

Bogotá, Colombia - Volumen 3
Páginas 1 - 178 – ISSN: 2346-3120
Doi: dx.doi.org/10.12804/anidip

ANIDIP

ANUARIO IBEROAMERICANO DE DERECHO INTERNACIONAL PENAL

Iberoamerican Yearbook of International Criminal Law
Annuaire Iberoaméricain de Droit International Pénal
Anuário Iberoamericano de Direito Internacional Penal





ANUARIO IBEROAMERICANO DE DERECHO INTERNACIONAL PENAL, ANIDIP

Iberoamerican Yearbook of International Criminal Law
Annuaire Iberoaméricain de Droit International Pénal
Anuário Iberoamericano de Direito Internacional Penal

ISSN: 2346-3120

Doi: dx.doi.org/10.12804/anidip

DIRECTOR

Héctor Olasolo Alonso (España)
Profesor titular de carrera, Universidad del Rosario (Colombia)
Presidente, Instituto Iberoamericano de La Haya (Holanda)

EDITORA

Andrea Mateus Rugeles (Colombia)
Profesora de carrera, Universidad del Rosario (Colombia)

SECRETARÍA

Diana Contreras (México)
Investigadora, University College de Utrecht (Holanda)

Lizeth Carolina Correa Campos (Colombia)
Pasante, Instituto Iberoamericano de La Haya (Holanda)

Lina María Aristizábal (Colombia)
Pasante, Instituto Iberoamericano de La Haya (Holanda)

Las opiniones de los artículos solo comprometen a los autores y en ningún caso al Comité Editorial o a la Universidad del Rosario. Se prohíbe la reproducción total o parcial de los artículos incluidos en esta revista, salvo autorización previa de los autores.
Visítenos en la página: <http://revistas.urosario.edu.co/index.php/anidip>

COMITÉ EDITORIAL

Claudia Cárdenas Aravena (Chile)

Profesora asociada, Universidad de Chile

Alfredo Chirino Sánchez (Costa Rica)

Catedrático, Universidad de Costa Rica

Heloisa Estellita (Brasil)

Profesora titular, Fundação Getúlio Vargas (FGV) (Brasil)

Emmanuela Fronza (Italia)

Profesora titular, Universidad de Trento (Italia)

Pablo Galaín Palermo (Uruguay)

Director, Observatorio Latino-Americano en Política Penal y Reforma (Uruguay)

Alejandro Kiss (Argentina)

Letrado de Sala, Corte Penal Internacional (Holanda)

Natalia M. Luterstein (Argentina)

Profesora adjunta, Universidad de Buenos Aires (Argentina)

Jaime Martínez (El Salvador)

Fundador del Centro de Estudios Penales de El Salvador

Juan Ramón Martínez (Colombia)

Profesor de carrera, Universidad del Rosario (Colombia)

Juan Luis Modolell González (Venezuela)

Profesor titular, Universidad Andrés Burtado (Chile)

Carmen Quesada (España)

Profesora titular, UNED (España)

Santiago Ripoll (España)

Catedrático, Universidad Pompeu Fabra (Barcelona)

Mauricio Vanegas (Colombia)

Profesor titular, Universidad del Rosario (Colombia)

COMITÉ CIENTÍFICO

Ariel Dulitzky (Argentina-Estados Unidos)

Director del Programa Clínico de la Universidad de Texas (Estados Unidos)

Miembro del Comité de Naciones Unidas para Desapariciones Forzadas

Gabriele Fornasari (Italia)

Catedrático, Universidad de Trento (Italia)

Sergio García Ramírez (México)

Investigador honorario, UNAM (México)
Expresidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (2007-2010)

Klaus Kress (Alemania)

Catedrático y director del Instituto para la Paz y Seguridad, Universidad de Colonia (Alemania)

Francisco Muñoz Conde (España)

Catedrático, Universidad Pablo de Olavide (España)

Antonio Cezar Peluso (Brasil)

Expresidente de la Corte Suprema de Brasil
Catedrático, Pontificia Universidad Católica de São Paulo (Brasil)

Carsten Stahn (Alemania)

Catedrático y director del Centro Grotius sobre Estudios Jurídicos Internacionales, Universidad de Leiden (Holanda)

John Vervaele (Holanda)

Catedrático, Universidad de Utrecht (Holanda)
Vicepresidente de la Asociación Internacional de Derecho Penal

COMITÉ HONORARIO

René Blattmann (Bolivia)

Magistrado (2003-2012) y vicepresidente (2006-2009) de la Corte Penal Internacional

Elizabeth Odio Benito (Costa Rica)

Magistrada (2003-2012) y vicepresidenta (2003-2006) de la Corte Penal Internacional
Magistrada (1993-1998) y vicepresidenta (1993-1995) del Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia (TPIY)

Sylvia Steiner (Brasil)

Magistrada (2003-2015) y presidenta de la División de Cuestiones Preliminares (2008-2011) de la Corte Penal Internacional

Universidad del Rosario

Rector

José Manuel Restrepo

Vicerrectora

Stephanie Lavaux

Síndico

Miguel Francisco Diego Arbélaez

Secretaría general

Catalina Lleras Figueroa

Decano Facultad de Jurisprudencia

Juan Carlos Forero

Preparación editorial

Claudia Luque Molano

Editorial Universidad del Rosario

Corrección de estilo

Gabriela de la Parra M.

Diagramación

Fredy Johan Espitia B.

Correspondencia

Calle 14 N° 6-25 edificio Cabal of. 202

Facultad de Jurisprudencia

Universidad del Rosario

Bogotá, Colombia

info@iberoamericaninstituteofthehague.org

Tirant lo Blanch

Director

Salvador Vives López

Instituto Iberoamericano de La Haya (IIH)

Presidente del Instituto Iberoamericano de La Haya
Héctor Olasolo Alonso

Secretaría

Romina Catera

Contenido

Editorial	6
------------------------	----------

Héctor Olasolo Alonso

SECCIÓN DE INVESTIGACIÓN

Ley Orgánica 1/2014, de 13 de marzo: Ley de punto final del principio de justicia universal en España	10
--	-----------

Ana Isabel Pérez Cepeda

Crónica de una muerte anunciada: la jurisdicción de los tribunales españoles sobre crímenes internacionales antes y después de la Ley Orgánica 1/2014 relativa a la justicia universal	41
---	-----------

Enrique Carnero Rojo

SECCIÓN DE ENSAYOS DE INVESTIGACIÓN

Seleccionados en la III Edición del Certamen de Ensayos Blattmann, Odio Benito y Steiner sobre Justicia Internacional Penal

Os grupos protegidos pela Convenção do Genocídio: perspectivas e desafios interpretativos*	79
---	-----------

Fernando Geraldo Leão Simões

La fragilidad de una jurisdicción universal complementaria de la justicia internacional penal: el reciente paradigma español.....	99
--	-----------

Carmen Vallejo Peña

El “margen protector” de la Corte Penal Internacional	124
--	------------

Ana Elena Abello Jiménez

* Ensayo ganador de la III Edición del Certamen de Ensayos Blattmann, Odio Benito y Steiner sobre Justicia Penal Internacional.

SECCIÓN DE REPORTE DE JURISPRUDENCIA

Esta sección ha sido realizada con el acompañamiento
de la profesora Andrea Mateus Rugeles

CORTE PENAL INTERNACIONAL

- A. Observaciones sobre la situación en la República Democrática del Congo, Caso de la Fiscalía c. Thomas Lubanga Dyilo, Sentencia sobre la apelación de la Fiscalía y Thomas Lubanga Dyilo frente a la decisión relativa a la pena, de conformidad con el Artículo 76 del Estatuto de Roma, de 1 de diciembre de 2014. 145**

Steffany Serebrenik Beltrán

- B. Situación en Libia, Caso de la Fiscalía c. Saif Al Islam Gaddafi y Abdullah Al-Senussi Análisis de la decisión sobre la apelación de Abdullah Al-Senussi frente a la decisión de la Sala de Cuestiones Preliminares I, del 11 de octubre de 2013, denominada “Decisión sobre la admisibilidad del caso en contra de Abdullah Al-Senussi” 149**

Paula Viviana Fierro Barreto

SECCIÓN DE REPORTE DE DOCTRINA

Reseñas bibliográficas

- Reseña del libro: CÁRDENAS ARAVENA, Claudia y FERNÁNDEZ NEIRA, Karinna (eds.), *La Corte Penal Internacional y sus primeros 10 años, un enfoque práctico*, Legal Publishing, Santiago de Chile, 2013, ISBN: 978-956-346-387-3, 642 p..... 153**

Dalila B. Seoane

- Listado de jurados nacionales e internacionales: III Edición del Certamen de Ensayos Blattmann, Odio Benito y Steiner 159**

- Normas para la publicación en el *Anuario Iberoamericano de Derecho Internacional Penal (ANIDIP)*..... 167**

Editorial

Tras un nuevo año de intenso trabajo, tengo la satisfacción de presentar el volumen 3 del ANIDIP, que continúa con el proyecto iniciado hace dos años para la promoción de la investigación, desde los distintos aspectos de las Humanidades y las Ciencias Sociales, sobre la justicia internacional penal en lengua española y portuguesa. El lector observará que la estructura de este tercer volumen no ha variado con respecto a los dos primeros, pues presenta una sección de “artículos de investigación”, elaborados por candidatos al doctorado, profesores universitarios y profesionales con diez años de experiencia profesional, una sección de “ensayos de investigación”, seleccionados por el jurado internacional de la III edición del Certamen Blattmann, Odio Benito y Steiner y los reportes de jurisprudencia y doctrina del año 2014.

Si en 2013 la sección de artículos de investigación del ANIDIP se dedicó a trabajos sobre temas nucleares del Derecho Internacional Penal, como el principio *nullum crime sine iure* o el sistema de cooperación de los Estados con los tribunales internacionales penales y en 2014 se abordaron cuestiones de gran trascendencia y actualidad que amplían el horizonte tradicional de la justicia internacional penal como el derecho humano a la paz, la memoria histórica y la justicia de transición, en el presente volumen dicha sección se enfoca al principio de justicia universal, en tanto institución nacida de los Convenios de Ginebra de 1949 para terminar con la impunidad generalizada de los responsables de sus graves violaciones, y así promover su efectiva investigación y sanción.

Los trabajos escogidos analizan, en particular, las continuas restricciones legislativas sufridas en España por el principio de justicia universal, desde que en 2005 el Tribunal Constitucional español afirmara su alcance y extensión, que han culminado con su virtual eliminación en la Ley Orgánica 1/2014. Se trata de una manifestación más del actuar impúdico del poder político, cuando las interpretaciones de las máximas instancias judiciales no permiten la satisfacción inmediata de sus pretensiones.

Este proceso histórico es descrito con precisión y abundancia de fuentes por Enrique Carnero Rojo, letrado de la Corte Penal Internacional, mientras la profesora Ana Pérez Cepeda, catedrática de la Universidad de Salamanca, profundiza en su

significación para una justicia como la española que, en una época todavía cercana, desempeñó un papel fundamental para poner fin a la impunidad de ciertos dirigentes internacionales que confundieron la responsabilidad de gobernar con la utilización de las instituciones estatales para atacar con violencia a algunos sectores de su población.

Como nos reflejan ambos autores, en el camino recorrido por el legislativo español, otros principios que atribuían jurisdicción sobre crímenes internacionales a los tribunales españoles han sido afectados, hasta el punto de que los ciudadanos españoles se han visto privados de la protección que les brindaba la jurisdicción española en caso de ser víctimas de crímenes de lesa humanidad fuera del territorio nacional. Al ser consciente de que algún día pudiera encontrarse en una situación como la mencionada, a quien escribe le causa perplejidad la manera en que el legislativo español se ha desentendido de su hipotético destino.

Los ensayos de investigación seleccionados por el jurado internacional de la III Edición del Certamen de Ensayos Blattmann, Odio Benito y Steiner para su publicación en el presente volumen del ANIDIP han sido tres. En primer lugar, se encuentra el excelente trabajo de Fernando Geraldo Leão Simões sobre la definición de los grupos protegidos en el delito de genocidio; como ganador del mencionado Certamen de ensayos, lo defendió con brillantez en la sesión inaugural del II Seminario de Pensamiento Iberoamericano sobre la Justicia Internacional que tuvo lugar el pasado mes de junio en La Haya.

En segundo lugar, se recoge el ensayo de Carmen Vallejo Peña sobre las implicaciones internacionales que presenta el proceso de derogación del principio de justicia universal en España. La autora hace un análisis complementario del trabajo histórico de Enrique Carnero y del estudio de sus consecuencias internas por la profesora Ana Pérez Cepeda, para terminar subrayando la fragilidad de dicho principio a pesar de ser un instrumento central en el modelo descentralizado de justicia internacional penal.

La sección “ensayos de investigación” finaliza con el ensayo de Ana Elena Abello Jiménez sobre la jurisdicción de la Corte Penal Internacional en relación con los crímenes de lesa humanidad y de guerra, cometidos por las Fuerzas Armadas israelíes en el territorio de Gaza durante la reciente operación “margen protector”. Con este trabajo se cierra un volumen que, en última instancia, nos deja planteada la siguiente cuestión: si los Estados territoriales y de nacionalidad activa siguen fomentando la impunidad frente a los crímenes internacionales y el principio de justicia universal ha entrado en una crisis profunda, ¿cuán efectivo puede resultar el modelo centralizado de justicia internacional penal encarnado por la Corte Penal

Internacional ante la cotidianidad con que numerosos dirigentes incurren, desde dentro y fuera del Estado, en crímenes de lesa humanidad y de guerra?

En el reporte de jurisprudencia elaborado por Steffany Serebrenik Beltrán y Paula Viviana Fierro Barreto, con el acompañamiento de la profesora Andrea Mateus Rugeles, se han incluido dos decisiones de la Sala de Apelaciones de la Corte Penal Internacional sobre cuestiones de gran relevancia. La decisión de 24 de junio de 2014 interpreta los criterios de falta de disposición y capacidad en relación con las actuaciones de la jurisdicción libia frente a Abdullah Al-Senussi, para concluir, a diferencia de lo ocurrido en el asunto frente a Said Al-Islam Gaddafi, que el caso no es admisible ante la Corte Penal Internacional. Por su parte, la decisión de 1 de diciembre de 2014 confirma la pena impuesta en primera instancia a Thomas Lubanga Dyilo y desarrolla, en particular, el concepto de proporcionalidad entre la pena impuesta y la gravedad del crimen objeto de la condena, así como las condiciones bajo las cuales el abuso del poder puede constituir una circunstancia agravante.

Por último, en el reporte de doctrina, la profesora de la Universidad de Buenos Aires, Dalila Seoane, comenta la obra *La Corte Penal Internacional y sus primeros 10 años, un enfoque práctico*, coordinada por las profesoras de la Universidad de Chile, Claudia Cárdenas Aravena y Karinna Fernández Neira, que presenta un estudio pormenorizado de las cuestiones más relevantes con las que se ha enfrentado la Corte Penal Internacional durante sus primeros diez años de actuación.

Para concluir, quiero agradecer a la Casa Editorial de la Universidad del Rosario, a la editorial Tirant lo Blanch y al Instituto Iberoamericano de La Haya para la Paz, los Derechos Humanos y la Justicia Internacional (IIH), por la confianza que desde sus inicios han depositado en este proyecto. Asimismo, quiero dar las gracias a todos aquellos que han hecho posible que hoy salga a la luz este tercer volumen del ANIDIP, en especial a la profesora Andrea Mateus Rugeles y a las pasantes del Instituto Iberoamericano de la Haya, Lizeth Carolina Correa Campos y Lina María Aristizábal.

Llegados a este punto, me permito invitar al lector para que, con ese espíritu crítico que le caracteriza, se adentre en las páginas de este nuevo volumen del ANIDIP que con tanta ilusión hemos preparado a lo largo de este último año.

En Bogotá, a 25 de abril de 2015,

Héctor Olasolo Alonso
Director ANIDIP

SECCIÓN DE INVESTIGACIÓN

Ley Orgánica 1/2014, de 13 de marzo: Ley de punto final del principio de justicia universal en España

Ana Isabel Pérez Cepeda

Crónica de una muerte anunciada: la jurisdicción de los tribunales españoles sobre crímenes internacionales antes y después de la Ley Orgánica 1/2014 relativa a la justicia universal

Enrique Camero Rojo

Ley Orgánica 1/2014, de 13 de marzo: Ley de punto final del principio de justicia universal en España

Organic Law 1/2014 , of March 13: Endpoint Law of the Principle of Universal Justice in Spain

Lei orgânica 1/2014, de 13 de março: lei de ponto final do princípio de justiça universal na Espanha

Ana Isabel Pérez Cepeda*

Fecha de recepción: 9 de septiembre de 2014.

Fecha de aprobación: 4 de marzo de 2015.

Doi:

Para citar este artículo: PÉREZ CEPEDA, A. I., "Ley Orgánica 1/2014, de 13 de marzo: Ley de punto final del principio de justicia universal en España", *Anuario Iberoamericano de Derecho Internacional Penal*, Anidip, vol. 3, 2015, pp. 10-40.

doi:

Resumen

El presente artículo analiza el alcance de la reforma 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 en España. Para ello, se aborda el fundamento del principio de justicia universal y su evolución legislativa en este país. Más adelante, se examina el contenido y los límites positivos y negativos jurisdiccionales, que conlleva la entrada en vigor de esta Ley. Por último, se estudia su posible inconstitucionalidad.

Palabras clave: principio de justicia universal, LO 1/2014 de 13 de marzo, delitos internacionales, inconstitucionalidad, *aut dedere aut iudicare*.

Abstract

This article discusses the scope of the reform of the Organic Law 1/2014, of 13 March, amending the Law 6/1985 of 1 July on the Judiciary, concerning the universal justice in Spain. To this end, initially it addresses the foundation of the principle of universal justice and its legislative developments in this country. Later in this article, the entry

* Catedrática acreditada. Profesora Titular de Derecho Penal, Universidad de Salamanca. Este artículo se realiza en el marco del proyecto de investigación "Política criminal ante el reto de la delincuencia transnacional", Ministerio de Economía y Competitividad (Referencia DER2012-31368).

into force of this Act, including its content, positive and negative jurisdictional limits are examined. Finally, a study on the possible unconstitutionality is performed.

