "conosciuto" di impunità dovuto alla regolamentazione inefficiente, inesatta e difettosa che, in modo volontario, impongono alcuni Stati e accettano (e giustificano) altri quando non applicano le soluzioni che il Diritto internazionale ha costruito e applicato sin dal XVI secolo. E il punto è che non solo i presunti responsabili troveranno un luogo dove vivere a proprio agio, ma che le vittime non troveranno una via per poter soddisfare il loro diritto di accesso alla giustizia.

16. Riguardo all'immunità nel Diritto internazionale, esiste una pratica che evolve verso il senso di non essere applicata ai crimini più gravi del diritto internazionale, e che si basa su quattro argomentazioni: primo, questo tipo di crimini non potranno mai essere considerati *atti ufficiali* di un agente statale (caso *Pinochet* e caso *Yerodia*); secondo, i crimini internazionali sono vietati da norme di *ius cogens*, per cui dovrebbero prevalere sulla norma di immunità giurisdizionale stabilita da una norma consuetudinaria; terzo, se il conflitto si trova tra due norme

internazionali di natura procedurale (quella che permette agli Stati di indagare e di processare extraterritorialmente questo tipo di crimini più gravi e la norma che attribuisce l'immunità agli agenti statali davanti ai tribunali stranieri), si potrebbe risolvere ricorrendo, non più alla gerarchia normativa, ma al principio *lex posterior derogat lex anterior* (che sarebbe la norma relativa all'esercizio della giurisdizione extraterritoriale); e, quarto, si difende l'analisi del caso concreto per chiarire qual è l'interesse che deve prevalere: quello della soddisfazione delle vittime dei crimini più gravi o il principio di uguaglianza sovrana, la non ingerenza e l'instaurazione di relazioni internazionali pacifiche.

Riguardo all'immunità di giurisdizione nei tribunali statali, una volta che il responsabile statale abbia concluso l'esercizio della sua carica, esiste la possibilità di essere processato dai tribunali del suo Stato e dai tribunali di Stati terzi (Corte Internazionale di Giustizia, *Affare relativo al mandato di arresto*, 2000). Pertanto, gli altri Stati, nell'esercizio della giurisdizione universale, potranno processarlo in questo momento, perché non avrebbe più l'immunità *ratione personae*, ma solo *ratione materiae* per gli atti portati a termine durante il suo mandato che non rientrino tra le mansioni della sua carica, eccetto se si tratta di crimini internazionali che in nessun caso potrebbero essere considerati una funzione propria di una carica tutelata dall'immunità *ratione materiae*.

Bisogna fare una riflessione sul fondamento dell'immunità giurisdizionale (*par in parem imperium non habet*) e sul fondamento del principio di giurisdizione universale. Nel caso dei tribunali internazionali, non è necessario esercitare nessuna immunità. E lo stesso dovrebbe accadere quando uno Stato esercita la giurisdizione, che non difende interessi propri e, pertanto, non dovrebbe mettere in atto la massima *par in parem imperium non habet* davanti all'esercizio del principio universale. In ogni caso, si tratta di una sfida politica e giuridica che è ancora lontana e dovrà risolversi attraverso la giustizia penale internazionale ricercando l'equilibrio tra le funzioni del principio universale e le funzioni dell'immunità. Per il momento, tale equilibrio potrebbe essere stabilito attraverso le autorizzazioni del Consiglio di Sicurezza alla Corte Penale Internazionale e alla giurisdizione universale.

17. La prescrizione è un altro degli ostacoli legislativi che trova la giurisdizione universale. A differenza del Diritto interno, il Diritto Internazionale non ammette la prescrizione dei crimini gravi da esso previsti, considerata da alcuni autori una norma consuetudinaria, sia in relazione ai crimini gravi di Diritto Internazionale, sia soltanto rispetto ai crimini di guerra e ai crimini di lesa umanità (posizione maggioritaria). L'imprescrittibilità dei crimini più gravi è già sancita dalla Statuto della Corte Penale Internazionale, per cui gli Stati, più che cercare soluzioni nel loro ambito interno, dovrebbero semplicemente applicare il Diritto internazionale, non tanto perché così venga sancito dalla Statuto della Corte Penale Internazionale ma per il suo fondo consuetudinario.

L'aumento dell'imprescrittibilità dei crimini internazionali negli ordinamenti interni, la loro qualificazione nell'articolo 29 dello Statuto della Corte Penale Internazionale e l'aumento delle ratifiche dei trattati internazionali e regionali in materia ci permette di essere ottimisti rispetto alla loro scomparsa nel futuro, essendo questi i fattori da potenziare nei processi di giurisdizione universale.

18. L'amnistia è un altro degli impedimenti nell'esercizio del principio universale e, a sua volta, un ostacolo al diritto alla tutela giudiziaria effettiva delle vittime. Talvolta, può essere adeguata però deve, in tutti i casi, rispettare sempre delle *condizioni minime di legittimità*. Davanti al nuovo scenario della *giustizia transizionale*, la dottrina non si mostra contraria alle amnistie parziali, che escludono i massimi rappresentanti statali responsabili dei crimini, che non impediscono né ostacolano l'indagine e che non intaccano il diritto delle vittime al risarcimento. Tuttavia, questo tipo di amnistie, eccetto se sono state concesse attraverso un atto di Diritto Internazionale vincolante, non si possono opporre ad altri soggetti di Diritto Internazionale o ad altri tribunali internazionali nell'esercizio della sua giurisdizione, inclusa quella universale, poiché sono vietate nel Diritto Internazionale. Se uno Stato che ha concesso l'amnistia a presunti responsabili per crimini gravi viene richiesto da un altro Stato che esercita la giurisdizione universale e si nega, adducendo il rispetto della sua normativa interna, starà, nonostante tutto, venendo meno ai suoi obblighi internazionali.

19. Gli ultimi ostacoli all'esercizio della giurisdizione universale che possono essere imposti per via legislativa sono il divieto di processo *in absentia* e lo *ius standi* della Procura.

Riguardo al primo, la Corte Internazionale di Giustizia ha trattato il tema della giurisdizione universale *in absentia* nell'*Affare relativo al mandato di arresto dell'11 aprile 2000*, segnalando che non si può confondere la giurisdizione universale con il suo esercizio e che, se uno Stato contempla nella propria normativa interna l'esercizio della giurisdizione universale *in absentia*, potrà farlo con tutte le garanzie. Non si può considerare, pertanto, che esista una norma che la vieti. La presenza o meno del presunto responsabile non è una condizione per l'esercizio della giurisdizione universale ma un requisito procedurale per la celebrazione del processo e l'emissione della sentenza, sebbene sia vero che la giurisdizione universale *in absentia* racchiuda rischi troppo alti: accettare la violazione dei diritti fondamentali degli accusati e destabilizzare le relazioni internazionali.

Per quanto riguarda il secondo (*ius standi* della Procura) accade che potrebbe non essere il giudice, ma un'altra autorità (normalmente il Procuratore) ad iniziare l'esercizio della giurisdizione universale. Questa possibilità non è esente da rischi: se il Procuratore si negasse ad iniziare il procedimento, metterebbe in pericolo l'obbligo di processare (*aut dedere*), e la responsabilità dello Stato potrebbe essere messa in gioco.

20. In determinati casi, le funzioni legislative che hanno esercitato giudici e magistrati, dovuto all'alto potere di discrezionalità sul quale contano al momento di determinare l'esistenza di abuso o di ammettere una denuncia per giurisdizione universale, hanno rappresentato degli ostacoli alla giurisdizione universale. Non è, naturalmente, uno scenario augurabile, soprattutto se consideriamo che il potere giudiziario ha come funzione quella di evitare che la giurisdizione universale si trasformi in un principio più simbolico che reale, davanti alle importanti conseguenze diplomatiche che derivano dal suo esercizio.

21. Insieme agli ostacoli che possono rappresentare giudici o magistrati, una volta che l'esercizio della giurisdizione universale si trovi a presentare i suoi

effetti nell'esercizio della *realpolitik*, è probabile che debba affrontare anche gli ostacoli politici (quelli più gravosi alla giurisdizione universale). Questi obbediscono a considerazioni che non hanno nulla a che vedere con la Giustizia e il Diritto e normalmente permetteranno l'esercizio del principio universale contro gli *autori di basso costo*, essendo maggiori gli *incentivi politici positivi*.

Il principio di giurisdizione universale, nonostante le influenze politiche che possano esserci, non è uno strumento governativo. Rispettare l'indipendenza del potere giudiziario dovrebbe essere un obiettivo prioritario di qualsiasi Stato, per quanto a volte sembri che alcuni se ne dimentichino.

22. Le principali critiche che potrebbero muoversi all'esercizio della giurisdizione universale sono la sua condizione di strumento unidirezionale di lotta contro l'impunità e la già menzionata eterogeneità del principio negli ordinamenti interni.

Per quanto riguarda la prima, è vero che alcuni Stati hanno modificato la loro legislazione per esercitare la giurisdizione universale unicamente quando è stato conveniente e contro chi hanno considerato opportuno, il che ha portato al fenomeno della *delegittimazione della giurisdizione universale*, che ha dato luogo a sua volta a una selettività positiva (azione) e negativa (omissione) del principio universale. Questa tendenza sembra andare *in crescendo*, cosa dovuta alla regionalizzazione del principio, poiché non è solo caratteristica di una regione (quella europea) ma, considerata la *praxis* Statale, sembra essersi trasformata in una caratteristica propria (strutturale) del principio di giurisdizione universale.

Riguardo all'eterogeneità, il problema si pone rispetto alle norme *non self executing* di Diritto internazionale che regolano il principio di giurisdizione universale e che devono essere trasposte all'ordinamento interno. Si rende necessaria, con urgenza, una regolamentazione internazionale che apporti sicurezza, omogeneità e stabilità, che a sua volta ridurrebbe gli ostacoli legislativi, giudiziari ed esecutivi all'esercizio del principio universale ed eviterebbe il *forum shopping* penale e il suo *effetto richiamo*, che non potrebbe essere considerato un rischio, poiché le vittime ricorreranno alla giustizia di uno Stato diverso a quello del luogo in cui sono accaduti i fatti se questa non funziona.

23. In Spagna, il principio di giurisdizione universale puro è stato sancito, dopo la Costituzione Spagnola del 1978, dall'articolo 23.4 della *Legge Organica 6/1985, dell'1 luglio, del Potere Giudiziario*. In seguito ha subito sette modifiche che hanno aumentato sia l'elenco di delitti oggetto della giurisdizione universale, sia il numero dei vincoli richiesti affinché potesse essere esercitato il principio. Si è passati da quell'originaria giurisdizione universale pura a una giurisdizione universale condizionata e, di conseguenza, a un vuoto del fondamento della giurisdizione universale.

Le riforme messe in atto nel 2009 nel 2014 sono state le più drastiche. Se quella del 2009 ha limitato in modo considerevole la giurisdizione universale, la riforma del 2014 l'ha derogata *de facto*. Motivi economici, diplomatici, politici hanno riportato lo Stato spagnolo in altri tempi: quelli in cui non era permesso perturbare le relazioni internazionali per nessun pretesto, favorendo la protezione dei rappresentanti di Stati che avessero vincoli politici, strategici o commerciali con la Spagna. La Spagna è rimasta al margine dei suoi obblighi derivati dal Diritto internazionale in materia di Diritti Umani, con un incremento dell'impunità dei crimini più gravi e un'impotenza preoccupante delle vittime, che non hanno modo di esercitare il loro diritto di accesso alla giustizia.

L'esercizio dello *ius puniendi* extraterritoriale da parte della Spagna, che si materializza attraverso il principio di giurisdizione universale (adesso *quasi* inesistente nella legislazione spagnola), si realizza attraverso quello che abbiamo chiamato un *principio di giurisdizione mista*: una giurisdizione esercitata in conformità ai criteri giurisdizionali di territorialità, di personalità e di protezione indicate previamente dalla Legge Organica del Potere Giudiziario per un reato concreto, sebbene la Legge Organica del Potere Giudiziario non li chiami criteri giurisdizionali ma vincoli di collegamento.

In questo modo, la norma interna spagnola ha derogato *de facto* la giurisdizione universale prevista dai trattati e dalle consuetudini internazionali, dimenticando così, nel caso di certi crimini, che le parti che hanno ratificato un trattato hanno l'obbligo di rispettarlo in buona fede e non invocare le loro norme interne come giustificazione per non farlo (articoli 26 e 27 della *Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati* del 1969) e persino che, come la stessa Costituzione

Spagnola stabilisce (articolo 96.1), i trattati internazionali non potranno essere derogati, modificati o sospesi da una norma interna posteriore.

24. Le riforme legislative del principio di giurisdizione universale in Spagna sono state realizzate in un momento in cui il trattamento di *certi casi* danneggiava le relazioni economiche e diplomatiche dello Stato spagnolo. Inoltre, la maggior parte dei casi in sospenso sono stati archiviati perché non soddisfacevano i requisiti della Legge Organica 1/2014. Ancora una volta, hanno vinto gli interessi statali sul Diritto internazionale, in concreto, dei Diritti Umani e del Diritto Internazionale Umanitario ed è stato rallentato così il processo di umanizzazione del Diritto internazionale.

La Spagna non è più un riferimento nell'esercizio della giurisdizione universale. Guidato da vecchi padroni del Diritto Internazionale e ancorato alla *realpolitik*, lo Stato spagnolo non è preparato per spiegare le vele e capitanare un progetto di cooperazione penale internazionale attraverso l'esercizio del principio di giurisdizione universale e subire il peso delle pressioni diplomatiche, politiche ed economiche che comporta il suo esercizio.

Tuttavia, sembra che inizino a soffiare venti più favorevoli. La nomina di un comitato di esperti per lo studio della giurisdizione universale in Spagna nell'agosto del 2008 può dar luogo a un cambiamento di rotta, ma non avvistiamo terra prima del tempo.

25. Non ci troviamo davanti al miglior momento della giurisdizione universale. Raccogliere i frutti collettivi nel corso di un periodo di tempo in cui il principio di giurisdizione universale ha difeso solo interessi individuali degli Stati è difficile. In primo luogo, il principio deve continuare ad appoggiarsi su altri meccanismi di cooperazione penali internazionali e a perseguire il suo obiettivo: la lotta contro l'impunità. In secondo luogo, è necessario che gli Stati cooperino giudiziariamente all'interno del quadro normativo internazionale penale esistente, lasciando da parte le reticenze nei confronti delle ingerenze di altri Stati e la mancanza di volontà politica. Solo l'esercizio del principio di generalità degli Stati della Comunità Internazionale può svuotare di contenuto le critiche verso gli Stati potenti e diluire queste accuse. Infine, è necessario che la società continui a

denunciare la deroga *de facto* che sta vivendo attualmente la giurisdizione universale. Anche se risulta impossibile raggiungere un sistema di giustizia penale internazionale che assomigli a quelli statali, possiamo fare del principio universale un complemento necessario della lotta contro l'impunità.

Il principio di giurisdizione universale è la materializzazione del *processo di globalizzazione giudiziaria*, nel quale le vittime cercano giustizia in modo universale, risultato della struttura transizionale del Diritto Internazionale in conflitto con le strutture statali. Si rende necessaria per il raggiungimento di questa idea la collaborazione e il riconoscimento generalizzato degli Stati, così come la volontà della Comunità Internazionale nel suo insieme.

BIBLIOGRAFÍA Y FUENTES CONSULTADAS

I. BIBLIOGRAFÍA DOCTRINAL

1. Manuales, cursos y obras generales de Derecho Internacional

ABELLÁN HONRUBIA, V., "La responsabilité internationale de l'individu", *Recueil des Cours*, núm. 280, 1999, pp. 135-428.

ALMQVIST, J. M., "Protección de los civiles en los conflictos armados mediante la represión criminal internacional", *Cursos de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales de Vitoria-Gasteiz 2015*, Aranzadi, Pamplona, 2016.

BACA, E., ECHEBURÚA, E. y TAMARIT, J. M., *Manual de Victimología*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006.

BANTEKAS, I., *International Criminal Law*, Hart, 4ª ed., Oxford 2010.

BASSIOUNI, M. CH., *Derecho Penal Internacional, Proyecto de Código penal internacional*, Tecnos, Madrid, 1984.

– *International Criminal Law Conventions and Their Penal Provisions*, Transnational Publishers, New York, 1997.

– *International Criminal Law*, Tomo III, 2ª ed., Enforcement, New York, 1999.

– *Introduction au droit pénal international*, Bruylant, Bruselas, 2002.

- BOLLO AROCENA, M^a. D., *Derecho Internacional Penal. Estudio de los crímenes internacionales y de las técnicas para su represión*, Servicio Editorial. Universidad del País Vasco, Bilbao, 2004.
- BUENO ARÚS, F. y DE MIGUEL ZARAGOZA, J., *Manual de Derecho Penal Internacional*, Universidad de Comillas, Madrid, 2003.
- CASSESE, A., *International Criminal Law*, Oxford University Press, New York, 2003.
- CEPEDA CASTRO, I. y GIRÓN ORTÍZ, C., “Justicia y crímenes contra la humanidad”, SOROETA LICERAS, J. (Ed.), *Cursos de Derechos Humanos de Donostia-San Sebastián*, vol. V, Servicio Editorial de la Universidad del País Vasco, Bilbao 2004, pp. 79-106.
- CREUS, C., *Derecho Penal (Parte general)*, Astrea, Buenos Aires, 1990.
- DIEZ RIPOLLÉS, J. L., *Derecho Penal Español, Parte General*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2007.
- FERRER LLORET, J., “El principio de jurisdicción universal: su aplicación en España”, SOROETA LICERAS, J., (Ed.), *Cursos de Derechos Humanos de Donostia-San Sebastián*, vol. V, San Sebastián, 2004, pp. 107-170.
- GIMENO SENDRA, V., *Derecho Procesal Penal*, Colex, Madrid, 2004.
- GUTIÉRREZ ESPADA, C. y CERVELL HORTAL, M^a. J., *El Derecho Internacional en la encrucijada. Curso General de Derecho Internacional Público*, 4^a ed., Trotta, Madrid, 2017.
- GUTIÉRREZ ESPADA, C., CERVELL HORTAL, M^a. J. y PIERNAS LÓPEZ, J. J., *La Unión Europea y su derecho*, 2^a d., Trotta, Madrid, 2015.

HUESA VINAIXA, R., “El Tribunal Internacional para juzgar los crímenes cometidos en la ex Yugoslavia y la sanción internacional de los crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad”, *Cursos de Derecho Internacional de Vitoria Gasteiz*, Servicio editorial de la Universidad del País Vasco, País Vasco, 1994, pp. 155-194.

JIMÉNEZ DE ASÚA, L., *Tratado de Derecho Penal*, Tomo II, 5ª ed., Losada, Buenos Aires, 1964.

MANN, F., “The Doctrine of Jurisdiction in International Law”, *Recueil des Cours*, núm. 111, 1964, pp. 1-162.

ORIHUELA CALATAYUD, E., “Justicia universal y derechos humanos”, SOROETA LICERAS, J., (Ed.), *Cursos de Derechos Humanos de Donostia-San Sebastián*, vol. III, Servicio Editorial de la Universidad del País Vasco, San Sebastián, 2002, pp. 111-153.

O’KEEFE, R., *International Criminal Law*, Oxford University Press, United Kingdom, 2015.

PIGRAU SOLÉ, A., “Elementos de Derecho Internacional penal”, *Cursos de Derecho Internacional y Relaciones Internacional de Vitoria-Gasteiz*, Servicio editorial de la Universidad del País Vasco, País Vasco, 1997, pp. 127-176.

QUINTANO RIPOLLÉS, A., *Tratado de Derecho Penal Internacional e Internacional Penal*, Tomo I, Centro Superior de Investigaciones Científicas, Madrid, 1955.

– *Tratado de Derecho Penal Internacional e Internacional Penal*, Tomo II, Ed. Instituto Francisco de Vitoria, Madrid, 1957.

QUINTERO OLIVARES, G. y MORALES PRATS, F., *Parte General del Derecho Penal*, Ed. Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2010.

REMIRO BROTONS, A., “Desvertebración del Derecho Internacional en la sociedad globalizada”, *Cursos Euromediterráneos Bancaja de Derecho Internacional*, vol. V, 2001, pp. 45-382.

- *Derecho Internacional*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007.

RODRÍGUEZ MOURULLO, G., *Derecho Penal. Parte General*, Civitas, Madrid, 1978.

RODRÍGUEZ RAMOS, L., *Compendio de Derecho penal. Parte general*, Dykinson, Madrid, 2006.

SÁNCHEZ LEGIDO, A., “La responsabilidad de proteger: ¿un concepto fracasado?”, *Anuario de los cursos de Derechos Humanos de Donostia-San Sebastián*, vol. XVI, Aranzadi, Pamplona, 2016, pp. 321-350.

SANTO DE ROSE, D., *L’eccezione umanitaria” all’immunità giurisdizionale degli Stati: la sentenza della Corte costituzionale italiana n. 238/2014 e gli sviluppi successivi*, Tesi di Laurea, defendida en la Universidad LUISS, Italia, 2016.

TAMARIT SUMALLA, J. M. (Coord.), *Justicia de transición, justicia penal internacional y justicia universal*, Atelier, Barcelona, 2010.

VALLEJO PEÑA, C., *El estado de la jurisdicción universal en el Derecho Internacional y en el Derecho interno español*, Tesis Doctoral, defendida en la Universidad de Jaén, 19 de junio de 2015.

VILLÁN DURÁN, C., *Curso de Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, Trotta, Madrid, 2006.

VIVES CHILLIDA, J., “La evolución jurídica internacional de los crímenes contra la humanidad”, *Cursos de Derecho Internacional de Vitoria Gasteiz*, Servicio editorial de la Universidad del País Vasco, País Vasco, 2003, pp. 329-383.

WERLE, G., *Tratado de Derecho Penal Internacional*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005.

WOUTERS, J. "The Obligation to Prosecute International Law Crimes", *The Need for Justice and Requirements for Peace and Security, Proceedings of the Bruges Colloquium*, 9-10 September 2004, pp. 17-32.

2. Monografías

AMBOS, K., *Impunidad y derecho penal internacional*, Ed. AD-HOC SRL, Argentina, 1999.

BAILLEUX, A., *La compétence universelle au Carrefour de la pyramide et du réseau. De l'expérience belge à l'exigence d'une justice pénale transnationales*, Bruylant, Bruxelles, 2005.

BEA, E., *Conversación con Antônio Augusto Cançado Trindade. Reflexiones sobre la Justicia Internacional*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.

BESNÉ MAÑERO, R., *El crimen internacional. Nuevos aspectos de la responsabilidad internacional de los Estados*, Universidad de Deusto, Bilbao, 1999.

BRACKMAN, A. C., *The Other Nüremberg: The untold story of the Tokyo War Crimes Trials*, Ed. William Morrow & Co., Nueva York, 1987.

BUJOSA VADELL, L., *La Cooperación Procesal de los Estados con la Corte Penal Internacional*, Atelier, Barcelona, 2008.

BURGERS, J. H. and DANELIUS, H., *The United Nation Convention against Torture. A handbook on the Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment*, M. Nijhoff, Dordrecht, 1988.

- CANCIO MELIÁ, M. y GÓMEZ-JARA DÍEZ, C. (Coords.), *Derecho penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión*, Edisofer SL, Buenos Aires-Montevideo, 2006.
- CARNERERO CASTILLA, R., *La inmunidad de jurisdicción penal de los Jefes de Estado extranjeros*, Iustel, Madrid, 2007.
- CERVELL HORTAL, M^a. J., *Genocidio, responsabilidad internacional e inmunidad de los Jefes de Estado*, Iustel, Madrid, 2013.
- CRYER, R., *Prosecuting international Crimes, Selectivity and the International Criminal Law Regime*, Cambridge University Press, Cambridge, 2005.
- CUNLIFFE, PH. (Ed.), *Critical perspectives on the Responsibility to Protect. Interrogating Theory and Practice*, Routledge, London, 2011.
- DE VATTEL, E., *The Law of Nations or the principles of natural law*, vol. III, Ed. Carnegie Institution, Washington, 1916, disponible en <https://ia802706.us.archive.org/34/items/ledroitdesgensou03vattuoft/ledroitdesgensou03vattuoft.pdf>.
- EL ZEIDY, M. M., *The Principle of Complementary in International Criminal Law. Origin, Development and Practice*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden – Boston, 2008.
- ESCOBAR HERNÁNDEZ, C., (Coord.), *Creación de una Jurisdicción Penal Internacional*, Colección Escuela Diplomática, núm. 4, BOE/Escuela Diplomática/Asociación Española de Profesores de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales, Madrid, 2000.
- EVANS, G., *The Responsibility to Protect: Ending Mass Atrocity Crimes One and for All*, Brookings Institution Press, Washington DC, 2009.

FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE ROMANI, C. (Dir.), *Nuevos desarrollos en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos: los derechos de las víctimas*, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2014.

FERNÁNDEZ LIESA, C. R., *El Derecho internacional de los derechos humanos en perspectiva histórica*, Civitas-Thomson Reuters, Navarra, 2013.

FERRER LLORET, J., *Las consecuencias del hecho ilícito internacional*, Universidad de Alicante, Alicante, 1998.

– *Responsabilidad internacional del Estado y derechos humanos*, Tecnos, Madrid, 1998.

GARRIDO CARRILLO, F. J. y FAGGIANI, V., *La aportación de España a la institución de una jurisdicción penal internacional. La Corte Penal Internacional*, Comares, Granada, 2013.

GIL GIL, A., *Derecho penal internacional. Especial consideración del delito de genocidio*, Tecnos, Madrid, 1999.

GUTIÉRREZ ESPADA, C., *El hecho ilícito internacional*, Dykinson, Madrid, 2005.

– *La responsabilidad internacional (Las consecuencias del hecho ilícito)*, Diego Marín, Murcia, 2005.

– *La responsabilidad internacional de Estados y Organizaciones (Balance provisional de coincidencias y matices)*, Diego Marín, Murcia, 2010.

GUTIÉRREZ ESPADA, C. y CERVELL HORTAL, M^a. J., *Darfur, el conflicto inacabable*, Aranzadi, Navarra, 2012.

– *Nacimiento, Auge y Decadencia de la Responsabilidad de Proteger*, Comares, Granada, 2014.

- HELLMAN, J., *Jurisdicción universal sobre crímenes internacionales. Su aplicación en España*, Comares, Granada, 2013.
- HENZELIN, M., *Le principe de l'universalité en droit pénal international. Droit et obligation pour les Etats de poursuivre et juger selon le principe de l'universalité*, Bruylant, Bruxelles, 2000.
- JAKOBS, M. y CANCIO MELIÁ, M., *Derecho penal del enemigo*, Thomson Civitas, Madrid, 2003, disponible en <http://www.psicosocial.net/grupo-accion-comunitaria/centro-de-documentacion-gac/psicologia-y-tecnicas-de-control-social/coercion-y-control-social/771-derecho-penal-del-enemigo/file>.
- KELSEN, H., *La paz por medio del derecho*, Trota, Madrid, 2008.
- LEE, R. S. (Ed.), *The International Criminal Court. The Making of the Rome Statute: Issues, Negotiations and Results*, Kluwer Law International, The Hague, 1999.
- MACEDO, S., *Universal Jurisdiction: National Courts and the Prosecution of Serious Crimes Under International Law*, Ed. University of Pennsylvania Press, Philadelphia, 2006.
- MANGAS MARTÍN, A., *Humanización, Democracia y Estado de Derecho en el ordenamiento internacional*, Discurso de Recepción de la Académica de Número Excm. Sra. Dña. Araceli Mangas Martín, 8 de abril de 2014, Real Academia de Ciencias Morales y Políticas, Madrid, 2014.
- MÁRQUEZ CARRASCO, C., *El Proceso de Codificación y Desarrollo Progresivo de los Crímenes contra la Humanidad*, Universidad de Sevilla, Sevilla, 2005.
- MARTÍNEZ ALCAÑIZ, A., *El principio de justicia universal y los crímenes de guerra*, Instituto Universitario General Gutiérrez Mellado – UNED, Madrid, 2015.

- MARTÍNEZ DE PISÓN, J., *Tolerancia y Derechos Fundamentales en las sociedades multiculturales*, Tecnos, Madrid, 2001.
- MARULLO, M^a. CH., *Tendencias internacionales sobre la jurisdicción universal: la experiencia española*, Universidad pública de Navarra, Navarra, 2017.
- MUÑOZ CONDE, F., *De nuevo sobre el "Derecho penal del enemigo"*, Hammurabi, Buenos Aires, 2005.
- NOUWEN, S. M. H., *Complementarity in the line of fire. The Catalysing Effect of the International Criminal Court in Uganda and Sudan*, Cambridge University Press, Cambridge, 2013.
- OLÁSULO ALONSO, H., *Ensayos de derecho penal y procesal internacional*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011.
- OLLÉ SESÉ, M., *Justicia universal para crímenes internacionales*, La Ley, Madrid, 2008.
- ORIHUELA CALATAYUD, E., *La jurisdicción universal en España*, Real Academia de Legislación y Jurisprudencia de la Región de Murcia, Murcia, 2016.
- PASCULLI, M^a. A., *Studio sulla giurisdizione penale universale*, CEDAM, 2^a ed., Turín, 2013.
- PÉREZ CEPEDA, A. (Dir.) y BENITO SÁNCHEZ, D. (Ed.), *El Principio de Justicia Universal. Una propuesta de lege ferenda*, Ratio Legis, Salamanca, 2013.
- PIGRAU SOLÉ, A., *La jurisdicción universal y su aplicación en España: la persecución del genocidio, los crímenes de guerra y los crímenes contra la humanidad por los Tribunales nacionales*, Col·lección Recerca per Drets Humans, 3,

Generalitat de Catalunya, Oficina de promoción de la paz y los Derechos Humanos, Barcelona, 2009.

QUESADA ALCALÁ, C, *La Corte Penal Internacional y la soberanía estatal*, Tirant Monografías 383, Tirant Lo Blanch, Cruz Roja, Valencia, 2005.

REMIRO BROTONS, A., *El caso Pinochet. Los límites de la impunidad*, Editorial Biblioteca Nueva, Madrid, 1999.

REYDAMS, L., *Universal Jurisdiction. International and Municipal Legal Perspectives*, Oxford University Press, New York, 2003.

SÁNCHEZ LEGIDO, A., *Jurisdicción universal penal y derecho internacional*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.

SARMIENTO, D., MIERES, L. y PRESNO, M., *Las sentencias básicas del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, Aranzadi, Pamplona, 2007.

TAMARIT SUMALLA, J. M., *Justicia de transición, justicia penal internacional y justicia universal*, Atelier, Barcelona, 2010.

VÁZQUEZ RODRÍGUEZ, B., *La responsabilidad de proteger: Entre imperativo moral y norma jurídica*, Ediciones de la Universidad de Oviedo, Oviedo, 2017.

YÁÑEZ-BARNUEVO GARCÍA, J. A. (Coord.), *La Justicia Penal Internacional: Una perspectiva Ibero-Americana*, Ed. Casa de América, Madrid, 2001.

3. Capítulos de libro

ALCAIDE FERNÁNDEZ, J, “La complementariedad de la Corte Penal Internacional y de los Tribunales Nacionales: ¿Tiempos de ingeniería jurisdiccional?”,

CARRILLO SALCEDO, J. A. (Ed.), *La criminalización de la barbarie. La Corte Penal Internacional*, CGPJ, Madrid, 2000, pp. 383-434.

ARREDONDO, R., “La prevención del genocidio y la responsabilidad de proteger”, CONSIGLI, J. A. (Coord.), *El genocidio ante la Corte Internacional de Justicia*, Consejo Argentino para las Relaciones Internacionales, Buenos Aires, 2009, pp. 231-267.

BASSIOUNI, M. CH., “The History of Universal Jurisdiction and Its Place in International Law”, MACEDO, S., (Coord.) *Universal Jurisdiction: National Courts and the Prosecution of Serious Crimes Under International Law*, Ed. University of Pennsylvania Press, Philadelphia, 2006, pp. 39-63.

BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I., “Acerca de la internacionalización del Derecho Penal”, PÉREZ CEPEDA, A. (Dir.), *El principio de Justicia Universal: Fundamentos y límites*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, pp. 21-43.

BOED, R., “The International Criminal Tribunal for Rwanda”, BASSIOUNI, M. CH. (Ed.), *International Criminal Law*, Tomo III, Nijhoff, Leiden, 2008, pp. 103-116.

BRIKCI, S. and LAUCCI, C., “Protecting/Promoting the Rights of Victims in International Law: Some Achievements and Ways Forward”, ACCONCI, P., CATTIN, D. D., MARCHESI, A., PALMISANO, G. and SANTONRI, V. (Eds.), *International law an the protection of humanity: Essays in Honor of Flavia Lattanzi*, Brill Hijhoff, Leiden, 2017, pp. 306-322.

CALVO CARAVACA, A. L., “Inmunidad de jurisdicción y de ejecución”, WITZLER, N., ELLGER, R., MANKOWSKI, P., HERKT, H. y REMIEN O. (Coords.), *Festschrift für Dieter Martiny zum 70. Geburtstag*, Tübingen, Mohr Siebeck Verlad, 2014, pp. 639-661.

CARNERERO CASTILLA, R., “Un paso atrás en la lucha contra la impunidad. La sentencia de la Corte Internacional de Justicia de 14 de febrero de 2002 en el asunto relativo a la orden de arresto de 11 de abril de 2000 (República Democrática del Congo c. Bélgica)”, SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, L. I., QUEL LÓPEZ, F. J. y LÓPEZ MARTÍN, A. G. (Coords.), *El poder de los jueces y el estado actual del derecho internacional: análisis crítico de la jurisprudencia internacional (2000-2007)*, Universidad del País Vasco, País Vasco, 2010, pp. 125-142.

CASTRESANA FERNÁNDEZ, C., “La contribución de la Comisión Internacional contra la Impunidad en Guatemala a la protección de los Derechos Humanos”, *La justicia universal en el Derecho internacional: Mesa redonda de expertos*, Asociación Pro Derechos Humanos de España (apdhe), 2011, pp. 28-33.

CHINCHÓN ÁLVAREZ, J., “Responsabilidad internacional del individuo y responsabilidad internacional del Estado: encuentros y desencuentros en torno a la figura de los “crímenes de Derecho Internacional”, GONZÁLEZ IBÁÑEZ J. (Dir.), *Protección Internacional de Derechos Humanos y Estado de Derecho. Studia in Honorem Nelson Mandela*, Grupo Editorial Ibáñez, Bogotá, 2009, pp. 551-582.

– CHINCHÓN ÁLVAREZ, J. y GONZÁLEZ IBÁÑEZ, J., “El principio de jurisdicción universal en el ordenamiento jurídico español. Una conquista bajo amenaza”, GONZÁLEZ IBÁÑEZ, J. (Dir.), *Protección Internacional de Derechos Humanos y Estado de Derecho*, Grupo Editorial Ibáñez, Bogotá, 2009, pp. 889-921.

– “El Derecho penal internacional en contextos transicionales”, GIL GIL, A. y MACULAN, E. (Dirs.), *Derecho penal internacional*, Dykinson, Madrid, 2016, pp. 465-483.

DE GOUTTES, R., “A propos de l’immunité de juridiction des Etats étrangers”, *L’Etat souverain dans le monde d’aujourd’hui. Mélanges en l’honneur de J.-P. Uissochet*, París, Éditions A. Pédone, 2008, pp. 117-126.

DE LA PRADELLE, G., “La compétence universelle”, HERVÉ A., DECAUX E. and PELLET A., (Dirs.), *Droit International Pénal*, Pedone, París, 2000, pp. 905-917.

DE PRADA SOLAESA, J. R., “Marco constitucional e internacional de la Justicia Universal”, *La justicia universal en el Derecho internacional: Mesa redonda de expertos*, Asociación Pro Derechos Humanos de España (apdhe), 2011, pp. 23-28.

DONDÉ MATUTE, J., “El concepto de impunidad: Leyes de amnistía y otras formas estudiadas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, ELSNER, G. (Ed.), *Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos y Derecho Penal Internacional*, Konrad-Adenauer-Stiftung e. V., Berlín, 2010, pp. 263-293.