Keywords: principle of universal justice, OL 1/2014, of 13 March, international crimes, unconstitutionality, *aut dedere aut iudicare*.

Resumo

O presente artigo analisa o alcance da reforma da Lei Orgânica 1/2014, de 13 de março, de modificação da Lei Orgânica 6/1985, de 1 de julho, do Poder Judicial, relativa à justiça universal na Espanha. Para isto, aborda-se inicialmente o fundamento do princípio de justiça universal e sua evolução legislativa neste país. Posteriormente, examina-se o conteúdo, limites positivos e negativos jurisdicionais, que implica a entrada em vigor desta Lei. Finalmente, realiza-se um estudo sobre a sua possível inconstitucionalidade.

Palavras-chave: Princípio de justiça universal, LO 1/2014, de 13 de março, delitos internacionais, inconstitucionalidade, *aut dedere aut iudicare*.

I. Introducción

El ideal de una justicia universal, sin límites en el tiempo (pasado o futuro) ni en el espacio, trasciende la dimensión interestatal, al salvaguardar valores fundamentales compartidos por la comunidad internacional como un todo a lo largo de las últimas décadas. La jurisdicción universal se ha revelado como instrumento eficaz para que la respuesta judicial frente a los crímenes internacionales sea más satisfactoria. Desde los precursores del Derecho Internacional, como Francisco de Vitoria cuando afirmaba que “ninguna nación puede creerse menos obligada al Derecho de Gentes, porque está dado con la autoridad de todo el orbe”,¹ las concepciones iusnaturalistas de los teólogos y juristas españoles de los siglos XVI y XVII, Diego Covarrubias y Francisco Suárez y Hugo Grocio hasta la actualidad, han plasmado una serie de obligaciones y de aspiraciones cuya última expresión ha sido la Propuesta de Madrid para la discusión de la jurisdicción universal. Este documento pone de manifiesto que:

[...] la comunidad internacional ha conseguido consolidar la idea de que hay crímenes que por su naturaleza y especial gravedad dejan de incumbir a un Estado soberano en particular, para pasar a afectar a la comunidad internacional en su conjunto, siendo responsabilidad

1 DE VITORIA, F., “Sobre el poder civil, Primera parte, Primera conclusión, Tercer corolario”, en L. FRAYLE DELGADO (trad.), *Sobre el poder civil. Sobre los indios. Sobre el derecho de la guerra*, Tecnos, Madrid, 2007, p. 51.

de todos y cada uno de los Estados la identificación y la persecución de los mismos con el fin de evitar la impunidad de los perpetradores.²

El Derecho Penal Internacional ha tenido un gran desarrollo desde la constitución de los Tribunales de Núremberg y Tokio, que ha continuado con la creación de los tribunales penales internacionales *ad hoc* y la Corte Penal Internacional. Sobre todo esta última constituye un paso decisivo en la lucha contra la impunidad de los crímenes indicados en el Artículo 5 de su Estatuto y su jurisdicción tiene una vocación de universalidad. Sin embargo, en la medida en que tiene una serie de límites personales, temporales y territoriales, surge la necesidad de mantener el principio de justicia universal. No puede obviarse que el propio Estatuto de Roma reconoce la complementariedad positiva de las jurisdicciones penales nacionales, a la vez que insiste en el deber de todos los Estados, incluidos los que no son parte en dicho Estatuto, de ejercer su jurisdicción penal contra los responsables de dichos crímenes. Asimismo, es deber del resto de Estados reconocer la jurisdicción nacional ejercida a título universal.

El Derecho Internacional vigente obliga a todos los Estados a perseguir, por su especial gravedad, ciertos crímenes internacionales en cualquier lugar donde se produzcan y con independencia de la nacionalidad de los agresores y de sus víctimas, porque las conductas graves que trascienden a las víctimas ofenden a toda la humanidad y ponen en peligro los principios generales de civilización consagrados por las normas protectoras de los derechos humanos fundamentales. Los Estados se comprometen a ejercer la jurisdicción de manera coordinada y brindar así una protección más efectiva a los derechos humanos mediante el principio de justicia universal. Este último forma parte del sistema de justicia internacional que defiende los intereses y valores de la comunidad en su conjunto, más allá de los estatales o particulares y posibilita que estos crímenes internacionales no queden impunes.

Así, el principio de justicia universal se convierte en una conquista irrenunciable de toda sociedad democrática y un avance decisivo en la defensa de los derechos humanos universales, reconocidos en una sociedad global, para contribuir a la consolidación de un mundo más civilizado y regido por el Derecho. El fin principal es hacer más estrecho el margen de la impunidad y más amplia la protección de las víctimas, para una protección integral de la humanidad y de la sociedad en su conjunto frente a las grandes agresiones económicas, financieras y ambientales de las que es víctima.³

2 PROPUESTA PRINCIPIOS JURISDICCIÓN UNIVERSAL, "Principios", Disponible en <<http://principiosju.wordpress.com/principios/>> [Consulta: 08.08.2014]

3 Ibid.

Hasta la entrada en vigor de la última reforma la regulación del principio de jurisdicción universal en la legislación española ha cumplido con las exigencias de los tratados internacionales de los que España forma parte, ha permitido la persecución de los más graves ataques contra los derechos humanos, en particular, en aquellos casos en los que su persecución efectiva en el país donde se habían ejecutado era inexistente o improbable, al tratarse en su mayoría de crímenes de Estado y ha posibilitado exigir la responsabilidad penal individual de sus autores. Además, también se ha evitado el riesgo de que sus autores pudieran desplazarse impunemente por el mundo o incluso que se refugiaran en España. Todo ello ha engrandecido la calidad democrática de nuestro sistema judicial y ha evidenciado el compromiso colectivo con la defensa de los derechos humanos. Sin embargo, esta tarea pretende paralizarse con la entrada en vigor 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. A partir del estudio del fundamento del principio de justicia universal, en este artículo se trata de analizar la reforma recién aprobada en España y delimitar los requisitos y el ámbito de aplicación actualmente de la jurisdicción universal en este país. De esta forma, se pretende desvelar las repercusiones perniciosas que dicha reforma tendrá en la aplicación del principio y en la protección de los derechos humanos.

II. FUNDAMENTO

A la hora de tratar de delimitar el fundamento que legitima el ejercicio de justicia universal se pueden identificar cinco posiciones para trascender el concepto de soberanía:

A. La naturaleza del delito

El principio de justicia universal encuentra su fundamento en la consideración de determinados crímenes (genocidio, crímenes contra la humanidad, crímenes de guerra, tortura y desaparición) como violaciones del derecho natural que rige la sociedad universal y define que la obligación de castigar ante la ofensa a la humanidad es universal. El consenso de la comunidad internacional es muy claro respecto a estos crímenes; por tanto, es deber de todo Estado investigar y perseguir a sus responsables. Los delitos sometidos a la jurisdicción universal se dirigen contra intereses vitales de la comunidad internacional y, en consecuencia, contra el orden jurídico internacional. Se refiere a una visión universalista que reconoce ciertos valores centrales y la existencia de intereses internacionales dominantes que son compartidos y aceptados por la comunidad internacional, por lo que trascienden la singularidad de los intereses nacionales. Fue Cesare Beccaria, en 1764, en su libro *Del delitti e delle pene*, quien se expresó en el sentido de que existe una comunidad de Naciones

que tienen valores comunes que los miembros de la comunidad internacional se encuentran obligados a preservar, tanto en forma colectiva como individual.⁴

Los Estados han venido reconociendo un bloque de valores o intereses pertenecientes a un orden público supranacional, en cuya conservación están interesados y, por tanto, comprometidos.⁵ Los delitos son prohibidos por el Derecho Penal Internacional y se establece una responsabilidad penal individual. En la actualidad, el número de crímenes que pertenecen a esta categoría se limita. Según el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, solo los crímenes de guerra, crímenes de agresión, crímenes de lesa humanidad y el genocidio pertenecen a ella. Respecto a estos delitos, algunos Estados se declaran competentes para perseguir aquellos cometidos fuera de sus fronteras y con independencia de la nacionalidad de sus autores o sus víctimas.

El reconocimiento explícito o implícito de la teoría de la jurisdicción universal en el Derecho Internacional convencional se ha limitado a ciertos crímenes internacionales, algunos de los cuales son parte del *ius cogens* debido a su naturaleza horrenda y a su impacto negativo en la paz y la seguridad.⁶ Se trata de una obligación inderogable impuesta sobre todos los Estados como una consecuencia del carácter *ius cogens* de determinados crímenes, el cual incorpora valores fundamentales para la comunidad internacional, que se imponen al consentimiento de los Estados que en el Derecho Internacional condiciona la validez de las normas. De ahí que el *ius cogens* no pueda ser derogado, salvo por normas que tengan el mismo carácter, reconocidas como tales por la comunidad internacional en su conjunto. El Derecho imperativo, configurado con estas características, siempre origina una

4 Vid. más ampliamente, BASSIOUNI, CH., “Jurisdicción universal para crímenes internacionales: perspectivas históricas y práctica contemporánea”, en J. ZALAQUETT, et al., *18 ensayos justicia transicional, Estado de Derecho y democracia*, Universidad de Chile, Chile, 2005, pp. 1 y ss.

5 GARCÍA ARÁN, M., “El principio de justicia universal en la L. O. del Poder Judicial español”, en M. GARCÍA ARÁN y D. LÓPEZ GARRIDO (coords.), *Op. cit.*, pp. 63-88.

6 A veces, por medio del reconocimiento del principio de justicia universal, los convenios internacionales imponen la obligación de enjuiciar y castigar a quienes han cometido crímenes internacionales. *Vid.* Convención suplementaria sobre la abolición de la esclavitud, la trata de esclavos y las instituciones y prácticas análogas a la esclavitud, 4 de septiembre de 1956, 266 UNTS 3; Convención internacional sobre la represión y el castigo del crimen de *apartheid*, adoptada el 30 de noviembre de 1973, 1015 UNTS 244; Convenio para la represión del apoderamiento ilícito de aeronaves, abierto a la firma el 16 de diciembre de 1970, 10 ILM 133; Convenio para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de la aviación civil, abierto a la firma el 23 de septiembre de 1971, 10 ILM 1151; Convención internacional contra la toma de rehenes, adoptada el 12 de diciembre de 1979, Res. AG 34/146, UN GAOR, 34º período de sesiones, Sup. N.º 99, UN Doc. A/34/819, 18 ILM 1456 (1979); convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, adoptada el 10 de diciembre de 1984, S. Treaty Doc. N. 100-20, 1465 UNTS 85, Convenio internacional para la represión de los atentados terroristas cometidos con bombas, U.N. Doc. A/RES/52/164, 9 January 1998; Convención sobre la protección física de los materiales nucleares, en 1456 U.N.T.S., No. I-24.631; Convenio de Ginebra de 20 de abril de 1929 para la represión de la falsificación de moneda.

obligación *erga omnes*⁷ vinculante aun para aquellos Estados que rechazan reconocer dicha obligación originada en el Derecho Internacional consuetudinario y en los principios generales del Derecho, que han servido de base para la elevación de ciertos crímenes internacionales a la categoría de *ius cogens*.

A este fundamento principal de obligatoriedad se deben añadir otros dos para alegar el carácter de *ius cogens* de la norma internacional. En primer lugar, que la norma esté admitida por los Estados de la comunidad internacional y, en segundo término, que el Derecho Internacional convencional debe obedecer, bajo sanción de nulidad del tratado, a las normas imperativas de Derecho Internacional general —*ius cogens*—, como lo determina el Artículo 53 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.⁸ Mas una norma que se constituye como norma imperativa de Derecho Internacional público no implica su ejecución automática por medio de un procedimiento penal por parte de los tribunales de cualquier Estado, sino la búsqueda de la competencia de dictar sentencia sobre cierto tipo de hechos fuera de los límites territoriales que debe fundamentarse tanto en los tratados mencionados como en la *ratio* —a falta de una disposición expresa— por la cual se produzca la clasificación de cierto tipo de acto como *ius cogens* en un caso determinado.

El hecho de que el Derecho Penal Internacional convencional y consuetudinario se sobreponga con respecto a ciertos crímenes motiva que sea útil examinar si la relación entre jurisdicción universal y crímenes internacionales *ius cogens* se origina en conformidad con alguna de las fuentes del Derecho Penal Internacional. Así, se llega a la conclusión de que varias convenciones de Derecho Penal Internacional que se aplican a crímenes que han sido catalogados como *ius cogens* contienen una disposición acerca de la jurisdicción universal. Estos crímenes internacionales *ius*

7 En opinión del TIJ, como señala 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” en *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, Núm. 4, 2002, pp. 1-14. En el asunto *Barcelona Traction*, este tipo de obligaciones *erga omnes* se caracteriza porque se contraen ante toda la comunidad internacional e incorporan valores esenciales para la comunidad internacional (protegen derechos esenciales), siendo este rasgo el que justifica que todos los Estados tengan un interés jurídico en su cumplimiento. De manera que la expresión “frente a todos” se traduce por “frente a toda la comunidad internacional”. Esto parecería descartar a las obligaciones contraídas solo en relación con algunos Estados, es decir a las obligaciones que tienen única y exclusivamente una naturaleza convencional. Sin embargo, lo cierto es que el TIJ en su pronunciamiento introdujo un elemento generador de confusión, al distinguir un doble origen de las obligaciones *erga omnes* y sostener que algunas de ellas habían quedado incorporadas al Derecho Internacional general, mientras que otras se proclamaban en tratados internacionales de carácter universal o cuasi-universal.

8 El referido concepto recoge una definición de *ius cogens* o derecho imperativo; lo cierto es que es una definición incompleta que se centra en las consecuencias derivadas del carácter imperativo de una norma en los supuestos de colisión con una norma internacional convencional. Este carácter obligatorio impide que las normas de Derecho interno de los Estados parte de un convenio se esgriman para justificar el incumplimiento de ese tratado.

cogens son: piratería, esclavitud y prácticas relacionadas con la esclavitud, crímenes de guerra, crímenes contra la humanidad, genocidio, *apartheid* y tortura.⁹

B. El ejercicio de la jurisdicción universal se basa en la existencia de obligaciones internacionales que vinculan al Estado

La *ratio* jurídica que respalda a la jurisdicción universal es el cumplimiento de las obligaciones internacionales asumidas por el Estado;¹⁰ por ello, se ha llegado a afirmar que la auténtica fundamentación del principio de justicia universal es la existencia de acuerdos internacionales¹¹ que proporcionan legitimidad material a la competencia para que esta resulte reconocida por otros. Además, el Derecho Internacional convencional es la mejor fuente del Derecho Penal Internacional sustantivo, en tanto es más apto para satisfacer el principio de legalidad *nullum crimen sine lege, nulla poena sine lege*. Esto 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.

En el ámbito del Derecho Internacional se interpreta que la declaración por los Convenios de delitos internacionales conlleva la atribución de competencia universal, al menos de forma facultativa.¹² Cuando estos tratados como el de la tortura o el del genocidio establecen criterios que atribuyen la competencia a ciertos Estados, no se excluye la competencia del resto de los Estados, sino que se imponen jurisdicciones obligatorias o preferentes y directamente aplicables por los Estados parte. Ello se confirma en la previsión de muchos de los tratados que regulan estas conductas que afectan a bienes de interés universal en el sentido de no excluir alguna jurisdicción ejercida conforme a las leyes nacionales. El objetivo es posibilitar

9 Vid. BASSIOUNI, C., Op. cit., pp. 1 y ss.

10 En este sentido, se ha pronunciado la Unión Progresista de Fiscales (escrito de 28 de abril de 1996).

11 En el marco convencional destacan: el Artículo 6 del Convenio para la prevención y sanción del crimen de genocidio de 1948; Artículos 49, 50, 129, 146, de los respectivos Convenios de Ginebra de 1949; Artículo 6 de la Convención internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial, de 1966; Artículo 5 de la Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes de 1984; Artículo 5 del Convenio sobre la represión de actos ilícitos contra la seguridad en la aviación civil de Montreal de 1971 y Artículo 3 de su protocolo de 1988; Artículo 6 del Convenio sobre la represión de actos ilícitos contra la seguridad marítima de Roma de 1988 y Artículo 3 de su Protocolo sobre plataformas situadas en la plataforma continental; Artículo 5 de la Convención sobre la represión y el castigo del crimen de *apartheid* de 1973; Artículo 5 de la Convención internacional contra la toma de rehenes de Nueva York de 1979; Artículo 6 del Convenio internacional para la represión de los atentados terroristas cometidos con bombas; Artículo 7 del Convenio Internacional para la represión de la financiación del terrorismo de 1999; Artículo 4 del 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 2000; apartado 2.e de la Resolución 1373 (2001) del Consejo de Seguridad.

12 GARCÍA SÁNCHEZ, B., "El principio de justicia universal en el ordenamiento interno e internacional", en *Revista de Derecho penal y criminología*, Núm. 2, 2004, pp. 266 y ss.

a cada una de las soberanías, así como también a los órganos internacionales, la facultad de dar cumplimiento.¹³

En esta línea, conviene destacar que el Estatuto de Roma señala en su Preámbulo que los graves crímenes de trascendencia para la comunidad internacional “no deben quedar sin castigo y que, a tal fin, hay que adoptar medidas en el plano nacional e intensificar la cooperación internacional para asegurar que sean efectivamente sometidos a la acción de la justicia”. El Estatuto añade más adelante que “es deber de todo Estado ejercer su jurisdicción penal contra los responsables de crímenes internacionales”, sin hacer distinción del lugar del hecho ni respecto de la nacionalidad de los autores ni de las víctimas.¹⁴ Asimismo, las Convenciones de Ginebra disponen que los crímenes calificados como infracciones graves deben ser perseguidos sobre la base del principio de jurisdicción universal, cualquiera que sea la nacionalidad del autor (Convención I, Artículo 49; Convención II, Artículo 50; Convención III, Artículo 129; Convención IV, Artículo 146).¹⁵

Por otra parte, señala que en algunos de ellos se impone el principio de justicia universal, pero de forma subsidiaria, bajo la fórmula *aut dedere aut iudicare*.¹⁶ Si no es posible que cada Estado juzgue, es decir, someta a proceso, surge el deber de extraditar a las personas acusadas de crímenes internacionales.