ESTEVE MOLTÓ, J. E., “Evolución de la Justicia Universal en España: del caso Pinochet a la actualidad”, *La justicia universal en el Derecho internacional: Mesa redonda de expertos*, Asociación Pro Derechos Humanos de España (apdhe), 2011, pp. 6-15.

FERNÁNDEZ-FLORES DE FUNES, J. L., “De la jurisdicción territorial a la jurisdicción universal”, *Soberanía del Estado y Derecho internacional. Homenaje al Profesor Juan Antonio Carrillo Salcedo*, Tomo I, Universidad de Córdoba, Universidad de Sevilla, Universidad de Málaga, Sevilla, 2005, pp. 569-574.

FERNÁNDEZ GURMENDI, S. A., “Elaboration of the Rules of Procedure and Evidence”, LEE, R. (Ed.), *The International Criminal Court: The elements of Crimes and Rules of Procedure and Evidence*, Cambridge University Press, New York, 2001, pp. 235-257.

GARCÍA ARÁN, M., “El principio de justicia universal en la L.O. del poder judicial español”, GARCÍA ARÁN, M. y LÓPEZ GARRIDO, D. (Coords.), *Crimen*

internacional y jurisdicción universal. El caso Pinochet, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, pp. 63-87.

GIL GIL, A., “España”, AMBOS, K. y MALARINO, E. (Eds.), *Persecución penal nacional de crímenes internacionales en América Latina y España*, Konrad-Adenauer-Siftung A.C., Uruguay, 2003, pp. 335-402, disponible en http://www.kas.de/wf/doc/kas_2700-544-1-30.pdf.

- “Principio de legalidad y crímenes internacionales. Luces y sombras en la sentencia del tribunal supremo en el caso Scilingo”, CUERDA RIEZU, A., y JIMÉNEZ GARCÍA, F. (Dirs.), *Nuevos desafíos del Derecho Penal Internacional. Terrorismo, crímenes internacionales y derechos fundamentales*, Tecnos, Madrid, 2009, pp. 391-409.
- “Justicia transicional en España”, TAMARIT SUMALLA, J. M. (Coord.), *Justicia de transición, justicia penal internacional y justicia universal*, Atelier, Barcelona, 2010, pp. 143-174.
- GIL GIL, A. y MACULAN, E., “Qué es el Derecho Penal Internacional”, GIL GIL, A. y MACULAN, E. (Dirs.), *Derecho penal internacional*, Dykinson, Madrid, 2016, pp. 37-49.

GIRÓN BÉJAR, D., “La jurisdicción Universal y las repercusiones de su aplicación en la política exterior de España”, *Cuestiones actuales sobre la diplomacia y las relaciones internacionales en los inicios del siglo XXI. Cuadernos de la Escuela Diplomática*, núm. 49, Escuela Diplomática, Madrid, 2013, pp. 13-84.

GUTIÉRREZ ESPADA, C., “Valoración crítica de las críticas y temores suscitados por el Tribunal Penal Internacional (TPI) (Roma 1998)”, *Hacia una justicia internacional. XXI Jornadas de Estudio, de 9 a 11 de junio de 1999*, Abogacía General del Estado, Ministerio de Justicia, BSCH, Civitas, Madrid, 2000.

- GUZMÁN DALBORA, J. L., “Crímenes internacionales y prescripción”, WOISCHNIK, J. (Ed.), *Temas actuales del Derecho Penal Internacional*, Konrad-Adenauer-Stiftung E. V., Berlín, 2005, pp. 69-81.
- HORMAZÁBAL MALARÉE, H., “La inmunidad del Jefe del Estado”, GARCÍA ARÁN, M. y LÓPEZ GARRIDO, D. (Coord.), *Crimen internacional y jurisdicción universal. El caso Pinochet*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, pp. 163-184.
- “Crímenes internacionales, jurisdicción y principio de legalidad”, PÉREZ CEPEDA, A. (Dir.), *El principio de Justicia Universal: Fundamentos y límites*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, pp. 237-268.
- IRIGOYEN CHÁVEZ, S., “El Estado Islámico y la justicia penal internacional”, GUTIÉRREZ ESPADA, C. y CERVELL HORTAL, M^a. J. (Dirs.), *El Estado Islámico (DAESH). ¿Aprenderemos la lección?*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 301-337.
- JIMÉNEZ GARCÍA, F. y GARCÍA SÁNCHEZ, B., “Propuesta de Convención universal sobre el principio de justicia universal”, PÉREZ CEPEDA, A. (Dir.), *El principio de Justicia Universal: Fundamentos y límites*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, pp. 179-232.
- LASCAN, C. J., “Límites del principio de justicia universal: los alcances de la amnistía en la Argentina”, PÉREZ CEPEDA, A. (Dir.), *El principio de Justicia Universal: Fundamentos y límites*, Tirant lo Blanch, Valencia 2012, pp. 523-556.
- LAMARCA PÉREZ, C., “La reforma actual de la Justicia Universal”, *La justicia universal en el Derecho internacional: Mesa redonda de expertos*, Asociación Pro Derechos Humanos de España (apdhe), 2011, pp. 15-18.
- LEDIAKH, I. A., “The Application of the Nuremberg Principles by other Military Tribunals and Courts”, GINSBURGS, G. and KUDRIAVTSEV, N. (Eds.), *The*

Nuremberg Trial and International Law, Martinus Nijhoff, Dordrecht, 1990, pp. 263-283.

LIÑÁN LAFUENTE, A., “Los tribunales penales híbridos e internacionalizados”, GIL GIL, A. y MACULAN, E. (Dir.), *Derecho penal internacional*, Dykinson, Madrid, 2016, pp. 105-127.

– “Origen y evolución del Derecho Penal Internacional”, GIL GIL, A. y MACULAN, E. (Dir.), *Derecho penal internacional*, Dykinson, Madrid, 2016, pp. 65-76.

LÓPEZ GARRIGO, D., “La imprescriptibilidad de los crímenes contra la humanidad y el principio de la jurisdicción universal”, GARCÍA ARÁN, M. y LÓPEZ GARRIDO, D. (Coords.), *Crimen internacional y jurisdicción universal. El caso Pinochet*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, pp. 49-53.

– “La represión de los crímenes contra la humanidad en el Derecho Internacional”, GARCÍA ARÁN, M. y LÓPEZ GARRIDO, D. (Coords.), *Crimen internacional y jurisdicción universal. El caso Pinochet*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, pp. 43-47.

– “Contra la impunidad”, GARCÍA ARÁN, M. y LÓPEZ GARRIDO, D. (Coord.), *Crimen internacional y jurisdicción universal. El caso Pinochet*, Tirant lo Blanch, Valencia 2000, pp. 31-39.

– “La impunidad nacional de los delitos de genocidio, terrorismo y tortura cometidos en Chile y Argentina”, GARCÍA ARÁN, M. y LÓPEZ GARRIDO, D. (Coord.), *Crimen internacional y jurisdicción universal. El caso Pinochet*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, pp. 57-60.

MACULAN, E., “La Corte Penal Internacional”, en GIL GIL, A. y MACULAN, E. (Dir.), *Derecho penal internacional*, Dykinson, Madrid, 2016, pp. 79-103

MALARINO, E., “Argentina”, AMBOS, K. y MALARINO, E. (Coords.), *Persecución penal nacional de crímenes internacionales en América Latina y España*, Konrad-Adenauer-Siftung A.C., Uruguay, 2003, pp. 35-82, disponible en http://www.kas.de/wf/doc/kas_2700-544-1-30.pdf.

MÁRQUEZ CARRASCO, C., “Alcance de la jurisdicción de la Corte Penal Internacional: jurisdicción universal o nexos jurisdiccionales aplicables”, CARRILLO SALCEDO, J. A. (Ed.), *La criminalización de la barbarie. La Corte Penal Internacional*, CGPJ, Madrid, 2000, pp. 359-381.

MARTÍN MARTÍNEZ, M. M.: “Jurisdicción universal y crímenes internacionales”, *Nuevos retos del Derecho. Integración y desigualdades desde una perspectiva comparada Estados Unidos/Unión Europea*, Universidad de Málaga, Málaga, 2001, pp. 151-174.

– “La configuración del principio de legalidad penal en el Derecho Internacional Contemporáneo”, CUERDA RIEZU, A. y JIMÉNEZ GARCÍA, F. (Dirs.), *Nuevos desafíos del Derecho Penal Internacional. Terrorismo, crímenes internacionales y derechos fundamentales*, Tecnos, Madrid, 2009, pp. 371-390.

MEIJE, E. E. “The Extraordinary Chambers in the Courts of Cambodia for Prosecuting Crimes Committed by the Khmer Rouge: Jurisdiction, Organization and Procedure of an Internationalized National Tribunal”, *Internationalized criminal courts and tribunals: Sierra Leone, Este Timor, Kosovo and Cambodia*, Oxford University Press, Oxford, 2004, pp. 207-232.

MENDOZA CALDERÓN, S., “Algunas observaciones sobre la aplicación del principio de legalidad en Derecho penal internacional”, PÉREZ CEPEDA, A. (Dir.), *El principio de Justicia Universal: Fundamentos y límites*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, pp. 269-316.

- MESSUTI, A., “Las huellas de Francisco de Vitoria en el artículo 53 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados”, PÉREZ CEPEDA, A. (Dir.), *El principio de Justicia Universal: Fundamentos y límites*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, pp. 45-59.
- MORÁN MARTÍNEZ, R. A., “Conflictos de jurisdicción, “ne bis in idem” y transferencia de procedimientos”, CARMONA RUANO, M., GONZÁLEZ VEGA, I. U. y MORENO CATENA, V. (Dir.), *Cooperación judicial penal en Europa*, 2013, pp. 999-1033, disponible en https://e-archivo.uc3m.es/bitstream/handle/10016/18330/cooperacion_judicial_2013.pdf?sequence=1.
- MORILLAS FERNANDEZ, D. L., “Aplicación práctica del principio de justicia universal: claves para entender la Ley Orgánica 1/2009 y su vigencia actual”, PÉREZ CEPEDA, A. (Dir.), *El principio de Justicia Universal: Fundamentos y límites*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, pp. 591-617.
- MUZIGO-MORRISON, R., “The Rights of Victims”, BROUWER, A-M. and SMEULERS, A. (Eds.), *The Elgar Companion to the International Criminal Tribunal for Rwanda*, Cheltenham, United Kingdom, 2016, pp. 385-421.
- OLÁSULO ALONSO, H. y CARNERO ROJO, E., “Extensión y límites de la jurisdicción personal, territorial y temporal de la Corte Penal Internacional”, PÉREZ CEPEDA, A. (Dir.), *El principio de Justicia Universal: Fundamentos y límites*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, pp. 105-138.
- OLLÉ SESÉ, M., “El principio de Justicia Universal en España: del caso Pinochet a la situación actual”, TAMARIT SUMALLA, J. (Coord.), *Justicia de transición, justicia penal internacional y justicia universal*, Atelier, Barcelona, 2010, pp. 225-242.

- “La reforma actual de la Justicia Universal”, *La justicia universal en el Derecho internacional: Mesa redonda de expertos, Asociación Pro Derechos Humanos de España*, 2011, pp. 18-23.

- OLLÉ SESÉ, M. y LAMARCA PÉREZ, C., “Análisis de la regulación actual del principio de justicia universal y propuestas de *lege ferenda*”, PÉREZ CEPEDA, A. (Dir.), *El principio de Justicia Universal: Fundamentos y límites*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, pp. 619-667.

- “Principios generales”, GIL GIL, A. y MACULAN, E. (Dirs.), *Derecho penal internacional*, Dykinson, Madrid, 2016, pp. 157-183.

- “La aplicación del Derecho Penal Internacional por los tribunales nacionales”, GIL GIL, A. y MACULAN, E. (Dirs.), *Derecho penal internacional*, Dykinson, Madrid, 2016, pp. 129-154.

- ORIHUELA CALATAYUD, E., “Jurisdicción universal e inmigración: Derecho Internacional y Derecho español”, BADÍA MARTÍ, A. M., PIGRAU SOLÉ, A. y OLESTI RAYO, A., *Derecho Internacional Comunitario ante los retos de nuestro tiempo. Homenaje a la profesora Victoria Abellán Honrubia*, Marcial Pons, Madrid, 2009, pp. 457-476.

- “La regulación de la jurisdicción universal en España. Reflexiones a la luz de las últimas reformas (2014 y 2015)”, ORIHUELA CALATAYUD, E. (Coord.), *Crímenes internacionales y justicia penal. Principales desafíos*, Aranzadi, Navarra, 2016, pp. 283-317.

- PARENTI, P. F., “La inaplicabilidad de normas de prescripción en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, ELSNER, G. (Ed.), *Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos y Derecho Penal Internacional*, Konrad-Adenauer-Stiftung e. V., Berlín, 2010, pp. 211-228.

- PÉREZ CEPEDA, A., "Principio de Justicia penal universal *versus* principio de Jurisdicción penal internacional", PÉREZ CEPEDA, A. (Dir.), *El principio de Justicia Universal: Fundamentos y límites*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, pp. 61-101.
- PÉREZ CEPEDA, A. y BENITO SÁNCHEZ, D., "El principio de justicia universal", PÉREZ CEPEDA, A. (Dir.) y BENITO SÁNCHEZ, D. (Ed.), *El Principio de Justicia Universal. Una propuesta de lege ferenda*, Ratio Legis, Salamanca, 2013, pp. 9-13.
- PIGNATELLI MECA, F., "La punición de las infracciones del Derecho Internacional Humanitario. Los tribunales internacionales de crímenes de guerra", RODRÍGUEZ-VILLASANTE y PRIETO, J. L. (Coord.), *Derecho Internacional Humanitario*, Tirant Monografías 225, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, pp. 763-806.
- PIGRAU SOLÉ, A., "Desvirtuando la jurisdicción universal en España: del caso Guatemala a la Ley Orgánica 18/2003 de cooperación con la Corte Penal Internacional", *Soberanía del Estado y Derecho internacional. Homenaje al Profesor Juan Antonio Carrillo Salcedo*, Tomo I, Universidad de Córdoba, Universidad de Sevilla, Universidad de Málaga, Sevilla, 2005, pp. 1059-1083.
- RAMÓN CHORNET, C., "Acerca del debate sobre las reformas legales de la jurisdicción universal en España", *Teoría y derecho: revista de pensamiento jurídico*, núm. 21, 2017, pp. 10-23.
- REMIRO BROTONS, A., "La responsabilidad penal individual por crímenes internacionales y el principio de jurisdicción universal", *Creación de una jurisdicción internacional*, Colección Escuela Diplomática, núm. 4, Madrid, 2000, pp. 193-236.

- “Derecho y Política en la persecución de los crímenes internacionales en España”, TAMARIT SUMALLA, J. (Coord.), *Justicia de transición, justicia penal internacional y justicia universal*, Atelier, Barcelona, 2010, pp. 207-224.

- “Derecho y política en la persecución de los crímenes internacionales en España”, ARROYO ZAPATERO, L. y NIETO MARTÍN, A., *Piratas, mercenarios, soldados, jueces y policías: nuevos desafíos del Derecho Penal Europeo e Internacional*, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, 2010, pp. 207-223.

- “Malos tiempos para la justicia universal”, BASSIOUNI, M. CH., GOMULA, J., MENGOZZI, P., MERRILLS J. G. and NIETO NAVIA, R. (Eds.), *The Global Community Yearbook of International Law and Jurisprudence: Special Edition in Honour of Professor Giuliana Ziccardi Capaldo*, Oxford University Press, USA, 2013, pp. 391-410.

- “A vueltas con el crimen de agresión”, ORIHUELA CALATAYUD, E. (Coord.), *Crímenes internacionales y justicia penal. Principales desafíos*, Aranzadi, Navarra, 2016, pp. 53-74.

RIQUERT, F. L. y PALACIONES, L. P., “Teoría penal de excepción: el derecho penal del enemigo y el estado de derecho”, *El Derecho penal frente a la inseguridad global*, Bomarzo, Albacete, 2007, pp. 149-169.

RODRÍGUEZ CARRIÓN, A., “Una evaluación no necesariamente crítica del Estatuto de la Corte Penal Internacional”, CARRILLO SALCEDO, J. A. (Ed.), *La criminalización de la barbarie. La Corte Penal Internacional*, CGPJ, Madrid, 2000, pp. 483-504.

RODRÍGUEZ GARCÍA, N., “De la extensión y límites de la jurisdicción a la prevención y resolución de conflictos de jurisdicciones penales”, PÉREZ CEPEDA, A. (Dir.), *El principio de Justicia Universal: Fundamentos y límites*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, pp. 139-177.

RODRÍGUEZ YAGÜE, C., “La justicia universal y el principio de *ne bis in idem*”, ARROLLO ZAPATERO, L. y NIETO MARTÍN, A. (Coords.), *El principio de ne bis in idem en el Derecho penal europeo e internacional*, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, 2007, disponible en <http://www.cienciaspenales.net/files/2016/10/10justicia-universal-y-principio-ne-bis-in-idem.pdf>.

– “El principio de justicia universal y los conflictos positivos de concurrencia de jurisdicciones nacionales y supranacionales”, GARCÍA RIVAS, N., *El Derecho Penal frente a la inseguridad global*, Ediciones Bomarzo, Madrid, 2007, pp. 27-83.

RUBIO FERNÁNDEZ, E. M^a., “Crímenes internacionales de violencia sexual o por razón de género, acceso a la justicia y mujeres”, ORIHUELA CALATAYUD, E. (Coord.), *Crímenes internacionales y justicia penal. Principales desafíos*, Aranzadi, Navarra, 2016, pp. 141-189.

RUEDA FERNÁNDEZ, C. “La sustitución del concepto de crimen internacional en el proyecto de artículos: ¿Sólo una cuestión terminológica?”, VARGAS GÓMEZ-URRUTIA, M. y SALINAS DE FRÍAS, A. (Coords.), *Soberanía del Estado y derecho internacional: homenaje al profesor Juan Antonio Carrillo Salcedo*, vol. 2, Universidad de Sevilla, Sevilla, 2005, pp. 1231-1250.

SLAUGHTER, A.-M., “Defining the limits: Universal Jurisdiction and National Courts”, MACEDO, S. (Ed.), *Universal jurisdiction: national courts and the prosecution of serious crimes under international law*, University of Pennsylvania Press, Philadelphia, 2004, pp. 168-190.

SLEPOY PRADA, C., “El principio de Justicia Universal y su regulación en España: ¿Subsidiariedad o concurrencia?”, CAVAGNA, E. y OLLÉ SESÉ, M. (Coords.), *El principio de Justicia Universal*, Colex, Madrid, 2000, pp. 135-142.

- THALMANN, V., "National criminal jurisdiction over genocide", GAETA, P. (Ed.) *The UN Genocide Convention. A commentary*, Oxford University Press, Oxford, New York, 2009, pp. 231-258.
- TOMUSCHAT, CH., "The duty to prosecute international crimes committed by individuals", CREMER, H-J., GIEGERICH, Th., RICHTER, D. and ZIMMERMANN, A. (Eds.), *Tradition und Weltoffenheit des Rechts: Festschrift für Helmut Steinberger*, vol. 1, Springer, Berlín, 2002, pp. 315-349.
- TORRES PÉREZ, M., "El Tribunal Internacional Penal para Ruanda", BOU FRANCH, V. E. (Coord.), *Nuevas controversias internacionales y nuevos mecanismos de solución*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, pp. 69-135.
- TRIFETERER, O., "Domésticos de ratificación e implementación", AMBOS, K. (Coord.), *La nueva justicia penal supranacional. Desarrollos post- Roma*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, pp. 24-36.
- VARGAS CARREÑO, E., "El Proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad de la Comisión de Derecho internacional", *Liber Amicorum Héctor Fix-Zamudio*, vol. II, Corte Interamericana de Derechos Humanos, San José, 1998, pp. 1523-1532.
- VERGARA CÉSPEDES, M. M. y RACIONERO GARCÍA, J. (Coords.), *Informe sobre el estado de la Jurisdicción Universal en España 2016*, FIBGAR, Madrid, 2016, disponible en <http://www.fibgar.org/upload/publicaciones/27/es/informe-sobre-el-estado-de-la-jurisdiccion-universal-en-espana-2016-.pdf>.
- VICENTE GIMÉNEZ, T., "La justicia universal como justicia reparatoria postconflicto", GARCÍA, A. (Ed.), *Los crímenes de Estado y su gestión. Dos experiencias postraumáticas y una aproximación a la justicia penal internacional*, Los Libros de la Catarata, Madrid, 2009, pp. 171-198.

- “Sobre los nuevos paradigmas de la justicia penal: La justicia universal, la justicia restaurativa y la justicia transicional”, ORIHUELA CALATAYUD, E. (Coord.), *Crímenes internacionales y justicia penal. Principales desafíos*, Aranzadi, Navarra, 2016, pp. 23-50.

YÁÑEZ-BARNUEVO, J. A., “El Estatuto de Roma como tratado y la Corte Penal Internacional como Institución”, CARRILLO SALCEDO, J. A. (Ed.), *La criminalización de la barbarie. La Corte Penal Internacional*, CGPJ, 2000, pp. 143-155.

4. Artículos

ABAD CASTELOS, M., “La persecución restringida de los delitos que lesionan valores esenciales de la comunidad internacional: ¿sigue existiendo la jurisdicción universal en España?”, *Universitas. Revista de Filosofía, Derecho y Política*, núm. 15, enero 2012, pp. 65-90.

- “The end of Universal Jurisdiction in Spain?”, *SYBIL*, vol. 18, 2013-2014, pp. 223-230.

ABI-SAAB, G., “The proper Role of Universal Jurisdiction”, *JICJ*, núm. 1, 2003, pp. 596-602.

ABRISKETA URIARTE, J., “Al Bashir: ¿excepción a la inmunidad del Jefe de Estado de Sudán y cooperación con la Corte Penal Internacional?”, *REDI*, vol. 68, núm. 1, 2016, pp. 19-47.

ADAM MUÑOZ, M^a. D., “La respuesta del ordenamiento jurídico español ante la mutilación genital femenina”, *Diario La Ley*, núm. 6460, 2006.

AKANDE, D. and SHAH, S., “Immunities of State Officials, international crimes and foreign domestics courts”, *EJIL*, vol. 2, núm. 4, 2010, pp. 815-852.

AGUILAR CAVALLO, G., “Crímenes internacionales y la imprescriptibilidad de la acción penal y civil: referencia al caso chileno”, *Revista Ius et Praxis*, vol. 14, núm. 2, 2008, pp. 147-207.

AKHAVAN, P., “Winter National Courts? The Rome Statute’s Missing Half. Towards an Express and Enforceable Obligation for the National Repression of International Crimes”, *JICJ*, vol. 8, núm. 5, 2010, pp. 1245-1266.

ALIJA, R. A., “Crónica de una muerte anunciada: análisis de la Proposición de Ley Orgánica para la reforma de la justicia universal en España”, *Revista catalana de dret públic. Blog*, 5 de febrero de 2014, disponible en <http://eapc-rcdp.blog.gencat.cat/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 GARCÍA, F. A., “Impunidad”, *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, núm. 2, marzo, 2016, pp. 115-120.

AMBOS, K., “The international Criminal Court and the traditional principles of international cooperation in criminal matters”, *Finnish Yearbook of International Law*, vol. IX, 1998, pp. 413-426, disponible en <https://www.legal-tools.org/doc/a71d61/pdf/>.

- “Enjuiciamiento de crímenes internacionales en el nivel nacional e internacional: entre Justicia y *Realpolitik*”, *Política Criminal*, núm. 4, 2004, pp. 1-16.
- “Los fundamentos del *ius puniendi* nacional; en particular, su aplicación extraterritorial”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, año XL, núm. 119, 2007, pp. 267-293.

- “El Derecho penal internacional en la encrucijada: de la imposición *ad hoc* a un sistema universal basado en un tratado internacional”, *Política Criminal*, vol. 5, núm. 9, julio 2010, pp. 237-256.

BASSIOUNI, M. CH., “An appraisal of the growth and developing trends of international criminal law”, *Revue Internationale de Droit Pénal*, núms. 3-4, 1974, pp. 405-433.

- “Universal Jurisdiction for International Crimes: Historical Perspectives and Contemporary Practice”, *Virginia Journal of International Law Association*, vol. 42, núm. 1, 2001, pp. 1-62.

BENAVIDES, L., “The universal jurisdiction principle: nature and scope”, *AMDI*, vol. I, 2001, pp. 19-96, disponible en <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/derecho-internacional/article/view/4/3>.

BERNABEU GARCÍA, A., “La legitimación popular de la Justicia. Salvar la acusación popular”, *Rights International Spain*, Debates Jurídicos, núm. 1, febrero 2014, pp. 6-7, disponible en <http://rightsinternationalspain.org/uploads/publicacion/3520cae0876ee1465b25c659a5ca9197ec7dd1a5.pdf>.

- “La querrela siria ante la Audiencia Nacional de España”, *Teoría y derecho: revista de pensamiento jurídico*, núm. 21, 2017, pp. 213-224.

BLANC ALTEMIR, A. “El Tribunal Especial para Sierra Leona: un instrumento contra la impunidad por las violaciones graves del Derecho Internacional Humanitario”, *AEDI*, núm. 19, 2003, pp. 101-138.

BLANCO CORDERO, I., “Crisis del principio de jurisdicción universal en el Derecho penal internacional contemporáneo”, *La Ley*, núms. 5980 y 5981, de 22 y 23 de marzo de 2004.

– “Sobre la muerte de la jurisdicción universal”, *Revista General de Derecho Penal*, núm. 12, 2009, pp. 1-18.

BOLLO AROCENA, M^a. D., “The Reform of the Universal Jurisdiction in Spain”, *SYBILL*, vol. 18, 2013-2014, pp. 239-247.

BONET ESTEVA, M., “Principio de justicia universal: de modelo absoluto a modelo restrictivo, a propósito de sucesivas modificaciones del art. 23.4 L.O. poder judicial”, *IEEE*, Documento de opinión núm. 123, 2015.

BUJOSA VADELL, L., “En torno a la reforma del principio de justicia universal en la Jurisdicción española”, *Diario La Ley*, núm. 7.298, sección tribuna, de 4 de diciembre de 2009.

BURKE-WHITE, W. W., “Refraining Impunity: Applying Liberal International Law Theory to an Analysis of Amnesty Legislation”, *Harvard International Law Journal*, vol. 42, 2001, pp. 467-533.

CAPELLÀ I ROIG, M., “Los crímenes contra la humanidad en el caso *Scilingo*”, *REEI*, núm. 10, 2005, disponible en <http://www.reei.org/index.php/revista/num10/articulos/crimenes-contra-humanidad-caso-scilingo>.

CÁRDENAS ARAVENA, C., “La cooperación de los Estados con la Corte Penal Internacional a la luz del principio de complementariedad”, *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, núm. XXXIV, 2010, pp. 281-304.

CARNEVALI RODRÍGUEZ, R., “Los principios de primacía y complementariedad. Una necesaria conciliación entre las competencias de los órganos penales nacionales y los internacionales”, *Revista de Derecho*, vol. XXIII, núm. 1, julio 2010, pp. 181-200.

CASSESE, A., "Remarks on Scelle's Theory of 'Role Splitting' (dédoublément fonctionnel) in International Law", *EJIL*, núm. 1, 1990, pp. 210-231.

– "Reflections on International Criminal Justice", *The Modern Law Review*, vol. 61, núm. 1, January 1998, pp. 1-10.

– "Is the Bell Tolling for Universality? A Plea for a Sensible Notion of Universal Jurisdiction", *JICJ*, vol. 1, 2003, pp. 589-595.

– "When May Senior State Officials Be Tried for International Crimes? Some Comments on the Congo v. Belgium Case", *EJIL*, vol. 2013, 2002, pp. 853-875.

CASTRESANA FERNÁNDEZ, C., "Por una verdadera ley de justicia universal", *Tiempo de Paz*, núm. 112, primavera 2014, pp. 77-80.

CEBADA ROMERO, A., "Los conceptos de obligación *erga omnes, ius cogens* y violación grave a la luz del nuevo Proyecto de la CDI sobre responsabilidad de los Estados por hechos ilícitos", *REEL*, núm. 4, 2002.

COCKAYNE, J., "The Special Tribunal for Lebanon: a Cripple from Birth?: Foreword", *JICJ*, vol. 5, núm. 5, 2007, pp. 1061-1064.

COLLANTES, J. L., "Crímenes de Derecho Internacional y la justicia penal de los Estados", *Iuris Dictio. Revista de Derecho*, vol. 5, núm. 8, 2004, pp. 66-82.

COMELLAS AGUIRREZÁBAL, M^a. T., "La jurisdicción universal en España tras la reforma de 2009: ¿racionalización del principio o un paso atrás en la lucha contra la impunidad?", *AEDI*, vol. 26, 2010, pp. 61-110.

CORTÉS RODAS, F., "El derecho internacional penal y el asunto de la amnistía. El caso de las Farc", *Araucaria. Revista Iberoamericana de Filosofía, Política y Humanidades*, núm. 29, 2013, pp. 189-216.

CORZO ACEVES, V. E. y CORZO ACEVES, E. E., “El sistema penal internacional”, *Revista Mexicana de Justicia, Los nuevos desafíos de la Procuraduría General de la República*, Sexta Época, núm. 13, 2006, pp. 15-35.

CHINCHÓN ÁLVAREZ, J., “La responsabilidad internacional penal del individuo: un gigante con pies de barro”, *Revista de Ciencias Jurídicas*, núm. 108, septiembre-diciembre 2005, pp. 31-60.

- “Análisis formal y material de la reforma del principio de jurisdicción universal en la legislación española: De la “abrogación *de facto*” a la “derogación *de iure*”, *Diario La Ley*, núm. 7211, 6 de julio de 2009, pp. 1-29.
- “El concepto de impunidad a la luz del Derecho Internacional: una aproximación sistémica desde el Derecho Internacional Penal y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos”, *REEL*, núm. 24, 2012.
- “The reform(s) of Universal Jurisdiction in Spain: For Whom the Bells Tolls?”, *SYBIL*, vol. 18, 2013-2014, pp. 207-213.
- “Del intento por acabar con la jurisdicción universal para el bien de las víctimas y del Derecho internacional: examen crítico de la Ley Orgánica 1/2014, de 13 de marzo, de modificación de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, relativa a la justicia universal”, *Derecho Penal y Criminología*, núm. 5, 2014, pp. 161-173.
- “El principio de jurisdicción universal. Concepto y fundamentos lógico y jurídico”, *Tiempo de Paz*, núm. 112, primavera 2014, pp. 6-12.
- “Jurisdicción Universal”, *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, núm. 7, septiembre 2014 - febrero 2015, pp. 236-247.

- “Informe en Derecho: la obligación de España de perseguir los crímenes internacionales. A propósito del *caso Tíbet*”, *Rights International Spain*, Series análisis jurídicos, núm. 18, febrero 2015, pp. 1-13.

DAVID, E., “Que reste-t-il de la compétence universelle dans la loi du 5 août 2003?”, *Jura Falconis*, vol. 40, núm. 1, 2003-2004, pp. 55-72, disponible en <https://www.law.kuleuven.be/apps/jura/public/art/40n1/david.pdf>.

DE LA CUESTA, J. L., “Competencias penales nacionales e internacionales concurrentes y el *principio ne bis in idem*”, *Revue Internationale de droit pénal*, núm. 3, vol. 73, 2002, pp. 737-769.

DEL CARPIO DELGADO, J. S., “El principio de justicia universal en España tras la reforma de 2009”, *La Ley*, núm. 7307, diciembre 2009.

DÍAZ PITA, M^a. del M., “España, informe sobre el principio *non bis in idem* y la concurrencia de jurisdicciones entre los tribunales penales españoles y los tribunales penales internacionales”, *Revue Internationale de droit pénal*, núm. 3, vol. 73, 2002, pp. 737-769, disponible en <https://www.cairn.info/revue-internationale-de-droit-penal-2002-3.htm>.

DIEGO CASTELLANOS, E., “A menos parlamento, menos democracia, menos justicia”, *Tiempo de Paz*, núm. 112, primavera 2014, pp. 66-71.

DOBOVSEK, J., “La jurisdicción internacional penal”, *Aequitas Virtual*, Universidad del Salvador, República Argentina, disponible en <http://docplayer.es/7085417-La-jurisdiccion-internacional-penal.html>.

DOLZ LAGO, M. J., “Caso Ellacuría. Jurisdicción Universal. Competencia de la jurisdicción española y de la Audiencia Nacional ante el fraudulento o incompleto procedimiento meramente formal seguido en El Salvador”, *Diario La Ley*, núm. 8587, 21 de julio de 2015, pp. 4-5.

DONOVAN, D. K., "Join U. N. – Cambodia efforts to establish a Khmer Rouge Tribunal", *Harvard International Law Journal*, vol. 44, núm. 2, 2003, pp. 551-576.

EL ZEIDY, M. M., "Universal jurisdiction In absentia: is it a Legal valid option for repressing heinous crimes?", *The International Lawyer*, vol. 37, 2003, pp. 835-861.

ESCOBAR HERNÁNDEZ, C., "Universal Jurisdiction in Spain: Substantial Change of Model or Implied Repeal?", *SYBIL*, vol. 18, 2013-2014, pp. 255-265.

ESTEVE MOLTÓ, J. E., "La Ley Orgánica 1/2014 de reforma de la jurisdicción universal: entre el progresivo avance de la globalización comercial y de la deuda y la no injerencia en los asuntos internos de China", *AEDI*, núm. 30, 2014, pp. 139-201.

- "La nueva jurisdicción universal "a la carta" de China: la imposición del interés económico y de la deuda sobre la efectiva protección de los Derechos Humanos", Comunicación presentada en el Congreso Internacional "El tiempo de los derechos. Los derechos humanos en el siglo XXI" Universidad de Cádiz, del 5 al 7 de junio de 2014, disponible en <http://www.tiempodelosderechos.es/docs/wp-15-14.pdf>.
- "La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos ante las leyes de amnistía: un referente para la necesaria "fertilización" trasatlántica", *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, núm. 9, octubre 2015 – marzo 2016, pp. 105-123.
- "Desnaturalizando la justicia universal: hacia una exclusiva y condicionada persecución terrorismo", *Teoría y derecho: revista de pensamiento jurídico*, núm. 21, 2017, pp. 48-68.

- FEIJOO SÁNCHEZ, B., “El principio de justicia universal en el Derecho penal español tras la reforma mediante la LO 1/2009”, *InDret. Revista para el análisis del Derecho*, núm. 1, 2011, pp. 1-48.
- FERNÁNDEZ PONS, X., “El principio de legalidad penal y la incriminación internacional del individuo”, *REEI*, núm. 5, 2002.
- FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, P. A., “El deber de asegurar el goce de los derechos humanos y la conducta contraria”, *Revista Electrónica Iberoamericana*, vol. 7, núm. 2, 2013.
- FERNÁNDEZ TRESGUERRES, J. A., “Charles Ghankay Taylor: Primer Jefe de Estado condenado por un Tribunal Penal Internacional”, *IEEE*, núm. 17, 2012.
- FERRER LLORET, J., “Impunidad *versus* inmunidad de jurisdicción: la sentencia del Tribunal Internacional de Justicia de 14 de febrero de 2002 (República Democrática del Congo contra Bélgica)”, *AEDI*, núm. 18, 2002, pp. 305-346.
- GAETA, P., “Ratione materiae immunities of former Head of State and international crimes: The Hissène Habré case”, *JICJ*, vol. 1, núm. 1, 2003, pp. 187-188.
- GAMARRA, Y., “El legado de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la erradicación de las leyes de amnistía”, *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, núm. 9, octubre 2015 – marzo 2016, pp. 124-146.
- GARCÍA ARÁN, M., “Complementariedad recíproca y justicia global: España, Guatemala y la Corte Penal Internacional”, *Persona y Derecho*, vol. 51, 2004, pp. 255-281, disponible en <http://dadun.unav.edu/handle/10171/14489>.
- GARCÍA SÁNCHEZ, B., “El principio de justicia universal en el ordenamiento interno e internacional”, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2ª Época, núm. extraordinario 2, 2004, pp. 243-277.