En el ámbito de la justicia penal europea, como ha señalado la Audiencia Nacional en el Auto de 24 de julio de 2014, existe un instrumento normativo específico para luchar contra la impunidad de estos crímenes internacionales: la Decisión

13 SIMON, J. M., “Jurisdicción universal. La perspectiva de Derecho Internacional público”, en *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, Núm. 4, 2002, pp. 1-38.

14 AUDIENCIA NACIONAL, Juzgado Central de Instrucción Uno, Sumario 27/2007, Auto de 24 de julio de 2014, ha señalado que: “El Estatuto de Roma, como se desprende del Preámbulo, piensa en un mundo en que no haya espacios de impunidad. Y un mundo sin espacios de impunidad exige que todos los Estados cumplan con su obligación de perseguir a los autores de estos crímenes y esto solo lo puede garantizar el hecho de que éstos cumplan con su obligación de perseguirlos sin discriminación de ninguna clase”.

15 Así pues, en lo relativo a las Convenciones de Ginebra, las infracciones graves en ellas contempladas deben ser perseguidas “de forma activa” por los Estados, sobre la base del principio de jurisdicción universal y Derecho Internacional Humanitario; no resulta extraño encontrar la previsión de la jurisdicción universal, no solo para las infracciones graves que contemplaban las Convenciones de Ginebra, sino que la misma se ha extendido a los crímenes cometidos en los conflictos internos. Por ejemplo, como ha señalado ESTEVE MOLTÓ, J. E., “La persecución universal de los crímenes de guerra en España: más retrocesos que avances” en C. RAMÓN CHORNET (Coord.), *Conflictos armados: de la vulneración de los derechos humanos a las sanciones de Derecho Internacional*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, p. 138. La Ley francesa 96/432, el Código Penal finlandés de 1996, la Ley canadiense sobre crímenes de guerra de 2000, la alemana de 2002, la sudafricana de 2001 o la australiana de 2002, incluyen la persecución de esas vulneraciones al Derecho Internacional Humanitario cometidas en el seno de un conflicto armado interno.

16 El origen de la sujeción a este principio data del Convenio de Ginebra de 20 de abril de 1929 para la represión de la falsificación de moneda. G. M. núm. 98, de 8 de abril de 1931. Según los Artículos 8 y 9 de dicho Convenio, se impone el principio *aut dedere aut iudicare*, respecto a los nacionales y el principio *aut dedere aut iudicare* respecto a los extranjeros, pero en este último caso subordinado a que la legislación del país permita el enjuiciamiento de extranjeros que cometen delitos en el extranjero.

Marco 2002/494/JAI del Consejo de la UE de 13 de junio, que creó la red de puntos de contacto en relación con el genocidio, los crímenes contra la humanidad y los crímenes de guerra (Genocide Network) en el seno de Eurojust y la Decisión Marco 2003/335/JHA de 8 de mayo de 2003 que define criterios comunes sobre la investigación y enjuiciamiento de estos delitos.¹⁷

En el Estado español, el Artículo 96 de la Constitución establece la plena incorporación al ordenamiento interno de los tratados internacionales válidamente celebrados. En esta situación, no es la ley interna la que prima ni siquiera el Derecho Internacional convencional en exclusiva, sino el Derecho Penal Internacional en su conjunto (sus fuentes). En consecuencia, 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.¹⁸

C. Teoría de representación jurisdiccional

Esta teoría pretende fortalecer la política de responsabilidad penal internacional. El Estado que la aplica actúa en representación de la comunidad internacional en el cumplimiento de sus obligaciones internacionales y no en la búsqueda de sus propios intereses nacionales.

Como se ha señalado, la comunidad internacional ha ido desarrollando instrumentos de cooperación para permitir y facilitar la persecución de hechos delictivos que van más allá de la afectación de intereses nacionales. En este sentido, no se trata de una mera extensión de la propia competencia para proteger a sus nacionales o sus intereses, sino del ejercicio de jurisdicción delegada de un grado de soberanía supranacional admitido en torno a determinados bienes jurídicos o como órgano de la comunidad internacional, que es el primer titular de los mismos. En virtud del principio de justicia universal, el Estado se reserva la competencia para perseguir hechos cometidos por nacionales o extranjeros fuera del territorio nacional cuando lesionan

17 La citada Red, como ha señalado la AUDIENCIA NACIONAL, Op. cit., es una organización fundada por el Consejo de la Unión Europea que está compuesta por puntos de contacto nombrados por cada Estado miembro. Su principal función es fomentar la cooperación entre las autoridades nacionales en la investigación y el enjuiciamiento de los citados delitos, en cooperación con el Consejo de la Unión Europea, la Comisión Europea al igual que otras instituciones y agencias de la Unión Europea para poner fin a la impunidad. Existe, pues, un instrumento normativo dentro de la UE y, en aras a agotar todas las vías para evitar la impunidad señalada, procede poner en conocimiento de la citada Red, con comunicación al miembro nacional español en *Eurojust* las circunstancias del presente caso y así se puedan actuar los mecanismos oportunos para hacer comparecer a los procesados ante la justicia y, en definitiva, evitar la impunidad.

18 Esto, de algún modo, haría innecesaria no solo la existencia de la cláusula p del Artículo 23.4 LOPJ, sino también la del resto de los apartados del Artículo 23.4 LOPJ, ante el deber de la aplicación directa del DPI (convencional, consuetudinario y principios).

determinados bienes jurídicos reconocidos por toda la comunidad internacional y en cuya protección está interesada. Desde ese punto de vista, el reconocimiento de este principio por los Estados supone no solo una asunción de competencias, sino también el compromiso en la persecución de hechos lesivos para intereses de carácter supranacional lesionados por formas de delincuencia internacional. Por ello, se refiere a un instrumento que posibilita la persecución por cualquier Estado que lo asuma, de hechos cometidos fuera de sus fronteras, pero en cuya represión está interesado como miembro de la comunidad internacional en ausencia de un Tribunal Internacional y cuando el Estado donde se cometió el delito no fue capaz de juzgarlo.¹⁹

Puede afirmarse que en nombre de este principio, el Estado actúa por la comunidad internacional y asume, junto con la competencia jurisdiccional formal, el compromiso de perseguir aquellos hechos que afectan a determinados bienes jurídicos esenciales supranacionales y han merecido su repulsa unánime. En otras palabras, el Estado que ejercita la jurisdicción universal lleva a cabo un *actio popularis* contra personas que son *hostis humani generis*.²⁰ El Estado interviene como agente de la comunidad internacional al perseguir los crímenes internacionales, porque tiene un interés en la preservación del orden mundial como miembro de esa comunidad.

En el ámbito de la justicia penal europea, como ha señalado la Audiencia Nacional en el Auto de 24 de julio de 2014,²¹ la cooperación judicial supera la concepción del juez nacional, pues se le concibe como juez de la Unión Europea y esta se articula mediante la comunicación directa entre los órganos judiciales sin posibilidad de injerencias gubernativas. El objetivo es alcanzar una justicia común europea con unas normas y unos procesos penales armonizados que sancionen las conductas que atentan contra los intereses comunes.

D. La razón del sometimiento de algunos crímenes a la jurisdicción universal está en la lucha contra el crimen organizado y transnacional

Se trata de una “posición de naturaleza pragmática” que ya defendiera Grotius en sus dos volúmenes *De jure belli ac pacis*, publicados en 1625 y orientados políticamente a la persecución de *hostis humani generis* en alta mar y que en la actualidad se dirige hacia políticas que reconozcan que en ocasiones ciertos intereses compartidos por la comunidad internacional requieren un mecanismo de coacción que trascienda

19 Al respecto, *Vid.* más ampliamente, GARCÍA ARÁN, M., “El principio de justicia universal en la L. O. del Poder Judicial español”, en M. GARCÍA ARÁN y D. LÓPEZ GARRIDO (coords.), *Op. cit.*, pp. 63-88.

20 BASSIOUNI, C., *Op. cit.*, pp. 1 y ss.

21 AUDIENCIA NACIONAL, *Op. cit.*

los intereses de la soberanía singular.²² Aquí, la existencia de la jurisdicción penal extraterritorial puede ser la evidencia de la *opinio iuris* de los Estados con respecto a la máxima que también alcanza a personas acusadas de crímenes internacionales.

Si se acepta esa proposición, se propugna que cuando los medios jurisdiccionales disponibles no son efectivos, la jurisdicción universal debe ser aplicada a los delitos transnacionales. Por tanto, el peso acumulado de las fuentes del Derecho Internacional, la legislación nacional y las prácticas judiciales pueden ser suficientes para concluir la existencia de la jurisdicción universal para crímenes internacionales y otros de carácter transnacional.²³

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, de modo que sea consistente con la conservación del orden legal internacional y el respeto por la observancia del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. El cierre de dichas brechas se podría realizar para los delitos transnacionales por medio de la jurisdicción universal limitada, bajo la fórmula *aut dedere aut iudicare* (extraditar o juzgar).

Este fundamento político criminal puede justificar la excepción al principio de territorialidad para los delitos cometidos por delincuencia organizada, los delitos económicos y ambientales transnacionales, en tanto la globalización de la economía es el factor más importante que ha influido en el desarrollo y la expansión de la criminalidad. También resulta necesario superar los límites del principio de territorialidad en delitos como la corrupción y el blanqueo de capitales, íntimamente unidos a cualquier manifestación de crimen organizado y que tienen repercusiones significativas en indicadores macroeconómicos esenciales, como la libre competencia, la estabilidad y la solidez del mercado financiero y el buen funcionamiento del sistema democrático y de Derecho.

Los delitos transnacionales provocan en la población un sentimiento de desamparo, aunque los daños inmediatos no se sientan de forma tan directa. Estos delitos necesitan de una codificación y cooperación internacional, pese a 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. Sin embargo, hasta ahora las definiciones de delitos transnacionales han sido flexibles; es importante tener en cuenta que la aplicación de la Convención contra la delin-

22 Vid. BASSIOUNI, C., Op. cit., pp. 1 y ss.

23 Ibid.

cuencia organizada transnacional de las Naciones Unidas (Palermo, Conferencia política de las Naciones Unidas, 12-15 diciembre de 2000, ratificada por España y publicada en el *BOE* de 29 de septiembre de 2003) requiere la transnacionalidad.²⁴ Esta Convención se refiere a los aspectos o efectos transnacionales de la comisión del delito de manera que estos no son más que delitos nacionales que suelen tener repercusiones en más de una jurisdicción o no tener un vínculo extraterritorial debido a la nacionalidad extranjera de la víctima, del delincuente o del buque y solo en interés de la fiscalía de un Estado.²⁵

Los delitos transnacionales, por tanto, surgen para reprimir conductas con un elemento transfronterizo (elemento transnacional fenomenológico). La transnacionalidad es entendida como los fenómenos que trascienden las fronteras estatales, afectan normas de diversos países o tienen un impacto de algún tipo en otro Estado, pero si uno atiende al Prefacio de la Convención y al contenido de sus Protocolos,²⁶ también pueden ser considerados delitos transnacionales aquellos que, sin requerir la existencia de un elemento transfronterizo, pretenden evitar y reprimir conductas cuya comisión produce tal rechazo, que existe un consenso internacional sobre su ilegalidad (elemento transnacional normativo). Este elemento transnacional normativo estará relacionado con la violación de derechos humanos, mas no es un requisito necesario.²⁷

Respecto a los delitos transnacionales, en las legislaciones nacionales no está vigente expresamente el principio de universalidad con el fin de que cualquier Estado

24 A los efectos de esta Convención, un delito tiene un carácter transnacional cuando (art. 3.2): "a) Se comete en más de un Estado; b) Se comete dentro de un solo Estado pero una parte sustancial de su preparación, planificación, dirección o control se realiza en otro Estado; c) Se comete dentro de un solo Estado pero entraña la participación de un grupo delictivo organizado que realiza actividades delictivas en más de un Estado; o d) Se comete en un solo Estado pero tiene efectos sustanciales en otro Estado".

25 En este sentido, GLESS, S., y VERVAELE, J. A. E., "Law Should Govern: Aspiring General Principles for Transnational Criminal Justice", en *Utrecht Law Review*, Vol. 9, Núm. 4, 2013, pp. 1-10.

26 Se regulan dos protocolo ulteriores que complementan la Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional: el primer Protocolo contra el tráfico de migrantes por tierra, mar y aire (*BOE*, 10 de diciembre de 2003), tiene como objetivo "prevenir y combatir el tráfico ilícito de migrantes, así como promover la cooperación entre los Estados parte con ese fin, protegiendo al mismo tiempo los derechos de los migrantes objeto de dicho tráfico" (art.2); el segundo Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional regula el fenómeno de la trata de personas (*BOE*, 11 de diciembre de 2003). Sin embargo, todavía no ha entrado en vigor en España el Protocolo contra el tráfico ilegal de armas de fuego, sus piezas y componentes y municiones, hecho en Nueva York el 31 de mayo de 2001. Este Protocolo entró en vigor el 3 de julio de 2005. Hasta la fecha, dieciocho Estados miembros de la UE lo han firmado y dieciséis Estados miembros son partes contratantes, lo que incluye a doce Estados miembros que lo han ratificado (Bélgica, Bulgaria, Chipre, Estonia, Italia, Lituania, Polonia, Eslovaquia, Eslovenia, Portugal, Suecia y Finlandia) y a cuatro Estados miembros adherentes (España, Letonia, Países Bajos y Rumanía).

27 *Vid.* la diferencia entre el elemento transnacional fenomenológico y el elemento transnacional normativo en BOISTER, N., "Transnational Criminal Law?", en *European Journal of International Law*, Vol. 14, Núm. 5, 2003, pp. 953-976.

pueda perseguirlos, sino que, por medio de los tratados internacionales, los Estados se comprometen a reprimir ciertas infracciones de la forma más eficaz posible.²⁸ Puede observarse que la excepción al principio de territorialidad se trataría de un *desideratum* que obedece al hecho de que dentro del territorio nacional la intervención se hace ineficaz, ya que el problema ha adquirido una magnitud extrema. El principio de territorialidad es tan restrictivo, que solo permite perseguir las conductas que se llevan a cabo en el territorio nacional, aunque la parte internacional es un presupuesto imprescindible para que pueda hablarse de estos delitos; por eso, se pretende compensar sus limitaciones, al intervenir cuando estas dificultan o impiden la persecución del delito.

En este contexto, lo que se defiende es que por tratarse de delitos que son de gran trascendencia económica, entorpecen una justa redistribución de la renta y, por tanto, un factor generador de desigualdad social; además, la mayoría de las veces son cometidos por organizaciones criminales, por lo que debería estar vigente la extraterritorialidad del tipo penal mediante la aplicación del principio *aut dedere aut iudicare* y la supresión del principio de doble incriminación.²⁹

E. Evitar la impunidad de los autores de crímenes internacionales

Los crímenes internacionales suelen ser cometidos desde el Estado, con su participación o connivencia. Esto motiva que en numerosas ocasiones los Estados en donde se comete el delito no estén interesados o no sean capaces de proteger los bienes jurídicos afectados o de perseguir las infracciones cometidas. La razón para la aplicación del principio de jurisdicción universal es asegurar la completa y efectiva persecución de los crímenes más graves, como una herramienta decisiva contra la impunidad de los crímenes internacionales en ausencia de tribunales penales internacionales. En la lucha contra la impunidad pueden destacarse las dos perspectivas que se exponen a continuación.

Tutela y reparación de las víctimas

Las aspiraciones de justicia de las víctimas de los crímenes internacionales y su reparación es un derecho a la persecución, la aprehensión y el enjuiciamiento de los responsables, pues la tutela judicial es el instrumento para restaurar la dignidad de las víctimas de graves violaciones de los derechos humanos. La obligación de tener

28 La consecuencia jurídica de la infracción de dichas normas no será una sanción penal ni para el Estado, lo cual no es posible, ni para los individuos, sino únicamente la responsabilidad internacional del Estado por el incumplimiento de sus obligaciones. Por ello, en estos supuestos y a diferencia de lo que ocurre con los delitos internacionales, no puede hablarse de ley penal internacional.

29 PÉREZ CEPEDA, A. I., *La seguridad como fundamento de la deriva del Derecho penal postmoderno*, Iustel, España, 2007, pp. 107 y ss.

presentes el sufrimiento y las necesidades de las víctimas en la búsqueda de la justicia para poner fin a la impunidad conlleva que la realización de la justicia como una forma de reparación es esencial para la rehabilitación de las mismas, con lo que se sobrepasa el enfoque tradicional interestatal, al atribuir una posición central a las víctimas y no a los Estados. Sin embargo, en la actualidad puede valorarse negativamente el desigual tratamiento a la hora de perseguir los distintos crímenes internacionales. Resulta más que evidente que en la práctica siempre ha habido una justicia para los vencedores y otra muy distinta para los pueblos más oprimidos y desprotegidos que cometen este tipo de delitos.³⁰

El principio *ius cogens* universal como herramienta de prevención y disuasión del delito

La existencia de valores o intereses compartidos por la comunidad internacional, la necesidad de expandir los mecanismos de coacción para contrarrestar las transgresiones más graves a los mismos y la presunción de que un sistema de coacción jurisdiccional extendido producirá disuasión, prevención y promoverá resultados de orden universal, justicia y paz.

Como se ha señalado, existen crímenes internacionales que afectan a toda la comunidad internacional, porque suponen la más flagrante violación de los derechos fundamentales reconocidos en el Derecho Internacional general. Además, constituyen normas de *ius cogens* que generan obligaciones para todos los Estados *erga omnes*, lo que trae como consecuencias la imprescriptibilidad de dichos delitos, la exclusión de cualquier tipo de impunidad como las inmunidades y la aplicación de la jurisdicción universal.

La impunidad en la comisión de delitos internacionales graves debe sustituirse por un régimen de responsabilidad, es decir, certeza de persecución, juicio y castigo de los responsables. Todo ello previene la comisión de crímenes en el futuro. Como ya señalaba Beccaria, la mejor forma de prevenir el delito reside en la persuasión de no encontrar lugar sobre la Tierra en donde el crimen haya de quedar impune.³¹ La renuncia a la persecución de estos gravísimos delitos, por el contrario, manda un mensaje de impunidad a sus responsables, a la vez que abona la convicción de otros potenciales autores de que estas conductas pueden quedar sin castigo.

Sin embargo, la prevención no debe reducirse al castigo de los culpables. Conviene poner de manifiesto que la obligación de la adopción de medidas para la prevención

30 ESTEVE MOLTÓ, J. E., "La persecución universal de los crímenes de guerra en España: más retrocesos que avances" en C. RAMÓN CHORNET (Coord.), *Conflictos armados: de la vulneración de los derechos humanos a las sanciones de Derecho Internacional*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, p. 164.

31 BECCARIA, C., *De los delitos y de las penas*, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1958, p. 182.

de delitos como el genocidio vino de la mano de la demanda que Bosnia Herzegovina planteó ante la CIJ.³² El Auto de 8 de abril de 1993 sobre medidas cautelares instaba a la entonces República Federativa de Yugoslavia a adoptar las medidas necesarias para prevenir la comisión de ese delito. La sentencia definitiva de 26 de febrero de 2007 estableció que la obligación del Artículo 1 incluía también la necesidad de que el Estado evitara que personas o grupos, aun los que no están directamente bajo su autoridad, cometieran esos actos, porque “la obligación de prevenir el genocidio implica de manera necesaria la prohibición de cometer el genocidio [...] si hubieran sido conscientes del serio peligro que había de que se produjeran actos de genocidio” (párr. 432). Las obligaciones de prevenir y castigar son distintas, pero conectadas (párr. 425). Asimismo, reconoce que la manera más eficaz de prevenir actos penales es, en general, señalar penas para quienes los cometen e imponerlas con eficacia.³³ 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, a intensificar la lucha contra la impunidad, al demostrar que es posible combatirla desde la legalidad nacional e internacional y a proteger la paz, la seguridad y el bienestar de la humanidad.³⁴

Carácter subsidiario

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; de ahí que el ejercicio de dicha jurisdicción deba ser posible cuando ningún otro Estado puede ejercer jurisdicción sobre la base de las doctrinas tradicionales, o bien cuando ningún otro Estado tenga un interés directo en que las normas se hagan cumplir, pero sí lo tenga la comunidad internacional. 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 hechos delictivos que escapan a su alcance. El principio de justicia universal como último instrumento contra la impunidad no puede perder el horizonte o mensaje

32 ESTEVE MOLTÓ, J. E., Op. cit., pp. 108 y ss.

33 En la Convención de 1948, como ha señalado ESTEVE MOLTÓ, J. E., Op. cit., pp. 108 y ss., la obligación de prevenir “no tiene una existencia separada” puede considerarse absorbida por la obligación de castigar. No surge del derecho de castigar ni puede ser vista como un mero componente de ese derecho; tiene su propio ámbito, que se extiende más allá del caso particular que contempla el Artículo VIII y esa fue la razón por la que la CIJ condenó a Serbia no por cometer, sino por no prevenir (y por incumplimiento de las medidas provisionales ordenadas en 1993), en relación con el genocidio cometido en Srebrenica en julio de 1995.

34 En este sentido, Vid. OLLÉ SESÉ, M., *Justicia universal para crímenes internacionales*, La Ley, Madrid, 2008, p. 264.

de justicia que deben mantener los Estados donde se ejecutaron esos crímenes y tiene que procurar que el enjuiciamiento sea en el lugar de comisión.³⁵ Dicho carácter supletorio es el que permite a los denunciantes relacionar la jurisdicción nacional con el ejercicio de derecho a la tutela judicial efectiva en el plano internacional y evitar conflictos jurisdiccionales entre Estados, ya que, de no ser subsidiario, podría amenazar la estabilidad del orden jurídico internacional.³⁶

En suma, la jurisdicción universal no constituye una mera extensión de la competencia que se otorga al Poder Judicial para tutelar ciudadanos de una nacionalidad precisa o intereses propios de un país. El carácter internacional de los intereses protegidos, sumado a esa función de cierre para prevenir que se produzcan ámbitos de impunidad no deseados, proporciona al principio de justicia universal una especial fuente de legitimación y un reconocimiento interestatal.

III. Evolución legislativa del principio de justicia universal en España

Hasta la fecha, España ha sido uno de los países pioneros en la persecución de estas graves infracciones penales, al posibilitar la apertura de procedimientos penales por estos crímenes y evitar que sus autores pudieran desplazarse impunemente por el mundo o incluso que se refugiaron en España. La Ley Orgánica del Poder Judicial recoge competencia de la jurisdicción española sobre estos delitos desde 1985 y el catálogo se fue ampliando en años sucesivos: en 1999, por ejemplo, se incluyó la prostitución y la corrupción de menores e incapaces, en 2005 se añadió la mutilación genital femenina y en 2007 el tráfico ilícito de inmigrantes.

Los tribunales españoles comenzaron a dar cumplimiento a ese compromiso de forma decisiva hace ya más de una década, a propósito del enjuiciamiento de casos como el de Pinochet, Scilingo o Guatemala, procesos todos ellos que, si bien han tenido desenlaces desiguales, han servido para dar un considerable impulso a la aplicabilidad efectiva del principio de justicia universal en nuestro país y permitieron superar buena parte de la discusión planteada en torno al fundamento de la jurisdicción y el desarrollo de una incipiente jurisprudencia penal y constitucional sobre los requisitos y las circunstancias para su ejercicio.

Esta tendencia ha sido parcialmente truncada por la reforma de dicho Artículo, mediante la Ley Orgánica 1/2009 de 3 de noviembre, complementaria de la Ley de

35 Sobre el carácter subsidiario del principio, *Vid.* CONGRESO JURISDICCION UNIVERSAL EN EL SIGLO XXI, "Principios", Disponible en <<http://principiosju.wordpress.com/principios/>> [Consulta: 08.08.2015].

36 BASSIOUNI, M. C., y WISE, E. M., *Aut dedere Aut Judicare: The Duty to Extradite or Prosecute in International Law*, Dorteht, Boston, Londres, 1995, pp. 3 y ss.

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. Esta Ley supuso una importante restricción al principio de justicia universal, motivada por presiones internacionales precedentes, sobre todo, de China, Estados Unidos e Israel, tres Estados que no han ratificado el Estatuto de la Corte Penal Internacional, con lo que manifiestan una actitud de pasividad e, incluso, de tolerancia hacia los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto). Esta restricción estuvo guiada por la interpretación del mencionado Artículo 23.4 LOPJ que hizo el Tribunal Supremo en su Sentencia 327/2003, de 25 de febrero, sobre el genocidio de Guatemala (Sentencia que fue anulada por la Sentencia del Tribunal Constitucional 237/2005, de 28 de octubre), que introdujo como requisitos que los presuntos responsables se encontraran en España o que existieran víctimas de nacionalidad española o que se constatará algún nexo con España. Respecto al listado de delitos susceptibles de ser sometidos al principio de justicia universal según el Artículo 23.4 LOPJ, era obvio que era heterogéneo, pues incluía tanto aquellos delitos que, por razón del lugar de comisión, necesitan la cooperación de varios Estados para su persecución, como aquellos que, por la importancia de los bienes jurídicos lesionados pueden ser perseguidos por cualquier Estado. Era criticable la no inclusión expresa de los crímenes de guerra, frente a los cuales podría aplicarse el principio de justicia universal pura o absoluta por la cláusula albergada en el literal h) del mencionado Artículo 23.4 LOPJ. Al respecto, es preciso señalar que la presencia de los requisitos incorporados por la Ley Orgánica 1/2009 contradecían lo recogido en los Convenios de Ginebra de 1949, pues en ellos el principio de justicia universal constituye una obligación sin condiciones, por lo que no era necesario el cumplimiento de los requisitos del Artículo 23.4; no en vano, su párrafo segundo comenzaba con la expresión “sin perjuicio de lo que pudieran disponer los tratados y convenios internacionales suscritos por España”.³⁷

A pesar de esta drástica restricción del principio de justicia universal, hubo casos como el del Tíbet, de Guatemala, de Ruanda, del Sahara, de El Salvador y de caso Couso, que se mantuvieron. Debido a las presiones políticas ejercidas sobre todo por el Gobierno chino con el fin de impedir el proceso de exdirigentes, se ha aprobado 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, que ha supuesto el final de la aplicación del principio de justicia universal en España, como se tratará de exponer en las siguientes páginas.

37 Vid. más ampliamente, una crítica a esta reforma, PÉREZ CEPEDA, A. I., *El principio de justicia universal: fundamento y límites*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2012.

IV. 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

La Ley Orgánica 1/2014 de 13 de marzo, que limita la justicia universal (LOJU) fue aprobada por el procedimiento de urgencia y tramitación directa en el Congreso por medio de una proposición de ley que presentó el grupo parlamentario popular en marzo de 2014, con el fin de evitar los informes preceptivos, dictámenes y la consulta de los expertos. Tras una tramitación que duró menos de un mes, con los únicos votos del Partido Popular, la Ley fue aprobada. 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, como su ex primer ministro y el antiguo presidente. Ante esta situación, cinco de los seis jueces de instrucción de la Audiencia Nacional que tramitan las causas sobre genocidio, crímenes de guerra y terrorismo se han declarado en legítima objeción ante la posible inconstitucionalidad del nuevo precepto. Se trata de un consenso que no se había logrado antes en democracia, lo que genera un clima de inseguridad jurídica.³⁸

38 En esta línea, el magistrado-juez Santiago Pedraz, AUDIENCIA NACIONAL, Op. cit., en la causa del conocido como “caso Couso”, ha decidido no aplicar la nueva LOJU, al entender que prevalece el IV Convenio de Ginebra sobre derechos de las personas civiles en tiempo de guerra, que obliga a perseguir a los autores de crímenes de guerra “estén donde estén y sea cual sea su nacionalidad” (Artículo 146 del IV Convenio) y que prevalece sobre cualquier legislación nacional, según el Artículo 96 de la Constitución. También decidió continuar con el “caso Guatemala” en la AUDIENCIA NACIONAL, Juzgado Central de Instrucción Uno, Diligencias Previas 331/99, Auto de 20 de mayo de 2014. Otros, como el juez D. Fernando Andreu (genocidio en Ruanda, Auto de la Audiencia Nacional de 6 de Febrero de 2008), son partidarios de plantear una cuestión de inconstitucionalidad de la nueva reforma. Por su parte, el juez D. Eloy Velasco, AUDIENCIA NACIONAL, Juzgado Central de Instrucción seis, Sumario 97/10, Auto de 31 de marzo de 2014 ha tachado la reforma de la justicia universal de “ilógica”, pues es contradictorio archivar y verificar si concurren requisitos a la vez y no cabe el archivo por ley sin la aquiescencia de los jueces y tribunales. De hecho, el juez Velasco ha decidido continuar con la causa del caso El Salvador, al basarla en un delito terrorista y, a su vez, continuar imputando a otros actores en el caso, contra la intención de la nueva normativa reformada. Finalmente, el magistrado-juez Pablo Ruz, en el caso de Guantánamo, en AUDIENCIA NACIONAL, Juzgado Central de Instrucción Cinco, Sumario 150/2009, Auto de 15 de abril de 2014, supuestamente cometidos contra presos de la base militar estadounidense en Guantánamo (Cuba), sostiene que, aunque la nueva ley de jurisdicción universal impediría poder perseguir aquí esos delitos, existen tratados internacionales que obligan a España a actuar. También seguirá investigando una acusación de supuesto genocidio en el Sahara, según el AUDIENCIA NACIONAL, Juzgado Central de Instrucción, Sumario 362/2007, Auto de 15 de abril de 2014 y en el caso de la Flotilla de la Libertad, AUDIENCIA NACIONAL, Auto de 17 de junio de 2014. No obstante, el magistrado en este último caso ha elevado una petición al Tribunal Supremo para que constate si estos hechos están siendo efectivamente investigados por las autoridades de Turquía o Israel, de modo que sean estos países o, en su defecto la Corte Penal Internacional, los que puedan seguir con la causa.

Las claves para la justificación de la reforma que se alegan en la exposición de motivos pueden sintetizarse en: 1. ampliación del catálogo de delitos en los casos de corrupción entre particulares o de corrupción a funcionarios extranjeros; 2. la jurisdicción universal no puede concebirse sino desde los límites y las exigencias propias del Derecho Internacional; 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; 3. delimitación clara, con plena aplicación del principio de legalidad y refuerzo de la seguridad jurídica; 4. desarrollo del principio de subsidiariedad.

Como reza en la exposición de motivos de la LOJU, si bien es cierto, que se ha ampliado el catálogo de delitos, se pueden plantear algunas objeciones, pues lejos de establecer una regulación más inteligible, el nuevo Artículo 23.4 LOPJ aparece como un verdadero galimatías legal, en el que se reconocen indiscriminadamente los principios de territorialidad y personalidad y se estén convirtiendo en excepciones la persecución por parte de los tribunales españoles de delitos cometidos fuera de los límites estatales. A partir de la reforma, para la aplicación del principio de justicia universal será necesaria la existencia de una conexión con los principios de personalidad (“contra un español” o cometidos por “un ciudadano español”) y territorialidad (“extranjero que resida habitualmente en España o que se encontrara en España y cuya extradición hubiera sido denegada”). La actuación de nuestros tribunales fuera de España queda, por tanto, reducida a la mínima expresión.

La redacción del nuevo precepto también establece algunos límites respecto al sujeto pasivo en algunos de los delitos. De esta manera, si la víctima no tiene nacionalidad española o residencia habitual en España, aunque el autor se encuentre en territorio español, no podrá perseguirse el delito, según interpretación literal del precepto. Así, se desprotege a la víctima sin arraigo nacional y se cobija al delincuente en nuestro país, aunque haya cometido hechos graves contra derechos fundamentales como la integridad moral o la libertad de las personas.

Pese a que la exposición de motivos fundamenta la reforma en aras de una mayor seguridad jurídica, lo cierto es que el nuevo texto introduce algunas expresiones poco estrictas, como es el caso de la regulación de los delitos de tráfico de drogas, cuyos actos de ejecución o de constitución de un grupo o una organización criminal estén orientados “con miras a su comisión en territorio español”. Desde luego, habrá dificultades probatorias para corroborar que la comisión de los hechos será en nuestro país, entre otras razones porque se trata de un elemento subjetivo quizás no demasiado evidente en el momento de la constatación de la actividad criminal.

La misma fórmula se repite en el caso de los 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”. Todo ello, sin obviar que resulta rechazable determinar una regla de jurisdicción sobre la base de la exigencia de un elemento subjetivo. De nuevo la dificultad residirá en el alcance probatorio, en el que será determinante la colaboración policial internacional. En estos supuestos, además, se establece un límite de punibilidad en aquellos delitos castigados con “una pena máxima igual o superior a tres años de prisión” y se deja impune el resto de conductas.

Hagamos un análisis más exhaustivo de las limitaciones introducidas en el principio de justicia universal en dos grupos: límites a la jurisdicción positiva o en los distintos delitos y límites de la jurisdicción negativa o subsidiariedad.

A. Delimitación de la jurisdicción positiva

En los delitos internacionales más graves como genocidio de lesa humanidad o contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado, se exige que el procedimiento se dirija contra un español, contra un ciudadano extranjero que resida habitualmente en España o contra un extranjero que se encuentre en España y cuya extradición hubiera sido denegada por las autoridades españolas, en reconocimiento del principio de personalidad activa y de una interpretación limitada del principio *aut dedere aut iudicare*, en la medida en que si no se hubiera pedido la extradición, la impunidad sería absoluta. 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: en este caso, una vez en el Estado no podrá querellarse contra los responsables de estos delitos. Asimismo, 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.

Como se ha señalado en el Auto de la Audiencia Nacional el 17 de marzo de 2014 en la causa del Sumario 27/2007, el IV Convenio de Ginebra sobre derechos de los civiles en tiempo de guerra, que forma parte del ordenamiento jurídico español, “impone con carácter imperativo la obligación de persecución” de este tipo de delitos contra la humanidad. El Auto sostiene que la nueva Ley supone “una restricción a la obligación de persecución asumida internacionalmente por España frente a las más graves violaciones de derechos humanos y del derecho

internacional” y constata que esta limitación contradice la propia exposición de motivos de la reforma.³⁹

En cuanto a torturas y desaparición forzada, se opta por los principios de personalidad activa y personalidad pasiva y se exige que el “procedimiento se dirija contra un español” o “existan víctimas que tuvieran 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”; se excluyen los supuestos en los que la víctima sea española y el presunto autor esté fuera del territorio nacional (todos los secuestros de Al Qaeda, entre otros, quedan fuera). Ello, a pesar de que las convenciones contra la tortura y la desaparición forzada imponen a los Estados el principio *aut dedere autjudicare*, obligación que han reiterado a España tanto el Comité contra la tortura como el Comité contra la desaparición forzada de personas.

En los delitos de terrorismo se incluyen cláusulas que extienden la actuación de los tribunales españoles como en ningún otro delito en el nuevo articulado. Así, recoge el principio de personalidad activa (cuando el procedimiento se dirija contra un español o contra un extranjero que resida habitualmente en España) y el principio de personalidad pasiva (la víctima tuviera nacionalidad española en el momento de comisión de los hechos) 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 se establece la posibilidad de conocer del delito cuando, según el Artículo 23.4 e) 5º LOPJ, “haya sido cometido para influir o condicionar de un modo ilícito la actuación de cualquier Autoridad española” a modo de coacción (principio real o de conexión). Esta regla de jurisdicción basada en el elemento subjetivo, resulta, a todas luces, improcedente. También se cuenta la protección de los espacios comunitarios pertenecientes a la Unión Europea y, por último, una novedosa interpretación auténtica del concepto “instalación oficial española” en el Artículo 23.4 e) 8º LOPJ, como “cualquier instalación permanente o temporal en la que desarrollen sus funciones públicas autoridades o funcionarios públicos españoles”.