GARZÓN REAL, B., “Introducción”, VERGARA CÉSPEDES, M. M. y RACIONERO GARCÍA, J. (Coords.), *Informe sobre el estado de la Jurisdicción Universal en España 2016*, FIBGAR, Madrid, 2016, pp. 2-5, disponible en <http://www.fibgar.org/upload/publicaciones/27/es/informe-sobre-el-estado-de-la-jurisdiccion-universal-en-espana-2016-.pdf>.

GIL GIL, A., “La sentencia de la Audiencia Nacional en el caso Scilingo”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 7, 2005, disponible en <http://criminet.ugr.es/recpc/07/recpc07-r1.pdf>.

GIL PECHARROMÁN, X., “Los límites de la jurisdicción universal”, *Escritura Pública*, núm. 59, 2009, pp. 42-43, disponible en http://www.notariado.org/liferay/c/document_library/get_file?folderId=12092&name=DLFE-8588.pdf.

GÓMEZ-BENÍTEZ, J. M., “Complementariedad de la Corte Penal Internacional y jurisdicción universal de los tribunales nacionales”, *Derecho Penal y Criminología*, vol. 27, núm. 82, 2006, pp. 37-62.

– “La desprotección de las víctimas españolas de crímenes de derecho internacional cometidos fuera de España”, *Tiempo de Paz*, núm. 112, primavera 2014, pp. 60-65.

GREPPI, E., “La evaluación de la responsabilidad penal individual bajo el derecho Internacional”, *RICR*, vol. 835, 1999, pp. 531-554.

GUARDIOLA GARCÍA, J., “La reforma del artículo 23.4 de la LOPJ: ¿De jurisdicción universal a jurisdicción extraterritorial?”, *ReCrim*, 2009, pp. 265-268.

GUTIÉRREZ ESPADA, C., “El punto final (¿?) de un largo debate: Los ‘crímenes internacionales’”, *REDI*, vol. LIII, núms. 1 y 2, 2001, pp. 11-48.

- “Sobre la inmunidad de jurisdicción de los Estados extranjeros en España, a la luz de la Ley Orgánica 16/2015, de 27 de octubre”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 8, núm. 2, octubre, 2016, pp. 5-33.
- “Reflexiones sobre la ejecución en España de los dictámenes de los comités de control creados por los tratados sobre derechos humanos”, *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, 2018, pp. 1-22 (ejemplar cedido por el autor, pendiente de publicación).

HELLMAN MORENO, J., “¿Cómo superar la actual e ineficiente regulación internacional en torno a la obsolescencia programada? La conveniencia de catalogar la obsolescencia programada como un crimen de Derecho Internacional”, *Diario La Ley*, núm. 8819, 8 de septiembre de 2016.

HOVELL, D., “The Authority of Universal Jurisdiction”, *EJIL*, vol. 29, núm. 2, pp. 427-456.

HUNTER, E., ESTRADA-TANCK, D. y PIQUÉ, M^a. L., “‘Nunca Más’: Conectando las Posiciones Latinoamericanas Sobre Impunidad con la Complementariedad Positiva Utilizando Recursos Tecnológicos”, *TOAEP. Policy Brief Series*, núm. 16, 2013, pp. 1-4.

JESSBERGER, F. y KALECK, W., “Concurrencia de Jurisdicciones en Derecho Internacional”, *European Center for Constitutional and Human Rights*, Berlín, diciembre de 2009, disponible en https://www.ecchr.eu/es/nuestro-trabajo/justicia-universal/gaza.html?file=tl_files/Dokumente/Universelle%20Justiz/Expert%20Opinion%20Concurrent%20Jurisdictions_es.pdf.

JIMÉNEZ GARCÍA, F., “Justicia universal e inmunidades estatales: justicia o impunidad: ¿una encrucijada dualista para el derecho internacional?”, *AEDI*, vol. 18, 2002, pp. 63-124.

JOHNSON, D. H. N., "The Draft Code of Offenses against the Peace and Security of Mankind", *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 4, núm. 3, July 1995, pp. 445-468.

JORGE URBINA, J., "Crímenes de guerra, justicia universal e inmunidades jurisdiccionales penales de los órganos del Estado", *AMDI*, vol. VIII, 2008, pp. 255-306.

KLUWEN, T., "Universal Jurisdiction in Absentia Before Domestic courts Prosecuting International Crimes: A Suitable Weapon to Fight Impunity?", *Goettingen Journal of International Law*, vol. 8, 2017, pp. 7-38.

KREß, C., "Nulla poena nullum crimen sine lege", *Max Planck Encyclopaedia of Public International Law*, disponible en www.mpepil.com.

KRINGS, B. L., "The Principles of 'Complementarity' and Universal Jurisdiction in International Criminal Law: Antagonists or Perfect Match?", *Goettingen Journal of International Law*, vol. 4, núm. 3, 2012, pp. 737-763.

LAMARCA PÉREZ, C., "Internacionalización del Derecho Penal y principio de legalidad: el Caso *Scilingo*", *La Ley*, núm. 34, Sección Jurisprudencia aplicada a la práctica, enero 2007.

LANGER, M., "The diplomacy of universal jurisdiction: the political branches and the transnational prosecution of international crimes", *AJIL*, vol. 105, núm. 1, pp. 1-49.

LAPLANTE, L. J., "Outlawing Amnesty: The Return of Criminal Justice in Transitional Justice Schemes", *Virginia Journal of International Law*, vol. 49, 2009, pp. 915-984.

LEDESMA BARTRET, F., "La justicia universal", *Tiempo de Paz*, núm. 112, pp. 32-38.

- LÓPEZ-JACOISTE DÍAZ, M^a. E., “Comentarios a la ley belga de jurisdicción universal para el castigo de las violaciones graves del Derecho Internacional Humanitario reformada el 23 de abril de 2003”, *REDI*, vol. 55, núm. 2, 2003, pp. 839-848.
- LUBAN, D., “After the Honeymoon: Reflections on the Current State of International Criminal Justice”, *JICJ*, vol. 11, núm. 3, pp. 505-515.
- LLEDÓ, R., “El principio de legalidad en el Derecho Penal Internacional”, *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, núm. 11, octubre 2016, pp. 246-263.
- MACHADO RAMÍREZ, S., “Límites a la exoneración de responsabilidad en el derecho internacional: amnistías, selección y priorización de casos en la jurisdicción nacional”, *ACDI*, vol. 7, 2014, pp. 13-37.
- MÁRQUEZ CARRASCO, C. y MARTÍN MARTÍNEZ, M., “El principio de jurisdicción universal en el ordenamiento jurídico español: pasado, presente y futuro”, *AMDI*, vol. XI, 2011, pp. 251-303.
- MARTÍN, V., “Justicia Universal: La nueva dimensión de la Justicia Transicional”, *FRIDE*, Febrero 2010, disponible en http://fride.org/descarga/IP_Justicia_universal_final.pdf.
- MARTÍN CANIVELL, J., “El caso Pinochet en el Tribunal de la Cámara de los Lores”, *El Derecho Penal Internacional. Cuadernos de derecho judicial*, núm. 7, 2001, pp. 37-66.
- MARTÍN MARTÍNEZ, M. M^a., “Jurisdicción Universal y Crímenes Internacionales”, *Miami Int'l & Comp. L. Rev.*, vol. 9, 2001, pp. 171-187.
- MARTÍN PALLÍN, J. A., “Recortes en jurisdicción universal: un retroceso de casi cien años”, *Tiempo de Paz*, núm. 112, primavera 2014, pp. 72-74.

MARTÍNEZ GUERRA, A., “La reforma de la “molesta” jurisdicción universal y sus primeras consecuencias”, *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, núm. 7, septiembre 2104 - febrero 2015, pp. 117-142.

– “La persecución extraterritorial de los delitos de terrorismo: otra víctima de la “nueva” Jurisdicción Universal”, *Diario La Ley*, núm. 8.561, Sección Tribuna, 15 de junio de 2015.

MARTÍNEZ RIVAS, F., “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*, marzo 2010, pp. 359-375.

MARULLO, M^a. CH., “La lucha contra la impunidad: el *Foro Necessitatis*”, *InDret. Revista para el Derecho*, julio 2015, disponible en <http://humanrightsinbusiness.eu/wp-content/uploads/2015/09/1154.pdf>.

– “La jurisdicción universal: sus altibajos”, *Papeles en el tiempo de los derechos*, núm. 2, 2015, pp. 5-6.

MERON, TH., "Common Rights of Mankind in Gentili, Grotius and Suarez", *AJIL*, vol. 85, 1991, pp. 110-116.

– “Reflections on the prosecution of war crimes by international tribunals”, *AJIL*, vol. 100, 2006, pp. 551-579.

MORALES PRATS, F., “La reforma del principio de justicia universal”, *Derecho y Proceso Penal* 35, julio-septiembre 2014, pp. 13-20.

NEWTON, M. A., “El Alto Tribunal Penal Iraquí: controversias y contribuciones”, *International Review of the Red Cross*, núm. 862, Junio, 2008, disponible en https://www.icrc.org/spa/assets/files/other/ricr_862_newton.pdf.

- NIEVA-FENOLL, J., "El principio de justicia universal, Una solución deficiente para la evitación de hechos repugnantes", *REDI*, vol. LXV, 2013, pp. 131-149.
- ODELLO M., "La Corte Penal Internacional y las legislaciones nacionales: relación entre derecho internacional y derechos nacionales", *Foro. Nueva época*, núm. 1, 2005, pp. 295-329.
- O'BRIEN, J., "The international Tribunal for violations of International Humanitarian Law in former Yugoslavia", *AJIL*, vol. 87, núm. 4, 1993, pp. 639-659.
- O'KEEFE, R., "Universal Jurisdiction. Clarifying the Basic Concept", *JICJ*, vol. 2, 2004, pp. 735-760.
- OLÁSOLO ALONSO, H., "El principio *nullum crimen sine iure* en Derecho Internacional contemporáneo", *AIDIP*, vol. 1, 2013, pp. 18-42.
- OLÁSOLO ALONSO, H., MARTÍNEZ VARGAS, J. R. y RODRÍGUEZ POLANÍ, A. M., "La inmunidad de jurisdicción penal por crímenes internacionales de los Jefes de Estados, los Jefes de Gobierno y los Ministros de Asuntos Exteriores", *Revista Chilena de Derecho*, vol. 43, núm. 1, 2016, pp. 251-281.
- OLIVA MARTÍNEZ, J. D., "El Tribunal de Camboya inicia un nuevo juicio a altos dirigentes de la Kampuchea Democrática acusados en el caso núm. 002/19-09-2007/ECCC-TC", *REDI*, vol. LXIII, núm. 2, 2011, pp. 302-307.
- OLLÉ SESÉ, M., "Crímenes contra la humanidad y jurisdicción Universal", *La Ley Penal*, núm. 25, 2006.
- "La limitación de la justicia universal en la Ley Orgánica 1/2009", *Tiempo de Paz*, núm. 112, primavera 2014, pp. 46-51.

– “A vueltas con la justicia universal”, *Política Exterior*, vol. XXVIII, núm. 160, julio-agosto 2014, pp. 96-104.

ORIHUELA CALATAYUD, E., “La obligación *aut dedere aut iudicare* y su cumplimiento en España”, *REDI*, vol. 68, núm. 2, 2016, pp. 207-228.

PALACIÁN DE INZA, B., “La responsabilidad de proteger y el derecho de veto”, *IEEE*, núm. 9, 2012, disponible en http://www.ieee.es/Galerias/fichero/docs_analisis/2012/DIEEEA09-2012_ResponsabilidadProtegerDchoVeto_BPI.pdf.

PARDO GATO, J. R., “El principio de jurisdicción universal”, *Diario La Ley*, núm. 7676, de 19 de julio de 2011.

PÉREZ ALONSO, E., “Las últimas reformas del principio de justicia universal legalizadoras de la jurisprudencia “creativa” del Tribunal Supremo español”, *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XXXII, 2012, pp. 131-196.

PÉREZ CEPEDA, A. I., “Ley Orgánica 1/2014, de 13 de marzo: Ley de punto final del principio de justicia universal en España”, *AIDIP*, vol. 3, 2015, pp. 10-40.

PÉREZ-PRAT DURBÁN, L., “Un tribunal internacional para la antigua Yugoslavia”, *Derechos y libertades. Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, núm. 2, 1993-1994, pp. 519-540.

– “La responsabilidad internacional, ¿crímenes de Estados y/o de individuos?”, *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 4, 2000, pp. 205-247.

PHILIPPE, X., “Los principios de jurisdicción universal y complementariedad: su interconexión”, *RICR*, núm. 862, junio 2006, pp. 1-27, disponible en https://www.icrc.org/spa/assets/files/other/irrc_862_philippe.pdf.

- “The principles of universal jurisdiction and complementarity: how do the two principles intermesh”, *RICR*, núm. 862, junio 2006, pp. 375-398, disponible en https://www.icrc.org/eng/assets/files/other/irrc_862_philippe.pdf.
- PETER, C. M., “El Tribunal Penal Internacional para Ruanda: sancionar a los asesinos”, *RICR*, 30 de noviembre de 1997.
- PIERNAS LÓPEZ, J. J., “La Corte Penal Internacional y las jurisdicciones nacionales a la luz del principio de complementariedad”, *AEDI*, vol. 31, 2015, pp. 115-154.
- PIERNAS LÓPEZ, J. J., ESTEVE MOLTÓ, J. E. y VÁZQUEZ SERRANO, I., “Decisiones de los órganos judiciales”, *AEDI*, núm. 31, 2015, pp. 367-457.
 - PIERNAS LÓPEZ, J. J., LÓPEZ-ALMANSA BEAUS, E. y ESTEVE MOLTÓ, J. E., “Decisiones de los órganos judiciales”, *AEDI*, núm. 33, 2017, pp. 419-491.
- PIGNATELLI Y MECA, F., “El Tribunal Penal Internacional para Ruanda”, *REDM*, núm. 65, 1995, pp. 389-430.
- PIGRAU SOLÉ, A., “Reflexiones sobre el Tribunal Internacional para la antigua Yugoslavia desde la perspectiva de la codificación y el desarrollo progresivo del Derecho Internacional”, *AHLADI*, núm. 11, 1994, pp. 211-252.
- “¿Qué Tribunal Internacional Penal?”, *Jueces para la democracia*, vol. 31, 1998, pp. 73-80.
 - “La jurisdicción universal: un instrumento imprescindible en la lucha contra la impunidad, también desde España”, *Teoría y derecho: revista de pensamiento jurídico*, núm. 21, 2017, pp. 70-98.

- POZO SERRANO, M^a. P., “Medidas Nacionales Adoptadas para la Ratificación y Aplicación del Estatuto de la Corte Penal Internacional: Un Balance Provisional”, *ADI*, núm. 19, 2003, pp. 299-346.
- QUEL LÓPEZ, F. J., “Reflexiones sobre la contribución del Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia al desarrollo del Derecho Internacional Humanitario”, *ADI*, núm. 13, 1997, pp. 467-523.
- RABINOVITCH, R., “Universal jurisdiction *in absentia*”, *Fordham International Law*, vol. 28, 2005, pp. 500-530.
- RAMÓN CHORNET, C., “El Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia y el desarrollo progresivo del Derecho Internacional”, *Jueces para la democracia*, vol. 25, 1996, pp. 107-110.
- RANDALL, K. C., “Universal jurisdiction under International Law”, *Texas Law Review*, vol. 66, 1988, pp. 791-815.
- REMIRO BROTONS, A., “Pinochet: los límites de la inmunidad”, *Política Exterior*, vol. VI, núm. 67, enero/febrero-1999, pp. 43-58.
- “Los crímenes de Derecho internacional y su persecución judicial”, *Cuadernos de Derecho Judicial*, núm. 7, 2001, pp. 67-150.
 - “Jurisdicción penal universal sobre crímenes internacionales e inmunidades del Estado extranjero y sus agentes”, *Teoría y derecho: revista de pensamiento jurídico*, núm. 21, 2017, pp. 24-46.
- RIKHOF, J., “Fewer Places to Hide? The Impact of Domestic War Crimes Prosecutions on International Impunity”, *Criminal Law Forum*, núm. 20, 2009, pp. 1-38.

- ROBLES CARRILLO, M., "El principio de jurisdicción universal: estado actual y perspectivas de evolución", *REDI*, julio-diciembre 2014, pp. 81-111.
- RODRIGUEZ YAGÜE, C., "Criterios de resolución de conflictos entre la Corte Penal Internacional y tribunales *ad hoc* y la jurisdicción española: a vueltas con al justicia universal", *REEL*, núm. 14, diciembre 2007.
- ROHT-ARRIAZA, N., "Making the State Do Justice: Transnational Prosecutions and International Support for Criminal Investigations in Post-Armed Conflict Guatemala", *Chicago Journal of International Law*, vol. 9, 2008, pp. 79-106.
- ROPERO CARRASCO, J., "El derecho penal ante la mutilación genital femenina", *Revista La Ley*, 26 de septiembre de 2001.
- RUFERT, M., "Pinochet follow up: The end of sovereign immunity?", *Netherlands International Law Review*, vol. 48, 2001.
- SADAT, L., "Transjudicial Dialogue and the Rwandan Genocide: Aspects of Antagonism and Complementarity", *Leiden Journal of International Law*, vol. 22, 2009, pp. 33-82.
- SALINAS BURGOS, H., "El principio de jurisdicción universal: ¿*Lex Lata* o *Lex Desiderata*?", *Revista Chilena de Derecho*, vol. 34, núm. 1, 2007, pp. 107-134.
- SÁNCHEZ LEGIDO, A., "El fin del modelo español de jurisdicción universal", *REEL*, núm. 27, junio 2014, pp. 1-40.
- SERRANO TÁRRAGA, M^a D., "Violencia de género y extraterritorialidad de la ley penal. La persecución de la mutilación genital femenina", *Revista de Derecho UNED*, núm. 11, 2012, pp. 867-888.
- SERVÍN RODRÍGUEZ, CH. A., "La internacionalización de la responsabilidad penal del individuo frente a la impunidad: el principio *aut dedere aut iudicare* como

suplemento de los ordenamientos jurídicos nacionales”, *Coalition for the International Criminal Court*, disponible en http://www.iccnw.org/documents/servin_rodriguez.pdf.