39 Por su parte, el Pleno de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional ha acordado continuar la investigación abierta por el asesinato del ciudadano español Baby Hamday Buyema, que resultó muerto en el asalto en octubre de 2010 al “campamento de la dignidad” establecido cerca de El Aaiún (Sahara Occidental). Sin embargo, los magistrados del Pleno, por un ajustado nueve a siete, acordaron el sobreseimiento de la causa que se seguía contra dos expresidentes chinos, Jian Zeming y Hu Jintao y otros seis exfuncionarios de altos cargos del Gobierno de Pekín por la masacre del Tíbet. Los magistrados del pleno han entendido que conforme a la reforma de la ley de justicia universal España no tiene jurisdicción para perseguir unos hechos tipificados como genocidio y lesa humanidad, porque los ocho querellados no son españoles, no residen habitualmente en España ni se denegó su extradición por parte de las autoridades españolas. En la misma línea también se acuerda el sobreseimiento de la querrela abierta contra el grupo Falun Gong.

Los delitos contenidos en el Convenio para la represión del apoderamiento ilícito de aeronaves expresa el principio de personalidad activa y territorialidad contra una aeronave que navegue bajo pabellón español. Sin embargo, en los delitos contra la seguridad de la aviación civil no especifica algún principio, solo remite al contenido en el Convenio hecho en Montreal el 23 de septiembre de 1971 y en su Protocolo complementario hecho en Montreal el 24 de febrero de 1988. De nuevo, en 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, define el principio de personalidad activa.

En relación con el tráfico ilegal de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, hace referencia al principio de personalidad activa y de conexión. Ello ha motivado la excarcelación de narcotraficantes apresados en aguas internacionales por las fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado. En la misma línea, los delitos de constitución, financiación o integración en grupo u organización criminal o delitos cometidos en el seno de los mismos también acogen el principio de conexión.

En cuanto a los delitos contra la libertad e integridad sexual cometidos sobre víctimas menores de edad, se determina el principio de personalidad activa o pasiva, pero en los delitos sobre la violencia contra las mujeres, la violencia doméstica y la trata de seres humanos, el principio de personalidad activa y pasiva; en estos dos últimos casos, 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 procedimiento contra el autor del delito extranjero del que fue víctima.

En los delitos de corrupción entre particulares o en las transacciones económicas internacionales reconoce la personalidad activa,⁴⁰ mientras que en los delitos falsificación de productos médicos y delitos que suponen una amenaza para la salud pública, el principio de personalidad activa y pasiva, sin exigir que el imputado esté en España.

En los delitos contra la libertad e indemnidad sexual de los menores, trata de seres humanos y falsificación de productos médicos y delitos que suponen una amenaza para la salud pública, se reconoce la autoría de los entes colectivos, siempre

40 El hecho de que amplíe la jurisdicción en el apartado 4 cuando “el delito hubiera sido cometido por una persona jurídica, empresa, organización, grupos o cualquier otra clase de entidades o agrupaciones de personas que tengan su sede o domicilio social en España”. Político-criminalmente, como se afirma en GRUPO PARLAMENTARIO SOCIALISTA, “Recurso de inconstitucionalidad contra la Ley Orgánica 1/2014, de 13 de marzo, de modificación de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, relativa a la jurisdicción universal ante el Tribunal Constitucional”, 2014. Disponible en <<http://ep00.epimg.net/descargables/2014/06/12/a5401c99012f32160488b7e96ff9c5cc.pdf>> [Consulta: 08.08.2015], resulta criticable, puesto que se lanza un mensaje al delincuente de cómo llevar a cabo prácticas corruptas con plena impunidad: al evitar domiciliar la persona jurídica en España.

y cuando su sede o domicilio social se encuentre en España, lo cual es un límite bastante acotado y que, con dificultad, ayudará a prevenir la delincuencia internacional en estas materias. En el caso de los delitos de corrupción entre particulares o en las transacciones económicas internacionales, además de la responsabilidad penal de las personas jurídicas se indica el sistema de la doble vía, al reconocer la culpabilidad del 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.

Aunado a esto, se establece una cláusula genérica de actuación, para indicar que los tribunales españoles serán competentes para enjuiciar

[...] 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.

Se amplía el campo de supuestos, pero se exige a la norma internacional, con vocación de consenso y de mínimos, que sea específica en los supuestos y las condiciones, lo cual ocurre en un número reducido de casos. Nos encontramos ante una cláusula abierta que abarcaría los supuestos en los que se impone la obligación de perseguir bajo la fórmula *aut dedere aut iudicare*, pero en tales casos, como ya se ha señalado, la cláusula deviene superflua, pues la obligación convencional de juzgar o extraditar sería directamente aplicable por los Estados, sin necesidad de previsión interna.

Sin embargo, dicha cláusula se prevé expresamente en el literal p, cuando se determina:

[...] 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.

Son obligaciones de comportamiento condicionadas por el resultado de la erradicación de la impunidad, en la medida en que el ejercicio de la competencia universal sobre el crimen en cuestión depende de dos factores: en primer lugar, de la existencia de otro Estado con mejor título de jurisdicción o de un tribunal internacional penal que reclame su competencia y, en segundo lugar, de la existencia e idoneidad de un tratado de extradición o entrega que posibilite el enjuiciamiento en el Estado del

foro requirente.⁴¹ En este apartado se recoge el principio de *aut dedere aut iudicare* limitado, puesto que no se obliga a juzgar al Estado en cuyo territorio está el presunto delincuente, para el caso de que no sea posible su extradición,⁴² sino que solo surge la obligación de juzgar cuando se ha denegado la extradición.

Empero, según la Comisión de Derecho Internacional, la opción que ofrece esta cláusula solo tiene sentido si los tribunales del Estado de detención tienen la competencia necesaria respecto a los crímenes enunciados; de lo contrario, el Estado de detención se vería obligado a aceptar toda solicitud de extradición que reciba, lo cual sería contrario al carácter facultativo de la obligación —conceder la extradición o juzgar— en virtud del cual el Estado de detención no tiene una obligación absoluta de atender una solicitud de extradición. Es más, en esa situación, el presunto delincuente se libraría de todo procesamiento si el Estado de detención no recibiese ninguna solicitud de extradición, como ha sucedido en España en las últimas excarcelaciones de narcotraficantes, lo que ha socavado la finalidad básica del principio *aut dedere aut iudicare* —garantizar el enjuiciamiento y el castigo efectivos de los delincuentes—, al establecer la competencia subsidiaria del Estado de detención.⁴³ A pesar de ello, la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo mediante un acuerdo de 23 de julio de 2014, invalidó por unanimidad las excarcelaciones de estos narcotraficantes, al entender que los jueces instructores de la Audiencia Nacional aplicaron de manera errónea la nueva Ley de Justicia Universal y que, pese a estar redactada de “manera confusa”, el Tribunal Supremo entiende que reconoce la jurisdicción de España para apresarse barcos en alta mar que lleven droga, siempre que los tratados internacionales otorguen la competencia para el apresamiento. Como se prevé en el Artículo 23.4, literal d,⁴⁴ los tribunales españoles serán competentes en materia de tráfico ilegal de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas en los supuestos previstos en los tratados ratificados por España o en actos normativos de una organización internacional de la que España sea parte. De ahí que la jurisdicción, según el Tribunal Supremo, viene otorgada por los Artículos 4 y 17 de la Convención de Viena de 1988 y por los Acuerdos del mar de Montego Bay de 1982. No obstante, mediante acuerdo de 28 de abril de 2014, por trece votos a favor y tres

41 Vid. JIMÉNEZ GARCÍA, F., “Justicia universal e inmunidades estatales: justicia o impunidad: ¿una encrucijada dualista para el Derecho Internacional?”, en *Anuario de Derecho internacional*, Vol. 18, 2002, pp. 63-124.

42 En este sentido se ha pronunciado, GARCÍA SÁNCHEZ, B., Op. cit., pp. 254 y ss.

43 Vid. JIMÉNEZ GARCÍA, F., Op. cit., pp. 63-124 y el comentario de la CDI al Artículo 8 del Proyecto de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad, ASAMBLEA GENERAL, “Informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor realizada en su 48º período de sesiones”, Documento de las Naciones Unidas, Suplemento Nº 10 A/51/10, de 6 de mayo a 26 de julio de 1996, pp. 48-49.

44 También se prevé que en los delitos de piratería, terrorismo, 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 contra, el Pleno de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional expresó que para estos casos había que aplicar el Artículo 23.4 en su literal i, que señala que solo se puede actuar contra el tráfico ilegal de drogas cuando el procedimiento se dirija contra un español o cuando se trate de actos de ejecución de estos delitos “con miras a su comisión en territorio español”.

Por último, cabe destacar que la exigencia del sujeto en el territorio del Estado que pretende enjuiciarlo es un requisito para que la obligación manifestada mediante el principio *aut dedere aut iudicare* entre en juego.⁴⁵ Dicho principio, previsto en algunos tratados que regulan los delitos internacionales,⁴⁶ asegura la punibilidad de dichos comportamientos y no niega el principio de justicia universal absoluto que puede ejercerlo cualquier Estado, sin necesidad de tener en su territorio al sujeto en cuestión. Esto se confirma con la previsión que hacen algunos tratados internacionales acerca de no excluir otra jurisdicción ejercida conforme a las leyes nacionales de los Estados parte.

B. Límites negativos jurisdiccionales

El principio de subsidiariedad, señalado en el Artículo 23.5 LOGP excluye la competencia de los tribunales españoles cuando: 1. se hubiera iniciado un procedimiento

45 En cuanto a la vinculación entre el principio de competencia universal y la presencia del presunto autor del crimen en el territorio del Estado que se propone hacer valer su jurisdicción, BROTONS, A., “Pinochet: los límites de la impunidad”, en *Política exterior*, Vol. 13, Núm. 67, pp. 43-54, ha indicado que “no es correcta 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 normas generales del Derecho Internacional que vendrían a legitimar tales previsiones e incluso, actuaciones. Esta legitimación, en tal caso, alcanzaría a los Estados que no sean parte en los convenios. Cfr. ORIHUELA CALATAYUD, E., “Cooperación internacional contra la impunidad. Llenando los vacíos de la jurisdicción territorial”, *Curso de Derecho y Relaciones Internacionales de Vitoria-Gasteiz*, 2000, Disponible en <http://www.ehu.es/cursosderechointernacionalvitoria/ponencias/pdf/2000/2000_5.pdf> [Consulta: 08.08.2015].

46 Dichos convenios se remiten normalmente a los Derechos nacionales para la persecución de dichos hechos delictivos. Por ejemplo, el Artículo 4.3 del Convenio de Naciones Unidas de 1988 no excluye alguna jurisdicción ejercida conforme a las leyes nacionales y establece el principio *aut dedere aut iudicare* para el caso de nacionales y de competencia del Estado en cuyo territorio se encuentra el sujeto. El Artículo 36 del Convenio único de 1961 establece el principio *aut dedere aut iudicare* para todos los casos. Por su parte, la convención de la ONU contra el crimen organizado transnacional de 2002, que obliga a los Estados a cooperar con los demás países contra delitos como el lavado de dinero, la corrupción o la obstrucción de la justicia. El Artículo 15 establece competencias obligatorias, facultativas, el principio *aut dedere aut iudicare* y no se excluye alguna jurisdicción ejercida conforme al Derecho interno de los Estados parte. Además, ello queda avalado por las distintas resoluciones dictadas tanto por el Consejo de Seguridad de la ONU como por la Asamblea General. De dichos pronunciamientos se deriva no solo la declaración del terrorismo como un crimen internacional que pone en peligro la paz y la seguridad internacional, sino la obligación de todos los Estados en colaborar para su persecución y castigo. En algunas de tales resoluciones se declara el principio *aut dedere aut iudicare*, pero en otras se llega a reconocer, en mi opinión, el principio de justicia universal con carácter absoluto, es decir, no sometido a la presencia del sujeto en el territorio del Estado que le pretende enjuiciar. En los tratados internacionales sobre terrorismo, con carácter general se establecen foros de competencia obligatoria, que los Estados deben ejercer, entre estos se establece el principio *aut dedere aut iudicare* y foros de competencia facultativo, en virtud de los cuales el Estado en cuestión puede también ejercer.

en un tribunal internacional (subsidiariedad vertical); 2. la jurisdicción del país en donde hubieran sido cometidos o de nacionalidad de la persona a la que se impute su comisión, siempre que la persona a quien se imputen los hechos no se encuentre en España o, si lo está, vaya a ser extraditado a otro país o transferido a un tribunal internacional, en los términos y las condiciones que se establecen (subsidiariedad horizontal).

Los jueces y tribunales españoles se reservan la posibilidad de continuar ejerciendo su jurisdicción si el Estado no está dispuesto a llevar a cabo la investigación o no puede hacerlo. La valoración de estas circunstancias, conforme a los criterios indicados en el Estatuto de la Corte Penal Internacional, ya no es competencia de la Audiencia Nacional para la instrucción y el enjuiciamiento de estos delitos, sino de la Sala 2 del Tribunal Supremo, que ostentará la facultad de aprobar o no el inicio o la conclusión de los procedimientos en España y la concurrencia o no de cosa juzgada. De tal manera, la valoración de dichas circunstancias por el Tribunal Supremo se convierte en una causa previa a la competencia de la Audiencia Nacional.

También se suprime la posibilidad de su persecución mediante denuncia o mediante el ejercicio de la acción popular, aunque se mantenga la posibilidad de tal ejercicio por el Ministerio Público; se equiparan los delitos internacionales o transnacionales con los delitos privados, en los que se exige a la víctima el ejercicio de la acusación por medio de la presentación de querrela. De este modo, queda excluido el ejercicio de la acción popular para la defensa de determinados bienes jurídicos, cuya persecución responde a la defensa de un interés social o en donde la propia sociedad está ofendida por el delito.⁴⁷

En la Disposición transitoria única de la reforma, por mandato legal, se ha recogido el sobreseimiento de las causas penales hasta la comprobación de su cumplimiento, lo que elimina la posibilidad de cualquier intervención judicial en todas aquellas causas en tramitación por los delitos señalados en el Artículo 23, hasta que se acredite el cumplimiento de sus requisitos, con efecto retroactivo, elimina o limita la persecución de determinados crímenes internacionales. Más de una docena de causas que estaban en tramitación por nuestros tribunales hubieran debido archivar-se. Sin embargo, mientras algunos jueces han interpretado que la IV Convención de Ginebra sobre los derechos del personal civil en zonas de conflicto bélico obliga a los Estados firmantes —España lo hizo en 1952— a perseguir los crímenes de guerra sin restricción, otros han estimado que los tratados internacionales facultan a la justicia española a investigar todas las causas abiertas hasta ahora de justicia universal

47 STC 86/1985, de 10 de julio de 1985 (BOE núm. 194 de 14 de agosto de 1985).

al margen de lo que plantea la nueva ley, por lo que la mayoría de las causas, se ha mantenido menos los casos del Tíbet y contra el grupo Falun Gong.⁴⁸

En conjunción con los designios del Ejecutivo, la pretensión del Legislativo de obligar al Judicial a sobreseer tales causas ha sido un grave atentado contra la división de poderes que informa todo Estado democrático de Derecho. Por último, también es criticable que los delitos no puedan ser perseguidos de oficio por parte de los jueces y magistrados y que además desaparezca la acción popular. La nueva norma especifica que los delitos a los que se refieren los apartados 3 y 4 solo serán perseguibles previa interposición de una querrela por el agraviado o por el Ministerio Fiscal. Esto significa dejar fuera a los jueces e impedir la actuación de la acusación popular, que aparece consagrada en el Artículo 125 CE.

C. Inconstitucionalidad de la ley: incumplimiento de los tratados, la tutela judicial efectiva y la reparación de las víctimas

El nuevo texto incumple las obligaciones contraídas por España en los tratados internacionales, debido a las restricciones y los límites que impone la reforma frente a la posible persecución de ciertos delitos cometidos fuera de nuestras fronteras (genocidio, delitos de lesa humanidad e infracciones contra personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado). Aunque hay quien defiende que nada en el nuevo articulado impide que se cumplan los deberes adquiridos en estos acuerdos, en la medida en que la Constitución hace un llamado muy claro respecto a lo estipulado en los tratados firmados por España y esto aparece reflejado en el literal p del nuevo artículo. Lo cierto es que el Artículo 10.2 CE, en razón al denominado control de convencionalidad (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), en relación con el 96 CE,⁴⁹ determina la inconstitucionalidad de la Ley, por el incumplimiento señalado en particular, del IV Convenio de Ginebra de protección de personas civiles en tiempo de guerra (12 de agosto de 1949); la Convención para la prevención y la sanción del delito de genocidio (Nueva York, 9 de diciembre de 1948); la Convención de Naciones Unidas contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes (adoptada el 10 de diciembre de 1984 y que entró en vigor el

⁴⁸ *Vid. supra* notas 34 y 35.

⁴⁹ Los tratados internacionales válidamente celebrados, una vez publicados de manera oficial en España, formarán parte del ordenamiento interno. Sus disposiciones solo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios tratados o de acuerdo con las normas generales del Derecho Internacional.

26 de junio de 1987); la Convención internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas (Nueva York, 20 de diciembre de 2006) y el Estatuto de Roma (entró en vigor el 1 de julio de 2002).⁵⁰

Por otra parte, esta Ley genera espacios de impunidad cuando se trata de perseguir los crímenes más graves contra la humanidad, con la excusa de la defensa de las víctimas, a quienes clasifica de modo indiscriminado e introduce una restricción constitucionalmente injustificada en el derecho fundamental de las víctimas al acceso al proceso justo con todas las garantías, en los términos reconocidos en el Artículo 24 CE.⁵¹ Debe recordarse que en la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, el principio de justicia universal era absoluto; en Ley Orgánica 1/2009, de 3 de noviembre, el principio de justicia universal era limitado y en el literal b exigía que existieran víctimas de nacionalidad española; en la Ley Orgánica 1/2014, de 13 de marzo, se establece el principio de personalidad pasiva, con dos consecuencias: la primera, la obligatoria concurrencia de la nacionalidad española de la víctima en el momento de comisión de los hechos como requisito de procedibilidad, puesto que deja fuera a las víctimas de un genocidio, crimen de lesa humanidad o de guerra que mediante asilo obtengan la nacionalidad; no obstante, solo exige la residencia en los delitos contra la indemnidad sexual de menores y falsificación de productos médicos, lo que carece de toda proporcionalidad⁵² por la segunda, se produce un trato desigual a las víctimas, sin justificación alguna, de acuerdo con el delito del que se trate, lo que vulnera el principio de igualdad ante la ley y no discriminación del Artículo 14 CE y revela la arbitrariedad prohibida por la Constitución en su Artículo 9.3 Así, se diferencia entre:

- a) Víctimas de primera (delitos de terrorismo, contra la libertad e indemnidad sexual sobre menores de edad, y falsificación de productos médicos y que supongan una amenaza para la salud pública). Se otorga la máxima protección a las víctimas de un delito cometido en cualquier país del mundo.
- b) Víctimas de segunda (tortura, desaparición forzada, violencia contra las mujeres y violencia doméstica y trata de seres humanos). Se concede una protección intermedia, en la medida en que se exige que el imputado se encuentre en España, además de que la víctima sea nacional.