SHABAS, W. A., “The Special Tribunal for Lebanon: Is a “Tribunal of an International Character” equivalent to an “International Criminal Court”?”, *Leiden Journal of International Law*, vol. 21, núm. 2, 2008, pp. 513-528.

SIMON, J.-M., “Jurisdicción Universal. La perspectiva del Derecho internacional público”, *REEI*, núm. 4, junio 2002, disponible en <http://www.reei.org/index.php/revista/num4/notas/jurisdiccion-universal-perspectiva-derecho-internacional-publico>.

SOLER FERNÁNDEZ, R., “El ecocidio: ¿crimen internacional?”, *IEEE*, núm. 128, 2017, pp. 2-3, disponible en http://www.ieee.es/Galerias/fichero/docs_opinion/2017/DIEEE0128-2017_Ecocidio_RoselSoler.pdf.

SOLERA, O., “Complementary Jurisdiction and International Criminal Justice”, *RICR*, vol. 84, núm. 845, Marzo 2002, pp. 145-171, disponible en <https://www.icrc.org/eng/assets/files/other/145-172-solera.pdf>.

SOMERS, S., “Rule 11 *bis* of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia: Referral of indictments to national courts”, *Boston College International and Comparative Law Review*, vol. 30, 2007, pp. 175-183.

SORIANO RODRÍGUEZ, M., “El principio de jurisdicción universal y la reforma del art. 23.4 LOPJ, ¿un paso atrás en la lucha contra la impunidad?”, *Revista Digital Facultad de Derecho*, núm. 6, 2013, pp. 318-353.

SOSA NAVARRO, M., “*Aut dedere aut judicare*”, *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, núm. 8, marzo-agosto 2015, pp. 171-182.

STAHN, C., "One step forward, two steps back?: Second thoughts on a "Sentence-based" Theory of Complementarity", *Harvard International Law Journal*, vol. 53, April 2012, pp. 183-196, disponible en http://www.harvardilj.org/wp-content/uploads/2012/04/HILJ-Online_53_Stahn.pdf.

STIGEN, J., "The Right or Non-Right of States to Prosecute Core International Crimes under the Title of Universal Jurisdiction", *Baltic Yearbook of International Law*, vol. 10, 2010, pp. 95-138.

STRAPATSAS, N., "Universal Jurisdiction and the International Criminal Court", *The Manitoba Law Journal*, vol. 29, núm. 1, 2002, pp. 1-31.

TRILLO NAVARRO, J. P., "Jurisdicción universal, menores y ablación: el nuevo artículo 23.4 g) LOPJ", *Diario La Ley*, núm. 6354, 2005.

VALENCIA VILLA, H., "El derecho a la justicia en una sociedad democrática", *Revista Jurídica Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 14, 2006, pp. 187-197.

VALLEJO PEÑA, C., "Mutilación genital femenina: violencia de género con nuevas trabas para su persecución en España", *Revista de Estudios Jurídicos*, núm. 14, 2014, pp. 1-21.

– "La fragilidad de una jurisdicción universal complementaria de la justicia internacional penal: el reciente paradigma español", *AIDIP*, vol. 3, 2015, pp. 99-123.

VELASCO NUÑEZ, E., "Principio *non bis in idem*", *Diario La Ley*, núm. 7250, Sección Esquemas legales, 28 de septiembre de 2009.

VENTURA, M. J., "The Duty to Investigate Zimbabwe Crimes Against Humanity (Torture) Allegations: The Constitutional court of South Africa Speaks on Universal Jurisdiction and the ICC Act", *JICJ*, vol. 13, 2015, pp. 861-889.

VILLACAMPA ESTIARTE, C., “La trata de seres humanos tras la reforma del Código Penal de 2015”, *Diario La Ley*, núm. 8.554, Sección Doctrina, 4 de junio de 2015.

VILLALPANDO, W., “El nuevo derecho internacional penal. Los crímenes internacionales”, *Invenio*, núm. 23, 2009, pp. 15-35.

YEE, S., “Universal Jurisdiction: Concept, Logic, and Reality”, *Chinese Journal of International Law*, vol. 10, 2011, pp. 503-530.

ZEGVELD, L., “The Bouterse case”, *Netherlands Yearbook of International Law*, vol. 32, 2001, pp. 97-118.

ZUPPI, A. L., “La jurisdicción universal para el juzgamiento de crímenes contra el Derecho Internacional”, disponible en <http://www.abogarte.com.ar/users/www.abogarte.com.ar/index.php/archivo/leer/1485>.

II. BIBLIOGRAFÍA JURISPRUDENCIAL

1. Jurisprudencia internacional

1.1 Corte Permanente de Justicia Internacional

Todas las resoluciones pueden consultarse en <http://www.icj-cij.org>.

1.1.1 Competencia contenciosa

- Asunto *Lotus (Francia v. Turquía)*, Sentencia de 9 de septiembre de 1927.
- Asunto del *estatuto jurídico de Groenlandia Oriental (Dinamarca v. Noruega)*, Sentencia de 5 de abril de 1933.

1.1.2 Competencia consultiva

- Asunto sobre el *tratamiento de los nacionales polacos en el Territorio Danzig*, Dictamen de 4 de febrero de 1932.

1.2 Corte Internacional de Justicia

Todas las resoluciones pueden consultarse en <http://www.icj-cij.org>.

1.2.1 Competencia contenciosa

- Asunto *Nottebohm*, Segunda fase (Liechtenstein v. Guatemala), Sentencia de 6 de abril de 1955.
- Asunto *de la Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited*, Segunda fase (Bélgica v. España), Sentencia de 5 de febrero de 1970.
- Asunto *relativo a las acciones armadas fronterizas y transfronterizas* (Nicaragua v. Honduras), Sentencia de 20 de diciembre de 1988.
- Asunto *South West Africa* (Liberia v. South Africa), Sentencia de 18 de julio de 1996.
- Asunto *de la orden de detención de 11 de abril de 2000*, Fondo (República Democrática del Congo v. Bélgica), Sentencia de 14 de febrero de 2002.
- Asunto *relativo a la aplicación de la Convención para la represión y sanción del delito de genocidio* (Bosnia y Herzegovina v. Yugoslavia (Serbia y Montenegro)), Sentencia de 26 de febrero de 2007.
- Asunto *ciertas cuestiones de asistencia mutua en asuntos penales* (Djibouti v. Francia), Sentencia de 4 de junio de 2008.

- *Asunto relativo a las plantas de celulosa sobre el río Uruguay* (Argentina v. Uruguay), Sentencia de 20 de abril de 2010.
- *Asunto relativo a las inmunidades jurisdiccionales del Estado* (Alemania v. Italia, intervención de Grecia), Sentencia de 3 de febrero de 2012.
- *Asunto cuestiones relativas a las cuestiones sobre la obligación de procesar o extraditar* (Bélgica v. Senegal), Sentencia de 20 de julio de 2012.

1.2.2 Competencia consultiva

- *Asunto interpretation of peace treaties*, Dictamen de 30 de marzo de 1950 (Primera Fase) y Dictamen de 18 de julio de 1950 (Segunda Fase).
- *Asunto sobre las reservas a la Convención para la prevención y la sanción del crimen de genocidio*, Dictamen de 28 de mayo de 1951.

1.3. Corte Penal Internacional

Todas las resoluciones pueden consultarse en <http://www.icc-cpi.int/>.

- *Asunto Lubanga Dyilo*, núm. ICC-01/04-01/06, Decisión sobre la participación de las víctimas, 18 de enero de 2008.
- *Asunto Al Bashir*, núm. ICC-02-/05-01/09, Resolución sobre la solicitud de la Fiscalía de una orden de arresto contra Omar Hassan Ahmad Al Bashir, 4 de marzo de 2009
- *Asunto Al Bashir*, núm. ICC-02/05-01/09-139, Resolución conforme al artículo 87(7) del Estatuto de Roma sobre el incumplimiento de la República de Malawi de la petición de cooperación formulada por la corte respecto del arresto y entrega de Omar Hassan Ahmad Al Bashir, 12 de diciembre de 2011.
- *Asunto Al Bashir*, núm. ICC-02/05-01/09-140, Resolución conforme al artículo 87(7) del Estatuto de Roma sobre el incumplimiento de la República del Chad de la petición de cooperación formulada por la corte respecto del arresto y entrega de Omar Hassan Ahmad Al Bashir, 13 de diciembre de 2011.

- Asunto *Framcis Kiriimi Muthaura and Uhuru Muigai Kenyatta*, núm. ICC-01/09-02/11, Sentencia, 24 de agosto de 2012.

1.4 Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia

Todas las resoluciones pueden consultarse en <http://www.icty.org/>.

- Asunto *Tadic*, núm. IT-94-I-T, Decisión sobre la presentación de la defensa por apelación interlocutoria sobre jurisdicción, 2 de octubre de 1995.
- Asunto *Anto Furundzija*, núm. IT-95-17/1-T, Sentencia, 10 de diciembre de 1998.
- Asunto *Milosevic*, núm. IT-02-54, Acusación, 24 de mayo de 1999.
- Asunto *Milosevic*, núm. IT-9-37-PT, Decisión relativa a las excepciones prejudiciales, 8 de noviembre de 2001.
- Asunto *Enver Hadzihasanovi, Mehmed Alagic and Amir Kubura*, núm. IT-01-47-AR 72, Sala de Apelaciones, 16 de julio de 2003.

1.5 Tribunal Penal Internacional para Ruanda

Todas las resoluciones pueden consultarse en <http://.unictr.org/>.

- Asunto *Akayesu*, Sala de Primera Instancia, Sentencia de 2 de septiembre de 1998.
- Asunto *Ntuyahaga*, Sala de Primera Instancia, Auto de 18 de marzo de 1999.
- Asunto *J. Kabamda*, Sentencia, 19 de octubre de 2000.

1.6 Tribunal Europeo de Derechos Humanos

Todas las resoluciones pueden consultarse en <http://www.echr.coe.int/>.

- Asunto *Streletz, Kessler y Krenz v. Alemania*, Sentencia de 22 de marzo de 2001.
- Asunto *Finucane v. Reino Unido*, Sentencia de 1 de julio de 2003.
- Asunto *Abdulsamet Yaman v. Turquía*, Sentencia de 2 de noviembre de 2004.

- Asunto *Kolk y Kislyiy v. Estonia*, Decisión de inadmisión, 17 de enero de 2006.
- Asunto *Hisham Ibrahim Karmo v. Bulgaria*, Decisión de inadmisión, 9 de febrero de 2006.
- Asunto *Scanner de l'Ouest Lyonnais y otros v. Francia*, Sentencia de 21 de junio de 2007.
- Asunto *Jorgic v. Alemania*, Sentencia de 12 de julio de 2007.
- Asunto *Korbely v. Hungría*, Gran Sala, Sentencia de 19 de septiembre de 2008.
- Asunto *Konovov v. Letonia*, Gran Sala, Sentencia de 17 de mayo de 2010.
- Asunto *Althoff y otros v. Alemania*, Sentencia de 8 de diciembre de 2011.
- Asunto *Margus v. Croacia*, Gran Sala, Sentencia de 27 de mayo de 2014.

1.7 Corte Interamericana de Derechos Humanos

Todas las resoluciones pueden consultarse en <http://www.corteidh.or.cr/cf/Jurisprudencia2/index.cfm?lang=es>.

- Asunto *Castillo Petruzzi v. Perú*, Sentencia de 30 de mayo de 1999.
- Asunto *Chumbipuma Aguirra y otros v. Perú*, Sentencia de 14 de marzo de 2001.
- Asunto *De la Cruz Flores v. Perú*, Sentencia de 18 de noviembre de 2004.
- Asunto *Carpio Nicolle y otros v. Guatemala*, Sentencia de 22 de noviembre de 2004.
- Asunto *Lori Berenson Mejía v. Perú*, Sentencia de 25 de noviembre de 2004.
- Asunto *Fermín Ramírez v. Guatemala*, Sentencia de 20 de junio de 2005.
- Asunto *García Asto y Ramírez Rojas v. Perú*, Sentencia de 25 de noviembre de 2005.
- Asunto *Almonacid Arrellano y otros v. Chile*, Sentencia de 26 de septiembre de 2006.
- Asunto *masacres de El Mozote y lugares aledaños v. El Salvador*, Sentencia de 25 de octubre de 2012.

1.8 Tribunal de Justicia de la Unión Europea

Todas las resoluciones pueden consultarse en https://curia.europa.eu/jcms/jcms/j_6/es/.

- Asunto *Van Duyn*, núm. 41/74, Sentencia de 4 de diciembre de 1974.
- Asunto *Tullio Ratti*, núm. 148/78, Sentencia de 5 de abril de 1979.

2. Jurisprudencia interna

2.1 Tribunales españoles

2.1.1 Tribunal Constitucional

- Sentencia del Pleno, núm. 94/1986, de 8 de julio.
- Sentencia del Pleno, núm. 140/1986, de 11 de noviembre.
- Sentencia del Pleno, núm. 133/1987, de 21 de julio.
- Sentencia de la Sala Segunda, núm. 154/1990, de 15 de octubre.
- Sentencia de la Sala Segunda, núm. 107/1992, de 1 de julio.
- Sentencia de la Sala Segunda, núm. 177/1999, de 11 de octubre.
- Sentencia del Pleno, núm. 73/2000, de 14 de marzo.
- Sentencia de la Sala Segunda, núm. 87/2000, de 27 de marzo.
- Sentencia de la Sala Segunda, núm. 237/2005, de 26 de septiembre.
- Sentencia de la Sala Segunda, núm. 227/2007, de 22 de octubre.
- Sentencia de la Sala, núm. 67/2011, de 16 de mayo.

2.1.2 Tribunal Supremo

- Sentencia de 16 de diciembre de 1927.
- Sentencia de la Sala de lo Penal, núm. 8113/1990, de 10 de noviembre.
- Auto de la Sala de lo Penal, núm. 420/2000, de 1 de febrero.
- Sentencia de la Sala de lo Penal, núm. 327/2003, de 25 de febrero.

- Sentencia de la Sala de lo Penal, núm. 645/2006, de 20 de junio.
- Sentencia de la Sala de lo Penal, núm. 582/2007, de 21 de junio.
- Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, núm. 6597/2006, de 6 de octubre.
- Sentencia de la Sala de lo Penal, núm. 798/2007, de 1 de octubre.
- Sentencia de la Sala de lo Penal, núm. 101/2012, de 27 de febrero.
- Auto de la Sala de lo Penal, núm. 20962/2014, de 20 de abril.
- Auto de la Sala de lo Penal, núm. 2864/2015, de 20 de abril.
- Auto de la Sala de lo Penal, núm. 3240/2016, de 18 de abril.

2.1.3 Audiencia Nacional

- Auto, núm. 1/1998, 5 de noviembre de 1998
- Auto del Juzgado Central de Instrucción núm. 5, núm. 59/1998, de 23 de diciembre
- Auto del Juzgado Central de Instrucción núm. 5, núm. 64/1998, de 23 de diciembre.
- Auto del Pleno la Sala de lo Penal, de 4 de marzo de 1999.
- Auto del Juzgado Central de Instrucción núm. 1, de 25 de octubre de 1999.
- Auto del Pleno de la Sala de lo Penal, núm. 115/2000, de 13 de diciembre.
- Auto del Juzgado Central de Instrucción núm. 4, de 18 de marzo de 2003.
- Sentencia de la Sala de Lo Penal, núm. 16/2005, de 19 de abril.
- Auto de la sección cuarta de la Sala de lo Penal, de 16 de enero de 2006.
- Auto del Juzgado Central de Instrucción núm. 1, de 7 de junio de 2006.
- Auto del Juzgado Central de Instrucción núm. 1, de 22 de noviembre de 2006.
- Auto del Juzgado Central de Instrucción núm. 1, de 9 de octubre de 2006.
- Auto del Juzgado Central de Instrucción núm. 4, de 6 de febrero de 2008.
- Auto del Juzgado Central de Instrucción núm. 2, de 17 de julio de 2008.
- Auto del Juzgado de Instrucción núm. 5, núm. 53/2008, de 18 de noviembre.
- Auto del Juzgado Central de Instrucción núm. 6, de 12 de enero de 2009.
- Auto del Pleno de la Sala de lo Penal, de 2 de febrero de 2009.
- Auto del Pleno de la Sala de lo Penal, núm. 20/2010, de 27 de octubre.

- Auto del Juzgado Central de Instrucción núm. 2, de 30 de marzo de 2011.
- Auto del Juzgado de Instrucción núm. 4, núm. 270/2013, de 18 de noviembre.
- Auto de la Sala de lo Penal, de 18 de noviembre de 2012.
- Auto de la Sala de Lo Penal, núm. 14/2014, de 30 de abril.
- Auto del Juzgado Central de Instrucción núm. 1, núm. 72/2014, de 17 de marzo.
- Auto del Juzgado Central de Instrucción núm. 5, de 17 de junio de 2014.
- Auto del Pleno de la Sala de lo Penal, núm. 38/2014, de 2 de julio.
- Auto del Juzgado Central de Instrucción núm. 5, de 10 de junio de 2015.
- Auto del Juzgado Central de Instrucción núm. 5, de 17 de julio de 2015.
- Auto del Pleno, núm. 799/2017, de 27 de julio.

2.2 Otros tribunales

2.2.1 Argentina

- Asunto *N.N por genocidio y/crímenes de lesa humanidad cometidos en España*, Juzgado Nacional en lo Criminal y Correccional Federal núm. 1, Querrela núm. 4591/2010 (A12.447).

2.2.2 Bélgica

- Asunto *Aff. Hijazi S. et crts. C/Sharon A. et Yaron A.*, Cour de Cassation, Section Francaise, 2e Chambre, arrêt du 12 fevrier 2003, núm. JC032C1_1.

2.2.3 Ecuador

- Asunto *Fybeca*, Corte Nacional de Justicia de Ecuador, Sala especializada de lo Penal, Penal Militar; Penal Policial y Tránsito, Sentencia de 16 de diciembre de 2014.

2.2.4 Estados Unidos

- *United States v. Klinton*, Supreme Court 18 US 144, 1820.
- *Demjanjuk v. Petrovsky y Filartiga*, Court of Appeals, Sixth Circuit, 776 F.2d 571
Judgement de 31 de octubre de 1931.
- *Wei Ye v. Jiang Zemin*, Sentencia de 8 de septiembre de 2004, US Court of Appeals for the Seventh Circuit.