50 También se vulneraría la Resolución de la ASAMBLEA GENERAL, Resolución 60/147, Documento de las Naciones Unidas, de 16 de diciembre de 2005, que establece que los Estados “incorporarán, o aplicarán de otro modo, dentro de su Derecho interno las disposiciones apropiadas relativas a la jurisdicción universal”.

51 Como se afirma en GRUPO PARLAMENTARIO SOCIALISTA, Op. cit., “se niega la tutela a las víctimas, incluso de nacionalidad española, en supuestos en que han sido gravemente vulnerados sus derechos humanos, dándoles un trato de peor condición que a cualquier otro español víctima de otros delitos igualmente graves pero de menor entidad, por la exigencia del requisito de que la persona a la que se impute la comisión del hecho delictivo se encuentre en España”.

52 Ibid.

- c) Víctimas de tercera, “invisibles” (genocidio, lesa humanidad, contra personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado). Se exige 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.⁵³

Por otra parte, el hecho de que la Ley en la disposición transitoria única fuerce a sobreseer “al menos temporalmente”, los casos dudosos hasta no se acrediten los requisitos de los afectados viola otro apartado del Artículo 24 CE, en el que brinda a los ciudadanos la posibilidad de un proceso judicial “con todas las garantías”, como la utilización de los medios de prueba para su defensa o la presunción de inocencia. Además, supone invadir la esfera propia del Poder Judicial y, con ello, la independencia judicial, de acuerdo con el Artículo 117.3.

Todo ello sin obviar que, al eliminar las acusaciones populares en el Artículo 125 CE, del ejercicio jurisdiccional universal, en contra de lo establecido en nuestra Constitución, se ha dejado la acción penal en manos del Ministerio Fiscal y de las acusaciones particulares, porque exige como requisito de procedibilidad la querrela del agraviado o del Ministerio Fiscal.⁵⁴ Asimismo, la restricción del nuevo texto de la LOPJ implica una merma en los derechos reconocidos en el Estatuto de la víctima aprobado por Directiva del Parlamento Europeo (Directiva 2012/29/UE), adoptada el 25 de octubre de 2012, como la obligación del Estado español de facilitar los procedimientos de interposición de denuncias relativas a infracciones penales y su papel en relación con tales procedimientos; esto cercena el régimen asistencial y jurídico previsto para toda la Unión Europea que dota de mayor protección a las víctimas especialmente vulnerables, como las de delitos sexuales, de trata de seres humanos de terrorismo o de grandes delitos con víctimas múltiples. Las restricciones al ejercicio del derecho de acceso a un proceso debido se extienden a las causas que se estaban tramitando en los órganos jurisdiccionales, cuando se prevé la aplicación retroactiva de una serie de requisitos a procedimientos iniciados de acuerdo con una legislación que no contemplaba estos requisitos y desde el punto de vista de las víctimas de estos delitos se limitan, además sus derechos individuales, lo que está prohibido por la Constitución (Artículo 9.3).⁵⁵

53 En el mismo sentido, AUDIENCIA NACIONAL, Juzgado Central de Instrucción Uno, Diligencias Previas 331/99, Auto de 20 de mayo de 2014 y GRUPO PARLAMENTARIO SOCIALISTA, Op. cit.

54 La consecuencia es el impedimento de acceso al procedimiento penal en todos aquellos supuestos en los que no exista una víctima individual o individualizable o exista una pluralidad de sujetos victimizados no particularizados ni concretos, pero sí reales.

55 En este sentido, Vid. GRUPO PARLAMENTARIO SOCIALISTA, Op. cit.

Por último, la deplorable técnica legislativa de la reforma ha causado una gran inseguridad jurídica a la hora de aplicarla provoca una confusión normativa de tal grado, que solo puede ser calificada como contraria a cualquier exigencia de razonabilidad, claridad o certeza y generadora de incertidumbres insuperables sobre la previsibilidad de sus efectos. Ello ha supuesto no solo la impunidad para narcotraficantes apresados en aguas internacionales, sino una disparidad de resoluciones judiciales adoptadas después de la publicación de la norma en el *Boletín Oficial del Estado*.⁵⁶

V. Conclusiones

El principio de justicia universal sirve para prevenir las violaciones sistemáticas o masivas de los derechos humanos, las violaciones del Derecho Internacional Humanitario y las amenazas contra la paz y la seguridad internacionales. Dichas conductas deben ser reprimidas penalmente y los responsables de dichas violaciones deben poder ser juzgados de modo individual por el principio de justicia universal.

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 desnaturaliza y casi erradica la jurisdicción universal de nuestro ordenamiento jurídico. En cuanto a este principio 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.

56 Vid. como a los pocos días, el magistrado-juez del Juzgado Central de Instrucción número 6 dictó un Auto de 31 de marzo de 2014, ha dispuesto la continuación de la instrucción de la causa del Sumario 97/10 por las imputaciones de asesinatos terroristas cometidos contra Ignacio Ellacuría y otras personas en El Salvador, lo que dejó sin efecto el procesamiento por los cargos de lesa humanidad. El 20 de mayo de 2014, el magistrado-juez del Juzgado Central de Instrucción número 1 dictó un Auto que dispone la incoación de sumario por delitos de terrorismo y los conexos de genocidio y crímenes de género, lesa humanidad, torturas, asesinato y detenciones ilegales, para continuar así la instrucción de la causa del llamado caso Guatemala. En la misma línea, como se ha señalado, se han pronunciado los Juzgados Centrales de Instrucción número 5 en relación con el caso de Guantánamo, en Auto de 15 de abril de 2014, que ha decidido proseguir con la investigación judicial por delitos de "torturas y contra la integridad moral, en concurso con uno o varios delitos de crímenes de guerra", supuestamente cometidos contra presos de la base militar estadounidense en Guantánamo (Cuba). También seguirá investigando una acusación de supuesto genocidio en el Sahara, según el AUDIENCIA NACIONAL, Juzgado Central de Instrucción número 5, Sumario 362/2007, Auto de 15 de abril de 2014 y el caso de la Flotilla de la Libertad, de la AUDIENCIA NACIONAL, Juzgado Central de Instrucción número 5, diligencias previas 197/10, Auto de 17 de junio de 2014, abierta en julio de 2010 por la muerte, en mayo de ese año, de nueve activistas turcos en aguas internacionales a manos de soldados israelíes cuando se dirigían a Gaza a bordo del *Mavi Marmara*, un buque de bandera de Comoras, pero registrado en Turquía.

Esta Ley ha empleado una deplorable técnica legislativa en su redacción, lo que conlleva un verdadero galimatías legal en el que se otorgan los principios de territorialidad y personalidad, al introducir una tutela judicial desigual respecto a las víctimas, de acuerdo con el delito del que se trate. Es una ley inconstitucional que lesiona el derecho a la tutela judicial efectiva y el acceso a la justicia, recogido en el Artículo 24 de la CE, de víctimas de delitos jurídicamente reprochables y les desprovee de la legitimidad procesal activa de la que gozaban en pleno proceso en los casos ya iniciados o a víctimas actuales y futuras y otros principios constitucionales como los de seguridad jurídica e interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos (Artículo 9.3 CE), contra el principio de acción popular (Artículo 125 CE), contra el principio de exclusividad de la potestad jurisdiccional (Artículo 117 CE), contra el principio de igualdad (Artículo 14 CE) y también vulnera el Derecho Internacional (Artículo 10.2 CE) y los convenios internacionales ratificados por España; así, pretende su inaplicación sin haber utilizado el procedimiento constitucionalmente previsto para ello (Artículo 96 CE).⁵⁷

Esta reforma genera más inseguridad, puesto que supone el final del último instrumento contra la impunidad de aquellos que han cometido los crímenes internacionales más graves. La renuncia a la persecución de gravísimos delitos, realizada por el Estado español, con esta Ley, manda un mensaje de impunidad a los responsables de los mismos, a la vez que afianza la convicción de otros potenciales autores de que estas conductas pueden quedar sin castigo y extiende el efecto corrosivo de la impunidad.⁵⁸

En suma, como ha manifestado Ollé Sesé, esta Ley debilita el Estado de Derecho, contraviene el Derecho Internacional, limita la tutela de los derechos humanos, vilipendia la dignidad de las víctimas de estos horribles crímenes internacionales y garantiza la impunidad de sus autores.⁵⁹ Con ella se ha obviado la máxima de que la seguridad de las sociedades solo disminuye en la medida en que aumenta la de los derechos humanos en todo el mundo, por lo que no debe existir impunidad frente a los crímenes internacionales. Solo así podrá conseguirse la aspiración de que el Derecho convierta a la sociedad en un entorno humano donde la impunidad pretendida cede ante el peso de las razones de las víctimas y del horror de la humanidad; es la aspiración de la necesidad de justicia universal.

57 GRUPO PARLAMENTARIO SOCIALISTA, Op. cit.

58 Ibid.

59 PÉREZ CEPEDA, A.I., “Comunicado sobre la proposición de Ley del Principio de Justicia Universal”, 2014, Disponible en <<http://www.crimen.eu/es/noticias/blog/54-entrada-6>> [Consulta: 08.08.2014].

Crónica de una muerte anunciada: la jurisdicción de los tribunales españoles sobre crímenes internacionales antes y después de la Ley Orgánica 1/2014 relativa a la justicia universal

Chronicle of a Death Foretold: the Jurisdiction of Spanish Courts over International Crimes before and after Organic Law 1/2014 on Universal Jurisdiction

Crônica de uma morte anunciada: a jurisdição dos tribunais espanhóis sobre crimes internacionais desde a lei orgânica 6/1985 do poder judicial à lei orgânica 1/2014 relativa à justiça universal

Enrique Carnero Rojo*

Fecha de recepción: 25 de marzo de 2015.

Fecha de aprobación: 1 de junio de 2015.

Doi:

Para citar este artículo: CARNERO ROJO, E., "Crónica de una muerte anunciada: la jurisdicción de los tribunales españoles sobre crímenes internacionales antes y después de la Ley Orgánica 1/2014 relativa a la justicia universal", *Anuario Iberoamericano de Derecho Internacional Penal*, Anidip, vol. 3, 2015, pp. 41-77.

doi:

Resumen

En marzo de 2014, el Parlamento español reformó la jurisdicción universal de los tribunales nacionales. El presente artículo analiza la evolución legislativa que condujo a esta reforma, sus orígenes políticos y sus consecuencias en la práctica judicial. Tal análisis demuestra que las limitaciones al ejercicio de la jurisdicción española sobre crímenes internacionales cometidos en el extranjero contra víctimas no españolas

* Oficial jurídico de la Oficina Pública de Defensa de las Víctimas de la Corte Penal Internacional; asesor jurídico adjunto de la Fiscalía de la Corte Penal Internacional (2004-2009); licenciado en Derecho, Universidad de Deusto (España); magíster en Derecho Internacional Público, Universidad de Leiden (Países Bajos); doctorando en Derecho Internacional Penal, Universidad de Utrecht (Países Bajos). La jurisprudencia analizada en este artículo comprende hasta mediados del mes de junio de 2015. Las opiniones expresadas en este artículo son exclusivamente las opiniones personales del autor y no representan las de la Corte Penal Internacional. Correo electrónico: enriquecarnero@gmail.com

comenzaron por vía judicial en el año 2003. Cuando dichas limitaciones fueron declaradas contrarias a la Constitución española, el legislador enmendó la ley en 2009 para establecer límites al ejercicio de la jurisdicción universal por razones económicas y diplomáticas y lo hizo de nuevo en 2014, con la intención aparente de impedir directamente el ejercicio de dicha jurisdicción. Esta última reforma, llevada a cabo de manera unilateral y expedita, impuso estrictas condiciones legales a la jurisdicción universal en España y desnaturalizó por completo su ejercicio. La deficiente calidad jurídica de la reforma no solo ha generado tensiones dentro de los tribunales, al impedirles seguir conociendo de la mayoría de los crímenes internacionales que estaban siendo investigados, sino que también ha dado lugar a una preocupante falta de seguridad jurídica de cara a procesos futuros.

Palabras clave: jurisdicción universal absoluta, jurisdicción universal limitada, jurisdicción universal condicionada, crímenes internacionales, crímenes transnacionales, España.

Abstract

In March 2014, the Spanish Parliament amended the universal jurisdiction of Spanish tribunals. This article analyzes the legislative developments that led to this reform, its political reasons and its consequences in judicial practice. This analysis shows that the limitations to the exercise of Spanish jurisdiction over international crimes committed abroad against non-Spanish victims were first adopted by Spanish courts in 2003. When such restrictions were declared contrary to the Spanish Constitution, the legislature amended the law in 2009 in order to limit the exercise of universal jurisdiction for economic and diplomatic reasons, and it did so again in 2014 with the apparent intention of directly preventing the exercise of said jurisdiction. The latter reform, carried out unilaterally and expeditiously, imposed strict legal conditions to the exercise of universal jurisdiction in Spain, and completely distorted its exercise. The poor legal quality of the reform has not only given rise to tensions among the judges by preventing them from continuing to hear about most international crimes they were investigating, but has also brought about a worrying lack of legal certainty for future proceedings.

Keywords: absolute universal jurisdiction, limited universal jurisdiction, conditional universal jurisdiction, international crimes, transnational crimes, Spain.

Resumo

Em março de 2014, o Parlamento espanhol reformou a jurisdição universal dos tribunais espanholes. O presente artigo analisa a evolução legislativa que levou a esta reforma, suas origens políticas e suas consequências na prática judicial. Tal análise

demonstra que as limitações ao exercício da jurisdição espanhola sobre crimes internacionais cometidos no estrangeiro contra vítimas não espanholas começaram por via judicial no ano 2003. Quando ditas limitações foram declaradas contrárias à Constituição Espanhola, o legislador emendou a lei por razões económicas e diplomáticas, estabelecendo limites legais ao exercício da jurisdição universal espanhola em 2009, e com a intenção aparente de impedir diretamente o exercício de dita jurisdição em 2014. Esta última reforma, levada a cabo de forma unilateral e expedita, impôs estritas condições legais ao exercício da jurisdição universal na Espanha, desnaturalizado por completo seu exercício. A deficiente qualidade jurídica da reforma não só tem gerado tensões dentro dos tribunais ao impedi-les continuar conhecendo da maioria dos crimes internacionais que estavam sendo investigados, mas também tem ocasionado uma preocupante falta de segurança jurídica de cara a processos futuros.

Palavras-chave: Jurisdição universal absoluta, jurisdição universal limitada, jurisdição universal condicionada, crimes internacionais, crimes transnacionais, Espanha.

I. Introducción

A raíz de los famosos casos Pinochet (1996-2000) y Scilingo (1996-2007), los tribunales penales españoles y algunos de sus jueces fueron considerados como aliados de la defensa de las víctimas de cualquier nacionalidad frente a crímenes de Derecho Internacional como el genocidio y los crímenes de lesa humanidad. No obstante, las actuaciones de la Audiencia Nacional española contra el antiguo jefe de Estado chileno y el antiguo teniente de fragata argentino por supuestos delitos de genocidio, terrorismo y torturas, cometidos respectivamente en Chile y Argentina contra víctimas no solo españolas durante el período comprendido entre 1976 y 1983, precipitó una avalancha de críticas periodísticas, estudios doctrinales y reacciones políticas que siguen vigentes casi veinte años después.

Desde entonces, varios casos han sido abiertos en la Audiencia Nacional por crímenes cometidos fuera de España contra víctimas de diferentes nacionalidades. Esta llamada “jurisdicción universal” de los tribunales españoles ha dado lugar a decisiones muy delicadas tanto desde el punto de vista de su fundamentación legal como desde el punto de vista de sus efectos sobre las relaciones políticas, económicas y diplomáticas de España con los países donde supuestamente se cometieron los crímenes investigados. Por un lado, los tribunales españoles no siempre han estado de acuerdo sobre la extensión de su jurisdicción sobre crímenes internacionales, lo que ha dado lugar a una extensa jurisprudencia, en ocasiones contradictoria. Por otro,

parece que varios países han ejercido presiones diplomáticas sobre el Gobierno español, con la intención de limitar el ejercicio de dicha jurisdicción o la ejecución de las órdenes de cooperación y arresto dictadas por tribunales españoles.

En estas circunstancias, la base legal que permite a los jueces españoles conocer de crímenes de Derecho Internacional cometidos fuera del territorio español fue modificada en 2009, con el fin de limitar de forma gradual la jurisdicción universal de los tribunales nacionales. Sin embargo, no ha sido hasta marzo de 2014 que la nueva reforma de la jurisdicción universal de los tribunales españoles, operada por la Ley Orgánica 1/2014, de 13 de marzo de 2014, ha terminado de desnaturalizar esta institución. Más que discutir el contenido de esta última reforma, que ha sido objeto de notable atención en los últimos meses por autores españoles, el presente artículo pretende centrarse en la manera en que se ha desarrollado este proceso político y legal y las consecuencias que ha dejado.

En primer lugar, expondremos la evolución legislativa y jurisprudencial de la llamada jurisdicción universal española hasta el año 2014, con referencia a la base legal de dicha jurisdicción y a su aplicación en diferentes casos de genocidio, crímenes de lesa humanidad, crímenes de guerra, terrorismo y piratería (secciones 1 y 2). Identificaremos cronológicamente las opiniones contradictorias de varios tribunales acerca de la extensión de su jurisdicción sobre crímenes de Derecho Internacional, así como la reflexión del legislador español sobre esta jurisprudencia a la hora de modificar la ley. En segundo lugar, analizaremos en detalle la enmienda de la jurisdicción universal española llevada a cabo por la Ley Orgánica 1/2014, de 13 de marzo de 2014 (sección 3). Explicaremos las posibles causas de esta reforma, su contenido y sus eventuales consecuencias tanto en los casos en curso a la hora de aprobarse como en posibles casos futuros. Por último, unas conclusiones a modo de resumen cierran este artículo, en las que se analiza hasta qué punto el proceso político-jurídico descrito en las secciones precedentes ha desembocado en la derogación *de facto* y con efectos retroactivos del principio de jurisdicción universal en España.

II. Establecimiento y desarrollo en España de la jurisdicción universal absoluta (1985-2009)

La Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ)¹ regula el estatuto legal de los jueces y magistrados españoles, la elección, la composición y las funciones del Consejo General del Poder Judicial y la formación, la composición, el funcionamiento y la

1 Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, entrada en vigor el 3 de julio de 1985 (BOE Nº 157, 2 de julio de 1985, pp. 20632-20678).

jurisdicción de las cortes y los tribunales españoles. En lo que respecta a este último punto, el Artículo 23 LOPJ, en su redacción original de julio de 1985, extendía la jurisdicción española sobre hechos cometidos por españoles o extranjeros fuera del territorio español cuando fueran susceptibles de tipificarse, según la ley penal española, como alguno de los delitos más graves que son de trascendencia para la comunidad internacional, como el genocidio y otros que, según los tratados o convenios internacionales, deben ser perseguidos en España. En consecuencia, la LOPJ otorgaba a los tribunales españoles jurisdicción universal “absoluta” sobre crímenes de Derecho Internacional, es decir, atribuía la jurisdicción solo en consideración de la naturaleza del delito, sin sometimiento a criterios restrictivos de corrección o procedibilidad y sin ordenación jerárquica alguna frente al resto de reglas de atribución competencial, como el lugar en donde se cometió el delito o la nacionalidad de la víctima o del autor.²

En concreto, el Artículo 23.4 LPOJ concedía jurisdicción a los tribunales españoles para investigar, perseguir y castigar determinados crímenes “independientemente del lugar de comisión y sin consideración a vínculo alguno de nacionalidad activa o pasiva en base a que [los crímenes en ese artículo] afecta[n] a bienes jurídicos de los que es titular la comunidad internacional en su conjunto”.³ El único límite al ejercicio de esta jurisdicción era la absolucón, la condena o el perdón del sospechoso por tribunales extranjeros (Artículos 23.2.c. y 23.5 LOPJ)⁴ o su inmunidad jurisdiccional conforme al Derecho Internacional público.⁵ La presencia del sospechoso en

- 2 BLANCO CORDERO, I., “Jurisdicción universal: elación general”, en *Revue internationale de droit pénal/International Review of Penal Law*, Vol. 79, Núm. 1-2, 2008, p. 105; FERNÁNDEZ-PACHECO ESTRADA, C., “Domestic Prosecution of Genocide: Fragmentation or Natural Diversity?”, en L. VAN DEN HERIK y C. STAHN (eds.), *The Diversification and Fragmentation of International Criminal Law*, Martinus Nijhoff, Leiden, 2012, p. 444.
- 3 Introducción de la Ley Orgánica 13/2007, de 19 de noviembre, para la persecución extraterritorial del tráfico ilegal o la inmigración clandestina de personas, BOE N° 278, 20 de noviembre de 2007, p. 47334. Sobre las diferencias entre el principio de jurisdicción universal y otros principios jurisdiccionales en el orden penal, Vid. BLANCO CORDERO, I., “Jurisdicción universal: Relación general”, Op. cit., p. 63.
- 4 GOBIERNO DE ESPAÑA, “Alcance y aplicación del principio de jurisdicción universal: información proporcionada por España”, nota de información remitida a la Sexta Comisión de la Asamblea General de las Naciones Unidas, de 12 de noviembre de 2010, p. 4. Vid. también Sumario 19/1997 [Argentina-Scilingo], AUDIENCIA NACIONAL, Sala de lo Penal, Pleno, Rollo de apelación 84/1998, Auto de 4 de noviembre de 1998, fdtos. jdcos. 8-9; Sumario 1/1998 [Chile-Pinochet], AUDIENCIA NACIONAL, Sala de lo Penal, Pleno, Rollo de apelación 173/1998, Auto de 5 de noviembre de 1998, fdto. jdco. 8; TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, Sentencia 237/2005 [Guatemala-Ríos Montt et al.], de 26 de septiembre de 2005, BOE N° 258, 28 de octubre de 2005, pp. 45-57, fdto. jdco. 3; TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, Sentencia 227/2007 [China-Falun Gong/Jiang Zemin et al.], de 22 de octubre de 2007, BOE N° 284, 27 de noviembre de 2007, pp. 21-27, fdto. jdco. 5.a). Vid. también AUDIENCIA NACIONAL, Juzgado Central de Instrucción N° 4, Diligencias previas 157/2008 [Gaza/Al Daraj-Ben-Eliezer et al.], Auto de 4 de mayo de 2009, razonamiento jdco. 4.
- 5 Vid. e. g. los casos de Hassan II (Marruecos), AUDIENCIA NACIONAL, Juzgado Central de Instrucción N° 5, Auto de 23 de diciembre de 1998; Fidel Castro (Cuba), AUDIENCIA NACIONAL, Sala de lo Penal, Pleno, Autos de 4 de marzo de 1999 y 13 de diciembre de 2007; y Hugo Chávez et al. (Venezuela), AUDIENCIA NACIONAL, Juzgado Central de Instrucción N° 4, Auto de 24 de marzo de 2003.

territorio español no era un requisito para que los tribunales españoles pudieran iniciar el procedimiento penal, llevar a cabo las investigaciones pertinentes y ordenar el arresto del sospechoso. Esta presencia solo era necesaria para que el juicio contra él pudiera dar comienzo, ya que el enjuiciamiento en rebeldía de estos crímenes no es conforme al ordenamiento español.⁶

Desde su aprobación en 1985, los crímenes contemplados en el Artículo 23.4 LOPJ como perseguibles por tribunales españoles aun habiendo sido cometidos fuera de España por personas de cualquier nacionalidad variaron muy poco en número y naturaleza hasta marzo de 2014. Durante estos casi treinta años, las enmiendas más importantes se produjeron en mayo de 1999, julio de 2005, noviembre de 2007 y noviembre de 2009, cuando el legislador español extendió la jurisdicción universal de los tribunales españoles para incluir los delitos de corrupción de menores, mutilación genital femenina, tráfico ilegal o inmigración clandestina de personas y lesa humanidad, respectivamente.⁷ De acuerdo con la lista de crímenes contenida en el Artículo 23.4 LOPJ, los jueces españoles también gozaban de jurisdicción universal absoluta sobre crímenes de genocidio, terrorismo, piratería, apoderamiento ilícito de aeronaves y tráfico de drogas. Esta lista cerrada de delitos perseguibles bajo el principio de justicia universal acababa con una cláusula de remisión a “cualquier otro [delito] que, según los tratados o convenios internacionales,

6 TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, Sentencia 237/2005 [Guatemala-Ríos Montt et al.], de 26 de septiembre de 2005, *BOE* Nº 258, 28 de octubre de 2005, pp. 45-57, fdo. jdco. 7. *Vid.* BLANCO CORDERO, I., “Jurisdicción universal: relación general”, *Op. cit.*, p. 107, sobre la discusión del llamado “vínculo legitimador”; GIL GIL, A., “España. Los nuevos instrumentos de implementación del Estatuto de la Corte Penal Internacional en la legislación española”, en K. AMBOS y E. MALARINO (eds.), *Persecución penal nacional de crímenes internacionales en América Latina y España*, Fundación Konrad Adenauer Stiftung, Montevideo, 2003, p. 358.

7 Artículo 23.4.e, LOPJ, redactado por la disposición final única de la Ley Orgánica 11/1999, de 30 de abril, de modificación del Título VIII del Libro II del Código Penal, aprobado por Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, *BOE* Nº 104, 1 de mayo de 1999, p. 16102; Artículo 23.4.g) LOPJ redactado por el Artículo Único 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, *BOE* Nº 163, 9 de julio de 2005, p. 24457; Artículo 23.4.g) LOPJ, redactado por el artículo primero de la Ley Orgánica 13/2007, de 19 de noviembre, para la persecución extraterritorial del tráfico ilegal o la inmigración clandestina de personas *BOE* Nº 278, 20 de noviembre de 2007, p. 47335; y Artículo 23.4.a) LOPJ, redactado por el número uno del Artículo 1 de la Ley Orgánica 1/2009, de 3 de noviembre, complementaria de la Ley de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina judicial, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, *BOE* Nº 266, 4 de noviembre de 2009, pp. 92091-92092.

deba ser perseguido en España”⁸ lo que incluía, por ejemplo, las violaciones graves de los Convenios de Ginebra⁹ y los delitos de tortura.¹⁰

En uso de este marco legal, los jueces españoles dieron tutela a víctimas que ejercieron acciones penales contra sus victimarios por crímenes de Derecho Internacional cometidos fuera de España. Desde 1998, la Audiencia Nacional en Madrid, el único tribunal español competente para juzgar los crímenes enumerados en el Artículo 23 LOPJ cometidos fuera de España,¹¹ abrió más de treinta investigaciones relativas a casos de genocidio, crímenes de lesa humanidad, crímenes de guerra, torturas, terrorismo y piratería, presuntamente cometidos desde la Segunda Guerra Mundial hasta la actualidad en Afganistán, Alemania, Argentina, Austria, Birmania, Chile, China, Colombia, Cuba, Guinea Ecuatorial, El Salvador, Gaza, Guatemala, Irak, Israel, México, Marruecos, Pakistán, Perú, Ruanda, Sahara Occidental, Venezuela y aguas internacionales cercanas a Israel y Somalia. A pesar de haber emitido solo una sentencia al tiempo de escribir estas líneas,¹² la evolución jurisprudencial en estos casos dio lugar a diferentes interpretaciones del Artículo 23.4 LOPJ.

Por un lado, el Pleno de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, en apelación en los años 1998 y 2000, decidió que el ejercicio de la jurisdicción universal bajo el Artículo 23.4 LOPJ estaba sometido a un criterio competencial subsidiario. En consecuencia, la Audiencia Nacional solo ejercería su jurisdicción sobre hechos delictivos extraterritoriales cuando los tribunales extranjeros hubieran decidido

8 Sobre la cláusula de cierre más amplia contenida en el Artículo 118 de la Constitución nacional argentina (delitos “contra el derecho de gentes”), Vid. MALARINO, E., “Argentina”, en K. AMBOS y E. MALARINO (eds.), *Persecución penal nacional de crímenes internacionales en América Latina y España*, Fundación Konrad Adenauer Stiftung, Montevideo, 2003, pp. 43 y 64.

9 El Tribunal Supremo español admitió la jurisdicción universal sobre crímenes de guerra cuando estos constituyeran violaciones graves de los Convenios de Ginebra por efecto de la interacción del Artículo 23.4.h) LOPJ con lo dispuesto en los Convenios de Ginebra. Vid. TRIBUNAL SUPREMO, Sala de lo Penal, Diligencias previas 99/2003 [Iraq-“Couso”/De Camp et al.], Recurso 829/2006, Sentencia de 11 de diciembre de 2006, fdtos. de dcho. 7 y 12. Sobre la necesidad de incluir una referencia expresa a otros crímenes de guerra, Vid. GIL GIL, A., “El principio de jurisdicción universal: España”, *Revue internationale de droit pénal/International Review of Penal Law*, Vol. 79, Núm. 1-2, CD-ROM Annexe, 2008, pp. 137 y 140.

10 Vid. 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*, Oficina de Promoción de la Paz y de los Derechos Humanos, Generalitat de Catalunya, Barcelona, 2009, p. 132; OLLÉ SESÉ, M., “El principio de justicia universal en España: del caso Pinochet a la situación actual”, en J. TAMARIT SUMALLA (coord.), *Justicia de transición, justicia penal internacional y justicia universal*, Atelier, Barcelona, 2010, p. 241.

11 Artículo 65.1.e) LOPJ; y Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores, BOE Nº 11, 13 de enero de 2000, pp. 1422-1441, Artículo 2.4.

12 AUDIENCIA NACIONAL, Sala de lo Penal, Sección 3a, Sumario 19/1997 [Argentina-Scilingo], Sentencia de 19 de abril de 2005.

no actuar o hubieran permanecido inactivos.¹³ Por su parte, al resolver apelaciones contra estas decisiones, el Tribunal Supremo dictaminó en 2003 que, según el Artículo 23.4 LOPJ, los tribunales españoles tenían jurisdicción sobre crímenes que no se hubieran cometido en territorio español solo si i) tal jurisdicción estaba expresamente contemplada en un tratado internacional ratificado por España, o ii) había un “vínculo o nexo de conexión” con intereses españoles, como que el presunto autor del delito se hallara en territorio español, que las víctimas fueran de nacionalidad española o que existiera otro punto de conexión directo con intereses nacionales españoles.¹⁴ Además, el Tribunal Supremo confirmó el principio de necesidad de la intervención jurisdiccional española: una intervención conforme al principio de justicia universal quedaba excluida cuando la jurisdicción territorial (o un tribunal internacional competente) se encontrara persiguiendo de modo efectivo el delito de carácter universal cometido en su propio país.¹⁵

En otras palabras, la Audiencia Nacional y el Tribunal Supremo relativizaron su jurisdicción absoluta sobre crímenes de Derecho Internacional mediante el uso

13 AUDIENCIA NACIONAL, Sala de lo Penal, Pleno, Sumario 19/1997 [Argentina-Scilingo], Rollo de apelación 84/1998, Auto de 4 de noviembre de 1998, fdto. jdco. 2; AUDIENCIA NACIONAL, Sala de lo Penal, Pleno, Sumario 1/1998 [Chile-Pinochet], Rollo de apelación 173/1998, Auto de 5 de noviembre de 1998, fdto. jdco. 2; AUDIENCIA NACIONAL, Sala de lo Penal, Pleno, Sumario 331/1999 [Guatemala-Ríos Montt et al.], Rollo de apelación 115/2000, Auto de 13 de diciembre de 2000, fdto. jdco. 2.

14 TRIBUNAL SUPREMO, Sala de lo Penal, Sumario 331/1999 [Guatemala-Ríos Montt et al.], Recurso 803/2001, Sentencia de 25 de febrero de 2003, fdto. de dcho. 9-10. Siete de los 15 magistrados firmaron un voto particular conjunto afirmando que “la afectación de víctimas o intereses españoles [...] puede actuar [...] como nexo de conexión con un interés nacional, que refuerce las razones que justifican que la Jurisdicción española acepte el conocimiento del asunto” y que “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 nacionales 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 práctica el principio de jurisdicción universal, convirtiendo la excepción en regla”. *Id.*, voto particular, fdto. de dcho. 7 y 11. Para un análisis detallado de esta sentencia, *Vid.* PÉREZ-CRUZ MARTÍN, A. J., “Extensión y límites de la competencia internacional de los tribunales españoles”, en *Diario de Jurisprudencia*, Núm. 1807, 16 de junio de 2003, pp. 1-9; ASCENSIÓ, H., “Are Spanish Courts Backing Down on Universality? The Supreme Tribunal’s Decision in Guatemalan Generals”, en *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 1, Núm. 3, 2003, pp. 690-702. *Vid.* también TRIBUNAL SUPREMO, Sala de lo Penal, Sumario 19/1997 [Chile-“Carmelo Soria”/Brady et al.], Recurso 1812/2002, Sentencia de 8 de marzo de 2004, fdto. de dcho. 5; Diligencias previas 318/2003 [China-“Falun Gong”/Jiang Zemin et al.], Recurso 1351/2004, Sentencia de 18 de marzo de 2005, fdto. de dcho. 2 y 4.

15 TRIBUNAL SUPREMO, Sala de lo Penal, Sumario 331/1999 [Guatemala-Ríos Montt et al.], Recurso 803/2001, Sentencia de 25 de febrero de 2003, fdto. de dcho. 10; TRIBUNAL SUPREMO, Sala de lo Penal, Diligencias previas [Perú-Fujimori et al.], Recurso 633/2002, Sentencia de 20 de mayo de 2003, fdto. de dcho. 5-6. *Vid.* también TRIBUNAL SUPREMO, Sala de lo Penal, Sumario 19/1997 [Argentina-Scilingo], Recurso 945/2003, Sentencia de 15 de noviembre de 2004, fdto. de dcho. 6 *in fine*.

de los principios de subsidiariedad y de conexión.¹⁶ Al aplicar estos principios, limitaron su jurisdicción a los crímenes alegados contra víctimas de nacionalidad española en los casos Ríos Montt *et al.* (Guatemala) y Brady (Chile) y rechazaron cualquier tipo de competencia en los casos Fujimori *et al.* (Perú) y “Falun Gong”/ Jiang Zemin *et al.* (China), pues tuvieron en cuenta la iniciación de procesos penales en las jurisdicciones *a quo* contra varios de los querrelados o la falta de existencia de vínculos de conexión de los hechos con el ámbito jurisdiccional español.¹⁷ En cambio, bajo los mismos criterios, el caso Scilingo (Argentina) continuó tramitándose en España hasta su conclusión en 2007, después de que la Audiencia Nacional y el Tribunal Supremo apreciaran i) la existencia de varios vínculos de conexión directa con intereses nacionales, como la presencia del sospechoso en España y la presencia de víctimas españolas, y ii) la inexistencia de procesos en Argentina relativos a los hechos investigados en España o su falta de efectividad por injerencias no legítimas de los otros poderes del Estado.¹⁸

Además, en el año 2003, el legislador español aprobó la Ley Orgánica 18/2003 de cooperación con la Corte Penal Internacional, que afectó igualmente al ejercicio de la jurisdicción universal por los tribunales españoles, aunque sin proceder a una modificación expresa del Artículo 23.4 LOPJ.¹⁹ En concreto, el Artículo 7 de la Ley Orgánica 18/2003 incorporó una condición de subsidiariedad de la jurisdicción universal española para casos que puedan ser de la competencia de la Corte Penal Internacional, que se refieran a hechos sucedidos fuera de España y cuyos presuntos autores no

16 Vid. por todas: AUDIENCIA NACIONAL, Sala de lo Penal, Pleno, Diligencias previas 157/2008 [Gaza/Al Daraj-Ben-Eliezer et al.], Rollo de apelación 31/2009, Auto de 9 de julio de 2009, fdto. jdco. 3(B); TRIBUNAL SUPREMO, Sala de lo Penal, Pleno, Recurso 1979/2009, Auto de 4 de marzo de 2010, razonamiento jdco. 2.