2.2.5 Francia

- *Asunto Kadhafi*, Corte de Casación, Sentencia núm. 1414, de 13 de marzo de 2001.
- *Aff. Hijazi S. et crts. C/Sharon A. et Yaron A.*, Corte de Casación, 2e Chambre, arrêt du 12 fevrier 2003, núm. JC032C1_1.

2.2.6 Gran Bretaña

- *Compañía Naviera Vascongado v. S. S. Cristina and all Persons claiming an interest therein*, House of Lords, Judgement de 12 de marzo de 1938.
- High Court of London, sentencia de 28 de octubre de 1998.
- *House of Lords*, Sentencia de 25 de noviembre de 1998.
- *House of Lords*, Sentencia de 24 de marzo de 1999.
- *Bow Street District Superior Court, Peter Tatchell v. President Robert Mugabe*, Sentencia de 14 de enero de 2004.
- *Jones v. Abil Aziz*, Tribunal de Apelación (División Civil), Sentencia de 28 de octubre de 2004.

2.2.7 Holanda

- Decisión del Tribunal de Apelación de Ámsterdam, de 20 de noviembre de 2000.

2.2.8 Israel

- Asunto *Attorney General of the Government of Israel v. Adolf Eichmann*, Supreme Court of Israel (sitting as a Court of Criminal Appeal), Judgement de 29 de mayo de 1962.

III. ÍNDICE DE TRATADOS

1. Tratados internacionales

1.1 Multilaterales

- *Convención de Ginebra para el mejoramiento de la suerte de los militares heridos en los ejércitos en campaña* de 22 de agosto de 1864.
- *Convenio de París para la protección de cables telegráficos submarinos* de 14 de marzo de 1884.
- *II Convención de La Haya relativa a las leyes y usos de la guerra terrestre* de 20 de julio de 1899.
- *Convenio de Ginebra para mejorar la suerte de los heridos y enfermos de las fuerzas armadas en campaña* de 6 de julio de 1906.
- *Convención relativa a las leyes y costumbres de la guerra terrestre*, concluida en La Haya, de 18 de octubre de 1907.
- *Tratado de Paz de Versalles* de 28 de junio de 1919.
- *Tratado de Sévres* de 10 de agosto de 1920.

- *Convención para la represión de la trata de mujeres y niños* de 30 de septiembre de 1921.
- *Convenio Internacional para la Represión de la Falsificación de Moneda*, hecho en Ginebra el 20 de abril de 1922, *Gaceta de Madrid*, 8 de marzo de 1931.
- *Tratado de Lausana* de 24 de julio de 1923.
- *Protocolo para la Solución Pacífica de Controversias Internacionales* de 1 de octubre de 1924.
- *Convenio Internacional para la represión de la falsificación de la moneda*, hecho en Ginebra el 20 de abril de 1929.
- *Convención para la Prevención y la Represión del Terrorismo*, de 16 de noviembre de 1937.
- *Carta de las Naciones Unidas* de 26 de junio de 1945.
- *Convención para la Prevención y la Sanción del Genocidio* de 9 de diciembre de 1948, *BOE* de 21 de noviembre de 1978. Corrección de errores en *BOE* de 14 de noviembre de 1978.
- Protocolo adicional (Protocolo I) de los *Convenios de Ginebra relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales* del 12 de agosto de 1949.
- Convenios de Ginebra de 1949:
 - *I Convenio de Ginebra para aliviar la suerte que corren los heridos y los enfermos de las fuerzas armadas en campaña*, de 12 de agosto de 1949, *BOE* de 23 de agosto de 1952.
 - *II Convenio de Ginebra para aliviar la suerte que corren los heridos, los enfermos y los náufragos de las fuerzas armadas en el mar*, de 12 de agosto de 1948, *BOE* de 26 de agosto de 1952.
 - *III Convenio de Ginebra relativo al trato debido a los prisioneros de guerra*, de 12 de agosto de 1949, *BOE* de 5 de septiembre de 1952.
 - *IV Convenio de Ginebra relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra*, de 12 de agosto de 1949, *BOE* de 2 de septiembre de 1952.
- *Convenio para la represión de la trata de personas y de la explotación de la prostitución ajena*, firmado en Lake Success, Nueva York, el 21 de marzo de 1950, *BOE* núm. 230, de 25 de septiembre de 1950.

- *Convenio de Viena sobre Relaciones Consulares* de 24 de abril de 1963, *BOE* núm. 56, de 6 de marzo de 1970.
- *Convenio de Viena, de 8 de abril de 1961, sobre relaciones diplomáticas*, *BOE* núm. 21, de 24 de enero de 1968.
- *Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad* de 26 de noviembre de 1968.
- *Convenio sobre infracciones y otros actos cometidos a bordo de las aeronaves* de 14 de septiembre de 1963, *BOE* núm. 308, de 25 de octubre de 1969.
- *Convención sobre las misiones especiales*, adoptada en Nueva York el 16 de diciembre de 1969, *BOE* núm. 159, de 4 de julio de 2001.
- *Convenio de Ginebra sobre alta mar* de 29 de abril de 1958, *BOE* núm. 309, de 27 de diciembre de 1971.
- *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos* de 16 de diciembre de 1966, *BOE* núm. 103, de 30 de abril de 1977.
- *Convenio de Viena sobre el Derecho de los Tratados* de 23 de mayo de 1969, *BOE* núm. 142, de 13 de junio de 1980.
- *Convenio para la represión del apoderamiento ilícito de aeronaves*, adoptado en La Haya, de 16 de diciembre de 1970.
- *Convención Internacional sobre la Represión y el Castigo del Crimen de Apartheid*, Resolución 3068 (XXVIII), de la AG de las Naciones Unidas, de 30 de noviembre de 1973.
- *Convención de Viena sobre representación de los Estados en sus relaciones con las Organizaciones internacionales de carácter universal*, de 14 de marzo de 1975.
- *Convención única de 1961 sobre estupefacientes*, enmendada por el Protocolo que modifica la Convención única de 1961 sobre estupefacientes de 8 de agosto de 1975, *BOE* núm. 264, de 4 de noviembre de 1981.
- *Convención Internacional contra la Toma de Rehenes*, hecha en Nueva York, el 17 de diciembre de 1979, *BOE* núm. 162, de 7 de julio de 1984.
- *Convención de la Naciones Unidas para la eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer*, de 18 de diciembre de 1979, *BOE* núm. 69, de 21 de marzo de 1984.

- *Convenio de Naciones Unidas sobre Derecho del Mar* (Convención de Montego Bay) de 10 de diciembre de 1982, *BOE* núm. 39, de 14 de febrero de 1997, corrección de errores, *BOE* núm. 136, de 7 de junio de 1997.
- *Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes* de 10 de diciembre de 1984, *BOE* núm. 268, de 9 de noviembre de 1987.
- *Convención para la Represión de Actos Ilícitos contra la Seguridad de la Aviación civil* de 24 de febrero de 1988, *BOE* núm. 56, de 5 de marzo de 1992.
- *Convención Internacional contra el reclutamiento, la utilización, la financiación y el entrenamiento de mercenarios* de 4 de diciembre de 1989.
- *Convención sobre los Derechos del niño* de 20 de noviembre de 1989, *BOE* núm. 313, de 31 de diciembre de 1990.
- *Convención sobre la seguridad del personal de las Naciones Unidas y el personal asociado* de 9 de diciembre de 1994, *BOE* núm. 124, de 25 de mayo de 1999.
- *Estatuto de la Corte Penal Internacional*, de 17 de julio de 1998, *BOE* núm. 126, de 27 de mayo de 2002.
- *Convenio Internacional para la Represión y la Financiación del Terrorismo*, hecho en Nueva York el 9 de diciembre de 1999, *BOE* núm. 123, de 23 de mayo de 2002.
- *Protocolo Facultativo a la Convención sobre los Derechos del Niño sobre la participación de niños en conflictos armados* hecho en New York el 25 de mayo de 2000, *BOE* núm. 92, de 17 de abril de 2002.
- *Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía* de 25 de mayo de 2000.
- *Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional* de 15 de noviembre de 2000, *BOE* núm. 233, de 29 de septiembre de 2003.
- *Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños* de 25 de diciembre de 2000, *BOE* núm. 296, de 11 de diciembre de 2003.
- *Protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes por tierra, mar y aire* de 28 de enero de 2004, *BOE* núm. 295, de 10 de diciembre de 2003.

- *Convención de las Naciones Unidas sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y sus bienes*, de 2 de diciembre de 2004.
- *Convención internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas* de 20 de diciembre de 2006, *BOE* núm. 42, de 28 de febrero de 2011.

1.2 Bilaterales

- *Tratados de Saint Germain*, entre las potencias aliadas y Austria, de 1 de septiembre de 1919.
- *Tratado de Neully*, entre las potencias vencedoras y Bulgaria, de 27 de noviembre de 1919.
- *Tratado de Trianon*, entre las potencias vencedoras y Hungría, de 4 de junio de 1920.
- *Acuerdo entre las Naciones Unidas y el gobierno de Sierra Leona sobre el establecimiento de la Corte Especial para Sierra Leona* o *Tratado de Freetown*, de 16 de enero de 2002.

2. Tratados regionales

2.1 Consejo de Europa

- *Convenio para la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales* de 14 de noviembre de 1950, *BOE* núm. 243, de 10 de octubre de 1979.
- *Convenio Europeo número 70 sobre el valor internacional de las sentencias penales*, hecho en La Haya el 28 de mayo de 1970, *BOE* núm. 78, de 30 de marzo de 1996.
- *Convenio Europeo sobre Transmisión de Procedimientos en Materia Penal*, hecho en Estrasburgo el 15 de mayo de 1972, *BOE* núm. 270 de 10 de noviembre.

- *Convención Europea sobre la inmunidad del Estado*, de 16 de mayo de 1972.
- *Convenio europeo sobre la imprescriptibilidad de los delitos de lesa humanidad y los crímenes de guerra* de 25 de enero de 1974.
- *Convenio Europeo de Extradición*, hecho en París el 13 de diciembre de 1957, BOE núm. 136, de 8 de junio de 1982.
- *Protocolo núm. 7 al Convenio para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (Convenio núm. 117 del Consejo de Europa)*, hecho en Estrasburgo el 22 de noviembre de 1984, BOE núm. 249, de 15 de octubre de 2009.

2.2 Organización de Estados Americanos

- *Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica)* de 22 de noviembre de 1969.

2.3 Unión Africana

- *Carta Africana de los Derechos del Hombre y de los Pueblos (Carta de Banjul)* de 27 de julio de 1981.
- *Convención de la Unión Africana para Prevenir y Combatir la Corrupción* de 12 de julio de 2003.

2.4 Unión Europea

- *Convenio de Aplicación del Acuerdo Schengen*, de 14 de junio de 1985, BOE núm. 81, de 5 de abril de 1994.
- *Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea*, DOUE C-83/389, 30 de marzo de 2010.

IV. ÍNDICE LEGISLATIVO

1. En España

1.1 Constitución

- *Constitución Española de 1978, BOE* núm. 311, de 29 de diciembre de 1978.

1.2 Leyes

1.2.1 Leyes Orgánicas

- *Ley Orgánica 3/1980, de 22 de abril, del Consejo de Estado, BOE* de 25 de abril de 1980.
- *Ley Orgánica 50/1981, de 30 de diciembre, por la que se regula el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal, BOE* de 13 de enero de 1982.
- *Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, BOE* núm. 157, de 2 de julio de 1985.
- *Ley Orgánica 15/1994, de 1 de junio, para la cooperación con el Tribunal Internacional para el enjuiciamiento de los presuntos responsables de violaciones graves del derecho internacional humanitario cometidas en el territorio de la antigua Yugoslavia, BOE* núm. 131, de 2 de junio de 1994.
- *Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, BOE* núm. 281, de 24 de noviembre de 1995.
- *Ley Orgánica 4/1998, de 1 de julio, para la Cooperación con el Tribunal internacional para Ruanda, BOE* núm. 157, de 2 de julio de 1998.
- *Ley Orgánica 11/1999, de 30 de abril, de modificación del Título VIII del Libro II del Código Penal, aprobado por Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, BOE* núm. 104, de 1 de mayo de 1999.

- *Ley Orgánica 6/2000, de 4 de octubre por la que se autoriza la ratificación por España del Estatuto de la Corte Penal Internacional, BOE núm. 239, de 5 de octubre de 2000.*
- *Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre, de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros, BOE núm. 234, de 30 de septiembre de 2003.*
- *Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, BOE núm. 283, de 26 de noviembre de 2003.*
- *Ley Orgánica 18/2003, de 10 de diciembre, de Cooperación con la Corte Penal Internacional, BOE núm. 296, de 11 de diciembre de 2003.*
- *Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, BOE núm. 313, de 29 de diciembre de 2004.*
- *Ley Orgánica 3/2005, de 8 de julio, de modificación de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, para perseguir extraterritorialmente la práctica de la mutilación genital femenina, BOE núm. 163, de 9 de julio de 2005.*
- *Ley Orgánica 13/2007, de 19 de noviembre, para la persecución extraterritorial del tráfico ilegal o la inmigración clandestina de personas, BOE núm. 278, de 20 de noviembre de 2007.*
- *Ley Orgánica 1/2009, de 3 de noviembre, complementaria de la Ley de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina judicial, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, BOE núm. 266, de 4 de noviembre de 2009.*
- *Ley Orgánica 1/2014, de 13 de marzo, de modificación de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, relativa a la justicia universal, BOE núm. 63, de 14 marzo de 2014.*
- *Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre del Código Penal, BOE núm. 77, de 31 de marzo de 2015.*
- *Ley Orgánica 2/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre del Código Penal, BOE núm. 77, de 31 de marzo de 2015.*

- *Ley Orgánica 16/2015, de 27 de octubre, sobre privilegios e inmunidades de los Estados extranjeros, las Organizaciones Internacionales con sede u oficina en España y las conferencias y reuniones internacionales celebradas en España, BOE* núm. 258, de 28 de octubre de 2015.

1.2.2 Leyes ordinarias

- *Las Siete Partidas* de 1265.
- *Ley provisional sobre organización del Poder judicial* de 15 de septiembre de 1870, *Gaceta de Madrid*, núm. 258, de 15 de septiembre.
- *Ley 4/1985, de 21 de marzo, de Extradición Pasiva*, *BOE* núm. 73, de 26 de marzo de 1985.

1.3 Normas de rango inferior a la ley

- *Real Decreto de 14 de septiembre de 1882, aprobatorio de la Ley de Enjuiciamiento Criminal*, *Gaceta de Madrid* de 17 de septiembre de 1882.
- *Real Decreto de 24 de julio de 1889, texto de la edición del Código Civil mandada publicar en cumplimiento de la Ley de 26 de mayo último*, *Gaceta de Madrid* de 25 de julio de 1889.

2. En otros países

2.1 Alemania

- *Ley penal para la Persecución de Crímenes y Delitos de Guerra* de 18 de diciembre de 1919.

2.2 Argentina

- Ley núm. 23.492 de Punto Final de 24 de diciembre de 1986.
- Ley núm. 23.521 de Obediencia Debida de 4 de junio de 1987.
- Constitución de la Nación Argentina, Ley núm. 24.430 de 3 de enero de 1995.

2.3 Camboya

- *Ley sobre el establecimiento de Salas Extraordinarias en las Cortes de Camboya* de 2 enero de 2001

2.4 Gran Bretaña

- *Diplomatic Privileges Act* de 1964.
- *Immunity Act* de 1978.

2.5 Israel

- Ley núm. 5710, de 1950, sobre castigo a los nazis y sus colaboradores.

2.6 EEUU

- *American Servicemembers' Protection Act of 2002*, approved August 2, 2002.

V. INFORMES Y DOCUMENTOS DE ANÁLISIS, OPINIÓN Y TRABAJO

- *Declaración de Virginia* de 12 de junio de 1776.

- *Règles relatives aux conflits des lois pénales en matière de compétence*, IDI, Múnich, 1883.
- *Proyecto de reglamento internacional sobre la competencia de los tribunales en procedimientos contra los Estados, soberanos o Jefes de Estado extranjeros*, IDI, Hamburgo, 1891.
- *Los conflictos de leyes penales en materia de competencia*, IDI, Cambridge, 1931.
- “*Draft Convention on Jurisdiction with respect to crime*”, *AJIL*, vol. 29, 1935.
- Informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, asunto *Ignacio Ellacuría S. J. y otros* (asunto núm. 10.488), núm. 136/1999, de 22 de diciembre de 1999.
- *Final Report on the Exercise of Universal Jurisdiction in Respect of Gross Human Rights Offences*, ILA, London, 2000.
- Expediente relativo al Estatuto de Roma que instituye la Corte Penal internacional, hecho en Roma el 17 de julio de 1998, *Consejo de Estado. Recopilación de doctrinal legal. 1999*, BOE-Madrid, 2000.
- *19 Principios relativos a la Jurisdicción Universal en materia de delitos graves relacionados con los Derechos humanos: una perspectiva africana*, AFLA, 2001.
- *The Princeton Principles on Universal Jurisdiction*, Princeton University, Princeton, New Jersey, 2001.
- *Inmunidades de jurisdicción y ejecución de los Jefes de Estado y de Gobierno en Derecho Internacional*, IDI, Vancouver, 2001.
- “Mena cree que el ‘caso Raval’ tuvo más implicados que Lli y Tamarí”, *El País*, 19 de mayo de 2001.
- *La Responsabilidad de Proteger*, Informe de la Comisión Internacional sobre Intervención y Soberanía de los Estados, Diciembre de 2001.
- *Experts Meeting on “African Perspectives on Universal Jurisdiction for International Crimes”*, celebrada en Arusha, Tanzania, los días 18 a 20 de octubre de 2002.
- *Principios de Bruselas contra la impunidad y por la justicia internacional*, Grupo de Bruselas por la justicia Internacional, 2002.
- *Informe al Anteproyecto de Ley Orgánica de cooperación con la Corte Penal Internacional*, CGPJ, de 15 de enero de 2003.

- *Dictamen al Anteproyecto de Ley Orgánica de Cooperación con la Corte Penal Internacional*, Consejo de Estado, de 12 de junio de 2003.
- *Resolución Asamblea de Estados parte de la CPI*, de 12 de septiembre de 2003.
- *Informe al Anteproyecto de Ley Orgánica de cooperación con la Corte Penal Internacional*, CGPJ, de 14 de octubre de 2003, disponible en <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/Consejo-General-del-Poder-Judicial/Actividad-del-CGPJ/Informes/Informe-al-anteproyecto-de-Ley-Organica-de-cooperacion-con-la-Corte-Penal-Internacional>.
- *Decision on challenge to jurisdiction: Lomé Accord Amnesty*, TESL, de 13 de marzo de 2004.
- *Jurisdicción penal universal en relación con el crimen de genocidio, los crímenes contra la humanidad y los crímenes de guerra*, IDI, Cracovia, 2005.
- Acuerdo del Pleno de la Sala de lo Penal de la AN relativo a la interpretación de la sentencia del TC sobre Guatemala, de 3 de noviembre de 2005.
- *Plan Nacional de Derechos Humanos*, aprobado en Consejo de Ministros el 12 de diciembre de 2008, disponible en <https://www.idhc.org/arxiu/incidencia/1424254612-PlanDH.pdf>.
- *Inmunidad de jurisdicción de los Estados y personas que actúan en nombre del Estado con respecto a crímenes de Derecho internacional*, IDI, Nápoles, 2009.
- “Dívar, sobre la jurisdicción universal: “no somos los gendarmes del mundo”, *El Mundo*, 4 de mayo de 2009.
- *Tentativa de reforma de la competencia universal en España: un paso atrás en la lucha contra la impunidad de los crímenes más graves*, Federación Internacional de Derechos Humanos, de 22 de mayo de 2009.
- *Comunicado conjunto acerca de la introducción de limitaciones en el principio de Jurisdicción Universal*, Jueces para la Democracia, la Unión Progresista de Fiscales, Magistrados Europeos por la Democracia y las Libertades y el Grupo de Estudios de Política Criminal, de 26 de mayo de 2009.
- *Manifiesto sobre la Reforma Legislativa que introducirá modificaciones al ejercicio de la Justicia Universal*, de 2 de junio de 2009, disponible en <http://www.derechoshumanos.net/lesahumanidad/justiciauniversal-manifiesto-reforma-2009.htm>.

- “Hemos pasado del no a la guerra al sí al crimen de guerra”, *El País*, 2 de junio de 2009.
- “El caso Couso en los cables *wikifiltrados* del Departamento de Estado: “Los ministros españoles trabajan para que no prosperen las órdenes de detención”, *El País*, 30 de noviembre de 2010.
- *Documento de política general sobre exámenes preliminares*, Fiscalía de la CPI, 2013.
- “El gobierno reformará la ley para desactivar el proceso al régimen chino”, *El País*, 15 de diciembre de 2013.
- *Relatoría del I Congreso Internacional sobre la jurisdicción universal*, Madrid, 2014, disponible en <http://www.fibgar.org/congreso-jurisdiccion-universal/relatoria.pdf>.
- “El oasis de la impunidad”, *El País*, 3 de febrero de 2014.
- “Los legisladores españoles deben rechazar la reforma propuesta que pretende cerrar la puerta a la justicia para los crímenes más graves” *Rights International Spain*, de 10 de febrero de 2014, disponible en <http://www.rightsinternationalspain.org/uploads/publicacion/071425856d4c50c51c435fd69ad8fb2bea2acd2e.pdf>.
- “El Tíbet ante la justicia universal: crónica de una impunidad anunciada”, *El País*, 11 de febrero de 2014.
- “El BOE fulmina la justicia universal”, *El País*, 14 de marzo de 2014.
- Grupo de Derechos para la paz. Movimiento por la paz –MPDL-, “Por una verdadera ley de justicia universal”, *Tiempo de Paz*, núm. 112, primavera 2014, pp. 77-80.
- “La ablación irrumpe en Euskadi”, *El Mundo*, 16 de septiembre de 2014.
- “Cuatro hermanas sufren una ablación al ir de vacaciones a Mali”, *El País*, 21 de agosto de 2015.
- “Las niñas samburu, mutiladas para ser bien casadas”, *El País*, 6 de febrero de 2017.
- “La doble vida de la Ley de Amnistía”, REIG CRUAÑES, P., *Al revés y al derecho*, 28 de febrero de 2017, disponible en <http://alrevesyalderecho.blogspot.com/?p=4898>.
- “La jurisdicción universal sigue siendo útil”, *Confilegal*, 4 de junio de 2017.

- “Diplomacia latinoamericana”, *El País*, 18 de febrero de 2018.
- “La ministra expone en el Congreso los ejes que guiarán su gestión al frente de Justicia, *Diario La Ley*, de 12 de julio de 2018, disponible en <http://diariolaley.laley.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAAEAMtMSbH1czUwMDA0MzMzMzNSK0stKs7Mz7M1MjC0MDA3BAtkplW65CeHV Bak2qYl5hSnqmUWOxYUFOWXpabA1BkbmpqaAgA2pN-BTQAAAA==WKE>).
- “El Gobierno crea un comité de expertos para recuperar y ampliar la justicia universal que derogó el PP”, *El Diario*, 26 de agosto de 2018.
- “Justicia pone en marcha un consejo asesor para la recuperación de la jurisdicción universal”, *Iustel*, 29 de agosto de 2018.

VI. BIBLIOGRAFÍA DOCUMENTAL

1. Documentos de las Naciones Unidas

1.1 Asamblea General

- Resolución 95(I), de 11 de diciembre de 1946.
- Resolución 177(II), de 21 de noviembre de 1947.
- Resolución 260B(III), de 9 de diciembre de 1948.
- Resolución 217(III), de 10 de diciembre de 1948.
- Resolución 488(V), de 12 de diciembre de 1950.
- Resolución 897(IX), de 4 de diciembre de 1954.
- Resolución 898(IX), de 14 de diciembre de 1954.
- Resolución 2625(XXV), de 24 de octubre de 1970.
- Resolución 3074 (XXVIII), de 3 de diciembre de 1973.
- Resolución 3314(XXIX), de 14 de diciembre de 1974.
- Resolución 36/106, de 10 de diciembre de 1981.
- Resoluciones 40/32, de 29 de noviembre de 1985.
- Resolución 40/34, de 29 de noviembre de 1985.

- Resolución 40/146, de 13 de diciembre de 1985.
- Resolución 44/39, de 4 de diciembre de 1989.
- Resolución 45/41, de 28 de noviembre de 1990.
- Resolución 45/116, de 14 de diciembre de 1990.
- Resolución 47/33, de 25 de noviembre de 1992.
- Resolución 49/53, de 9 de diciembre de 1994.
- Resolución 50/46, de 11 de diciembre de 1995.
- Resolución 51/207, de 17 de diciembre de 1996.
- Resolución 52/160, de 15 de diciembre de 1997.
- Resolución 56/83, de 12 de diciembre de 2001.
- Resolución 59/38, de 2 de diciembre de 2004.
- Resolución 60/1, de 16 de septiembre de 2005.
- Resolución 67/1, de 24 de septiembre de 2012.
- Resolución 67/146, de 20 de diciembre de 2012.
- Resolución 70/119, de 14 de diciembre de 2015.

1.2 Consejo de Seguridad

- Resolución 780(1992), de 6 de octubre.
- Resolución 808(1993), de 22 de febrero.
- Resolución 827(1993), de 25 de mayo.
- Resolución 935(1994), de 1 de julio.
- Resolución 955(1994), de 8 de noviembre.
- Resolución 1166(1998), de 13 de mayo.
- Resolución 1244 (1999), de 10 de junio.
- Resolución 1272(1999), de 25 de octubre.
- Resolución 1315(2000), de 14 de agosto.
- Resolución 1329(2000), de 30 de noviembre.
- Resolución 1373(2001), de 28 de septiembre.
- Resolución 1503(2003), de 28 de agosto.
- Resolución 1534(2004), de 26 de marzo.
- Resolución 1664(2006), de 29 de marzo.

- Resolución 1757(2007), de 30 de mayo.
- Resolución 1820(2008), de 19 de junio.
- Resolución 2178(2014), de 24 de septiembre.

1.3 Secretaría General

- *Report of the Secretary General Pursuant to paragraph 2 of the Security Council Resolution 808* (1993), de 3 de mayo de 1993.
- *Carta de fecha 9 de diciembre de 1994 dirigida al Presidente del Consejo de Seguridad por el Secretario General*, de 9 de diciembre de 1994.
- *Nosotros los pueblos: la función de las Naciones Unidas en el siglo XXI*, de 27 de marzo de 2000.
- *Un mundo más seguro: La responsabilidad que compartimos*, Informe del Grupo de Alto Nivel del Secretario-General sobre las amenazas, los desafíos y el cambio, 2004.
- *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*, de 29 de julio de 2010.
- *La responsabilidad de proteger: respuesta oportuna y decisiva*, de 25 de julio de 2012.
- *La aplicación de la responsabilidad de proteger: la rendición de cuentas en materia de prevención*, de 10 de agosto de 2017.

1.4 Comisión de Derecho Internacional

- *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional, Actas resumidas de las sesiones del 36º período de sesiones, vol. I*, 1984.
- *Cuarto informe sobre el proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad, por el Sr. Doudou Thiam, Relator Especial*, de 11 de marzo de 1986.

- *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*, Informe de la Comisión a la AG sobre la labor realizada en su trigésimo octavo período de sesiones, vol. I, Segunda parte, 1986.
- *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*, Informe de la Comisión a la AG sobre la labor realizada en su trigésimo octavo período de sesiones, vol. II, Segunda parte, 1986.
- *Quinto informe sobre el proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad, por el Sr. Doudou Thiam, Relator Especial*, de 17 de marzo de 1987.
- *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*, Informe de la Comisión a la AG sobre la labor realizada en su trigésimo noveno período de sesiones, vol. I, 1987.
- *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*, Informe de la Comisión a la AG sobre la labor realizada en su trigésimo noveno período de sesiones, vol. II, 1987.
- *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*, Informe de la Comisión a la AG sobre la labor realizada en su cuadragésimo tercer período de sesiones, vol. II, Segunda parte, 1991.
- *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*, vol. II, Segunda parte, 1996.
- *Responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos* de 2001, de 28 de enero de 2002.
- *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*, Informe de la Comisión a la AG sobre la labor realizada en su quincuagésimo octavo período de sesiones, vol. I, 2006.
- *Examen de las convenciones multilaterales que pueden resultar pertinentes para la labor de la Comisión de Derecho Internacional sobre el tema “La obligación de extraditar o juzgar (aut dedere aut iudicare)”*, de 18 de julio de 2010.

1.5 Comisión de Derechos Humanos (extinta) y Consejo de Derechos Humanos

- *Informe relativo al derecho de restitución, indemnización y rehabilitación de las víctimas de violaciones manifiestas de los derechos humanos y de las libertades fundamentales*, Comisión de Derechos Humanos, de 26 de julio de 1990.
- *Informe relativo al derecho de restitución, indemnización y rehabilitación a las víctimas de violaciones flagrantes de los derechos humanos y las libertades fundamentales*, Comisión de Derechos Humanos, de 25 de julio de 1991.
- *Informe relativo al derecho de restitución, indemnización y rehabilitación a las víctimas de violaciones flagrantes de los derechos humanos y las libertades fundamentales*, Comisión de Derechos Humanos, de 29 de julio de 1992.
- *Informe relativo al derecho de restitución, indemnización y rehabilitación a las víctimas de violaciones flagrantes de los derechos humanos y las libertades fundamentales*, Comisión de Derechos Humanos, de 2 de julio de 1993.
- *Informe relativo a la cuestión de la impunidad de los autores de violaciones de los derechos humanos (civiles y políticos)*, Comisión de Derechos Humanos, de 2 de octubre de 1997.
- Resolución de la Comisión de DDHH 1998/43, de 8 de febrero.
- Resolución de la Comisión de DDHH, 1999/33, de 18 de enero.
- Resolución de la Comisión de DDHH 2005/35, de 19 de abril.
- Resolución de la Comisión de DDHH 2005/81, de 21 de abril.
- *Elaboración de un instrumento internacional jurídicamente vinculante sobre las empresas transnacionales y otras empresas comerciales en materia de derechos humanos*, Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección de las minorías, Consejo de Derechos Humanos, 25 de junio de 2014.
- *Conjunto de principios actualizado para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad*, de 8 de febrero de 2005.
- *Report of the Working Group of Enforced or Involuntary Disappearances Addendum Mission to Spain*, Doc. A/HRC/27/49/Add.1, 2 July 2014.
- *Report of the Working Group on Enforced or Involuntary Disappearances*, Consejo de Derechos Humanos, Doc. A/HRC/36/39/Add.3, 36ª sesión, 11-29 septiembre 2017, de 7 de septiembre de 2017.

1.6 Otros documentos de Naciones Unidas

- Observación General núm. 13 relativa al artículo 14 del PIDCP, Comité de Derechos Humanos, de 13 de abril de 1984.
- *Declaración y Programa de Acción de Viena*, Conferencia Mundial de Derechos Humanos, de 12 de julio de 1993.
- *Second Annual Report of the International Tribunal for the prosecution of persons responsible for serious violations of international humanitarian law committed in the territory or the former Yugoslavia since 1991*, Naciones Unidas, 23 August 1995.
- “La aplicación interna del Pacto”, Observación General núm. 9, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, de 3 de diciembre de 1998, disponible en <http://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2012/8786.pdf?file=fileadmin/Documentos/BDL/2012/8786>.
- *UN Handbook on Justice for Victims*, United Nations Office for Drug Control and Crime Prevention, 1999.
- *Naturaleza de la obligación jurídica general impuesta a los Estados Partes en el Pacto*, Comité de Derechos Humanos, Observación General núm. 31, de 29 de marzo de 2004.
- *Decisión sobre el asunto Souleymane Guengueng y otros contra el Senegal*, Comité contra la tortura, de 19 de mayo de 2006.
- *Observaciones Finales sobre el quinto informe periódico de España*, Comité de Derechos Humanos, Doc. CCPR/C/ESP/CO/5, de 5 de enero de 2009.
- *Observaciones preliminares del Relator Especial para la promoción de la verdad, la justicia, la reparación y las garantías de no repetición*, de 3 de febrero de 2014.
- *Informe del Relator Especial sobre la Promoción de la verdad, la justicia, la reparación y las garantías de no repetición*, Misión a España, Consejo de Derechos Humanos de la ONU, Doc. A/HRC/27/56/Add.1, de 22 de julio de 2014.
- *Observaciones finales sobre el sexto informe periódico de España*, Comité de Derechos Humanos, Doc. CCPR/C/ESP/CO/6, de 14 de agosto de 2015.

2. Documentos de otras organizaciones internacionales

2.1 Unión Europea

- *Decisión Marco del Consejo de la Unión Europea relativa al estatuto de la víctima en el proceso penal*, de 15 de marzo de 2001.
- Resolución del Parlamento Europeo sobre las Mujeres y el Fundamentalismo, de 25 de octubre de 2001, Documento A5-0365-/2001.
- *Decisión Marco relativa a la orden de detención europea y a los procedimientos de entrega entre Estados miembros*, de 17 de julio de 2002.
- *Informe The AU-EU Expert Report on the Principle of Universal Jurisdiction*, de 16 de abril de 2009.

2.2 Consejo de Europa

- *State of human rights in Europe: the need to eradicate impunity*, Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, de 24 de junio de 2009.
- *Guidelines of the Committee of Ministers of the Council of Europe on eradicating impunity for serious human rights' violation*, de 4 de abril de 2011.

3. Documentos de organizaciones no gubernamentales

- *Report of the International Commission to Inquire the Causes and Conduct of the Balkan Wars*, Carnegie Endowment for International Peace, Washington, 1914.
- *The Pinochet Precedent: How victims can Pursue Human Rights Abroad*, Human Rights Watch, March, 2000, disponible en <https://www.hrw.org/legacy/campaigns/chile98/precedent.htm>.

- *A step by a step approach to the use of universal (criminal) jurisdiction in western European States*, FIDH International Federation for Human Rights, núm. 522, April 2000, disponible en <https://www.fidh.org/IMG/pdf/ComUniv522a2009.pdf>.
- *Informe del Equipo Nizkor sobre el proceso de adecuación de la legislación española al Estatuto de la Corte Penal Internacional*, de 5 de junio de 2000.
- *Universal Jurisdiction: The duty of states to enact and implement legislation*, Chapter one (definitions), Amnesty International, 2001.
- *Universal Jurisdiction: The duty of states to enact and implement legislation*, Chapter Two (The history of universal jurisdiction), Amnesty International, 2001.
- *Belgium: Universal Jurisdiction law repealed*, Human Rights Watch, de 1 de enero de 2003.
- “España. Ejercer la jurisdicción universal para acabar con la impunidad”, Serie *Estrechando el Cerco*, núm. 2, Amnistía Internacional, EUR41/017/2008, Amnesty International Publications, Reino Unido, 2008.
- *Los derechos de las víctimas ante la Corte Penal Internacional. Manual para Víctimas, sus representantes legales y ONG*, FIDH, 2007.
- *Día de luto por la justicia universal*, Comunicado Conjunto de Amnistía Internacional y otras 7 organizaciones, Amnistía Internacional, 25 de junio de 2009, disponible en <https://www.nodo50.org/csca/agenda09/misc/pdf/Amnesty.pdf>.
- *Universal Jurisdiction. A preliminary survey of legislation around the world – 2012 update*, Amnesty International, 2012.
- *Resumen ejecutivo*, Amnistía Internacional, 2013.
- *Análisis de Amnistía Internacional sobre la reforma de la jurisdicción universal en España tras la aprobación de la LO 1/2014*, Amnistía Internacional, Madrid, 2014.
- *Principios generales del derecho penal internacional*, Documento de trabajo del Comité Internacional de Cruz Roja, 2014.
- *Principios de Madrid – Buenos Aires de Jurisdicción Universal*, FIBGAR, 2015.
- *Contribución de España sobre el tema del “Alcance y aplicación del principio de jurisdicción universal”*, de 22 de febrero de 2016, Madrid.