17 Vid. *supra* notas 13-15.

18 AUDIENCIA NACIONAL, Sala de lo Penal, Sección 3a, Sumario 19/1997 [Argentina-Scilingo], Auto de 27 de junio de 2003, razonamientos jdcos. 7-8; AUDIENCIA NACIONAL, Sala de lo Penal, Sección 2a, Sumario 19/1997 [Argentina-Scilingo], Auto de 28 de julio de 2003, razonamiento jdco. 1; TRIBUNAL SUPREMO, Sala de lo Penal, Sumario 19/1997 [Argentina-Scilingo], Recurso 945/2003, Sentencia de 15 de noviembre de 2004, fdto. de dcho. 6; TRIBUNAL SUPREMO, Sala de lo Penal, Sumario 19/1997 [Argentina-Scilingo], Recurso 10049/2006, Sentencia de 1 de octubre de 2007, fdto. de dcho. 7.1. Para una análisis crítico de la decisión del Tribunal Supremo, Vid. TOMÁS ORTIZ DE LA TORRE, J. A., “A vueltas con la competencia judicial penal internacional de los tribunales de España: el caso ‘Scilingo’: nota a la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) de 15 de noviembre de 2004”, en *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, Vol. IV, 2004, pp. 215-238; GIL GIL, A., “El principio de jurisdicción universal: España”, Op. cit., pp. 133-134. Vid. también AUDIENCIA NACIONAL, Sala de lo Penal, Sección 3a, Sumario 19/1997 [Argentina-Scilingo], Sentencia de 19 de abril de 2005, fdto. de dcho. 1(B), párrs. 6.2 y 6.8. Otros casos que formaban parte de este sumario, incluidos los casos contra Jorge Rafael Videla y otros miembros de la Junta Militar argentina durante la década del setenta, fueron remitidos a Argentina una vez que su investigación fue posible allí. Vid. AUDIENCIA NACIONAL, Juzgado Central de Instrucción Nº 5, Sumario 19/1997 [Argentina], Autos de 30 de agosto y 3 de octubre 2003.

19 GOBIERNO DE ESPAÑA, “Alcance y aplicación del principio de jurisdicción universal: información proporcionada por España”, Op. cit., p. 6.

sean nacionales españoles. En tales casos, los organismos públicos españoles deben abstenerse de actuar y deben consultar con el fiscal de la Corte Penal Internacional.²⁰ En otras palabras, en estos supuestos, la jurisdicción universal podrá ser ejercida en España, tras ofrecer a la Corte Penal Internacional la posibilidad de que ejerza su competencia internacional en primer lugar.²¹

Frente a las limitaciones legales y las interpretaciones restrictivas de la jurisdicción universal española ya mencionadas, en los años 2005 y 2007 el Tribunal Constitucional español decidió, en última instancia,²² en los casos *Ríos Montt et al.* (Guatemala) y “Falun Gong”/Jiang Zemin *et al.* (China) que:

[...] el art. 23.4 LOPJ otorga, en principio, un alcance muy amplio al principio de justicia universal, puesto que la única limitación expresa que introduce respecto de ella es la de la cosa juzgada; esto es, que el delincuente no haya sido absuelto, indultado o penado en el extranjero. En otras palabras, [...] la Ley Orgánica del Poder Judicial instaura un principio de jurisdicción universal absoluto, es decir, sin sometimiento a criterios restrictivos de corrección o procedibilidad, y sin ordenación jerárquica alguna con respecto al resto de las reglas de atribución competencial.²³

- 20 Ley Orgánica 18/2003, de 10 de diciembre, de Cooperación con la Corte Penal Internacional, *BOE* N° 296, 11 de diciembre de 2003, pp. 44062-44068, Artículos 7(2) y (3). Vid. 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*, Op. cit., pp. 117-119; FEIJOO SÁNCHEZ, B., “El principio de justicia universal en el Derecho Penal español tras la reforma mediante la LO 1/2009: Comentario crítico al Auto del Pleno de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional de 27 de Octubre de 2010 (“caso Tíbet”) y al voto particular que formulan tres magistrados”, en *Revista para el Análisis del Derecho*, Vol. 788, Núm. 1, 2011, pp. 26-27; GIL GIL, A., “España. Los nuevos instrumentos de implementación del Estatuto de la Corte Penal Internacional en la legislación española”, en K. AMBOS, E. MALARINO, y J. WOISCHNIK (eds.), *Temas actuales del Derecho Penal Internacional: contribuciones de América Latina, Alemania y España*, Fundación Konrad Adenauer Stiftung, Montevideo, 2005, pp. 164-165; y PIGRAU I SOLÉ, A., “Desvirtuando la jurisdicción universal en España: del caso Guatemala a la Ley Orgánica 18/2003 de cooperación con la Corte Penal Internacional”, en A. J. RODRÍGUEZ CARRIÓN y E. PÉREZ VERA (coords.), *Soberanía del Estado y Derecho Internacional: homenaje al profesor Juan Antonio Carrillo Salcedo*, Universidad de Sevilla, Sevilla, 2005, Vol. 2, p. 1081.
- 21 Vid. OLASOLO, H., “Spain”, en C. KREB et al. (eds.), *The Rome Statute and Domestic Legal Orders. Volume II: Constitutional Issues, Cooperation and Enforcement, Nomos-II Sirente, Baden Baden*, 2005, p. 380.
- 22 El Tribunal Supremo, con jurisdicción en todo el territorio nacional español, es el tribunal superior en todos los órdenes (civil, penal, contencioso-administrativo y social), salvo lo dispuesto en materia de garantías y derechos constitucionales, cuya competencia corresponde al Tribunal Constitucional. Vid. Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, entrada en vigor el 3 de julio de 1985, *BOE* N° 157, 2 de julio de 1985, pp. 20632-20678, Artículo 53.
- 23 TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, Sentencia 237/2005 [Guatemala-Ríos Montt et al.], de 26 de septiembre de 2005, *BOE* N° 258, 28 de octubre de 2005, pp. 45-57, fdto. jdco. 3; TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, Sentencia 227/2007 [China-“Falun Gong”/Jiang Zemin et al.], de 22 de octubre de 2007, *BOE* N° 284, 27 de noviembre de 2007, pp. 21-27, fdto. jdco. 5.a). Para un análisis detallado de la sentencia en el caso Guatemala, el caso como tal y sus posibles consecuencias, Vid. ROHT-ARRIAZA, N., “Guatemala Genocide Case, Judgment No. STC 237/2005”, *American Journal of International Law*, Vol. 100, Núm. 1, 2006, pp. 207-213;

Además, en cuanto a la concurrencia de jurisdicciones, el Tribunal Constitucional falló que, aunque el principio de subsidiariedad era útil para determinar la prioridad de la jurisdicción territorial sobre la española:

[...] para la activación de la jurisdicción universal extraterritorial [española] habría de ser, entonces, suficiente con que se aportaran, de oficio o por la parte actora, indicios serios y razonables de la inactividad judicial [en el país a quo] que vinieran a acreditar una falta, ya de voluntad, ya de capacidad para la persecución efectiva de los crímenes. No obstante, el Auto [recurrido] [...] va más allá y requiere de los denunciantes una acreditación plena de la imposibilidad legal o de la prolongada inactividad judicial.²⁴

Al mismo tiempo, el Tribunal Constitucional rechazó el principio del vínculo de conexión definido por el Tribunal Supremo y dictó que la exigencia de que el presunto responsable de los delitos denunciados se hallara en territorio español (vínculo de territorialidad), de que las víctimas tuvieran nacionalidad española (vínculo de personalidad pasiva) o de que los delitos cometidos estuvieran vinculados con otros intereses españoles relevantes (vínculo real, de protección o de defensa) era un requisito añadido no contemplado en la Ley, que no tenía base ni en el Derecho Internacional consuetudinario ni en tratados internacionales ratificados por España.²⁵

Sobre la base de estas sentencias del Tribunal Constitucional y anteriores sentencias del Tribunal Supremo, la Audiencia Nacional unificó criterios en materia de jurisdicción extraterritorial en 2005 y acordó que debía aceptarse la jurisdicción española conforme al Artículo 23.4 LOPJ.²⁶ No obstante, además de clarificar que el ejercicio de dicha jurisdicción dependía de la constatación previa de la “inactividad”

ASCENSIO, H., “The Spanish Constitutional Tribunal’s Decision in Guatemalan Generals: Unconditional Universality is Back”, en *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 4, Núm. 3, 2006, pp. 586-594; SANTOS VARA, J., “La jurisdicción de los tribunales españoles para enjuiciar los crímenes cometidos en Guatemala”, *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, Núm. 11, 2006, pp. 2-21; y SCOTT, P.W., “The Guatemala Genocide Cases: Universal Jurisdiction and Its Limits”, en *Chicago-Kent Journal of International and Comparative Law*, Vol. 9, Núm. 1, 2009, pp. 100-129.

24 TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, Sentencia 237/2005 [Guatemala-Ríos Montt et al.], de 26 de septiembre de 2005, *BOE* N° 258, 28 de octubre de 2005, pp. 45-57, fdto. jdco. 4.

25 *Id.*, fdtos. jdcos. 6-9; TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, Sentencia 227/2007 [China-“Falun Gong”/Jiang Zemin et al.], de 22 de octubre de 2007, *BOE* N° 284, 27 de noviembre de 2007, pp. 21-27, fdto. jdco. 5.b)-d). Para una descripción más detallada de las posiciones adoptadas por la Audiencia Nacional, el Tribunal Supremo y el Tribunal Constitucional, *Vid.* SÁNCHEZ PATRÓN, J.M., “La aplicación del principio de justicia universal por los órganos jurisdiccionales españoles”, en *Revista jurídica de la Comunidad Valenciana*, Núm. 17, 2006, pp. 81-102.

26 AUDIENCIA NACIONAL, Sala de lo Penal, Rollo de apelación 115/2000, Auto de 16 de febrero de 2006, fdto. de dcho. 3.

de la jurisdicción prioritaria del Estado en cuyo lugar se cometieron presuntamente los hechos mencionados en la denuncia o querrela y, subsidiariamente, la de los tribunales internacionales, la Audiencia Nacional estableció como nuevo límite a la jurisdicción universal la posibilidad de apreciar exceso o abuso de derecho por la absoluta ajenidad del asunto, si se tratara de “delitos y lugares totalmente extraños y/o alejados” y el actor no acreditara “interés directo o relación con ellos”.²⁷ Del mismo modo, el Tribunal Supremo aceptó a regañadientes las sentencias del Tribunal Constitucional sobre la jurisdicción universal de los tribunales españoles²⁸ e incluso reconoció, como consideración válida sobre este tema, la posible repercusión política de las decisiones judiciales.²⁹

Así, la jurisdicción universal española no tuvo un amplio alcance en la práctica, a pesar de que la jurisprudencia del Tribunal Constitucional no cambió y fue observada formalmente. Entre los años 2006 y 2009, la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, respaldada luego por el Tribunal Supremo, ordenó el archivo de sus actuaciones por falta de jurisdicción extraterritorial en un número muy significativo de casos y dio prioridad a los principios de territorialidad o de nacionalidad activa. Tal fue el desenlace en el caso Cavallo (Argentina)³⁰ y en el caso de los agentes de la Policía municipal de San Salvador de Atenco (México),³¹ en los que se indicó la preferencia del lugar de comisión de los hechos, a menos que se acreditara una falta de voluntad e imposibilidad de perseguir los actos supuestamente delictivos. Como ejemplo paradigmático de este tipo de resoluciones, el Pleno de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional ordenó el archivo de sus actuaciones en el caso Ben-Eliezer (Gaza) relativas a crímenes de guerra supuestamente cometidos por

27 AUDIENCIA NACIONAL, Sala de lo Penal, Acuerdo de 3 de noviembre de 2005, párrs. 3-4. *Vid.* GIL GIL, A., “El principio de jurisdicción universal: España”, *Op. cit.*, p. 135.

28 TRIBUNAL SUPREMO, Sala de lo Penal, Diligencias previas 275/2004 [China-“Falun Gong”/Lia Oinglin et al.], del, Recurso 1395/2005, Sentencia de 20 de junio de 2006, fdto. de dcho. 2(3)-(10).

29 TRIBUNAL SUPREMO, Sala de lo Penal, Diligencias previas 99/2003 [Irak-“Couso”/De Camp et al.], Recurso 829/2006, Sentencia de 11 de diciembre de 2006, fdto. de dcho. 8.

30 AUDIENCIA NACIONAL, Sala de lo Penal Sección 3a, Sumario 19/1997 [Argentina-Cavallo], Rollo de apelación 139/1997, Auto de 4 de abril de 2008, fdto. jdco. 2. El recurso de casación contra esta decisión fue desestimado por el Tribunal Supremo y el acusado fue extraditado a Argentina para ser juzgado por delitos de tortura y otros crímenes cometidos en su territorio. *Vid.* TRIBUNAL SUPREMO, Sala de lo Penal, Sumario 19/1997 [Argentina-Cavallo], Recurso 20242/2008, Auto de 24 de noviembre de 2008, fdtos. de dcho. 3 y 4.

31 AUDIENCIA NACIONAL, Sala de lo Penal Sección 2a, Diligencias previas 27/2008 [México-agentes de la Policía municipal de San Salvador de Atenco], Rollo de apelación 172/2008, Auto de 14 de enero de 2009, fdto. jdco. 5.

líderes israelíes³² y aclaró que el principio de justicia universal del Artículo 23.4 LOPJ venía matizado por diversos factores señalados por las leyes y la jurisprudencia españolas, como la absolución, la condena o el perdón de los sospechosos por tribunales extranjeros (Artículo 23.2.c. LOPJ), la capacidad o la disposición a actuar de un Estado que tuviera jurisdicción sobre el asunto en cuestión, el inicio de la investigación de los hechos por parte de la Corte Penal Internacional, la prioridad de la jurisdicción del *locus delicti* o la (in)existencia de una conexión de los hechos extraterritoriales con algún interés nacional español.³³

A pesar de estas decisiones, la doctrina sentada por el Tribunal Constitucional llevó a la reapertura no solo de los casos Ríos Montt *et al.* (Guatemala) y “Falun Gong”/Jiang Zemin *et al.* (China),³⁴ sino también de otros que habían sido archivados por falta de jurisdicción antes de los pronunciamientos del Tribunal Constitucional, como los casos “Tíbet”/Jiang Zemin *et al.* (China),³⁵ “Falun Gong”/Lia Oinglin *et al.* (China)³⁶ y “Couso”/De Camp *et al.* (Irak).³⁷ Sobre la misma base, se confirmó la jurisdicción española sobre el único caso que ya había sido sometido a juicio, el

- 32 AUDIENCIA NACIONAL, Sala de lo Penal, Diligencias previas 157/2008 [Gaza/Al Daraj-Ben-Eliezer *et al.*], Rollo de apelación 31/2009, Auto de 9 de julio de 2009, fdtos. jdcos. 5-6; TRIBUNAL SUPREMO, Sala de lo Penal, Recurso 1979/2009, Auto de 4 de marzo de 2010, razonamiento jdco. 2. Por providencia de 18 de octubre de 2010, la Sección Cuarta de la Sala Segunda del Tribunal Constitucional acordó la no admisión a trámite del amparo presentado. Para un análisis detallado de la relevancia jurídica de la decisión apelada, *Vid.* WEILL, S., “The Targeted Killing of Salah Shehadeh: From Gaza to Madrid”, en *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 7, Núm. 3, 2009, pp. 617-631.
- 33 AUDIENCIA NACIONAL, Sala de lo Penal, Diligencias previas 157/2008 [Gaza/Al Daraj-Ben-Eliezer *et al.*], Rollo de apelación 31/2009, Auto de 9 de julio de 2009, fdto. jdco. 3.B).
- 34 AUDIENCIA NACIONAL, Juzgado Central de Instrucción Nº 1, Diligencias previas 331/1999 [Guatemala-Ríos Montt *et al.*], Auto de 7 de julio de 2006, fdto. jdco. único.
- 35 AUDIENCIA NACIONAL, Sala de lo Penal Sección 4a, Diligencias previas 237/2005 [China-“Tíbet”/Jiang Zemin *et al.*], Rollo de apelación 196/05, Auto de 10 de enero de 2006, fdtos. jdcos. 7-10. Para una discusión de esta decisión, *Vid.* CARRETERO GONZÁLEZ, C., “Revisión del alcance del art. 23.4 de la LOPJ. La jurisdicción universal en España en caso de genocidio”, *Diario de las Audiencias y TSJ*, Nº 495, 2 de junio de 2006, p. 1; BAKKER, C.A.E., “Universal Jurisdiction of Spanish Courts over Genocide in Tibet: Can it Work?”, en *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 4, Núm. 3, 2006, pp. 595-601.
- 36 TRIBUNAL SUPREMO, Sala de lo Penal, Diligencias previas 275/2004 [China-“Falun Gong”/Lia Oinglin *et al.*], Recurso 1395/2005, Sentencia de 20 de junio de 2006, fdto. de dcho. 2. En un voto particular, cinco de los quince magistrados sostuvieron no estar vinculados por la interpretación del Artículo 23.4 LOPJ contenida en la sentencia del Tribunal Constitucional en el caso Ríos Montt *et al.* (Guatemala) y declararon que los tribunales españoles no tenían jurisdicción sobre este caso. Para un análisis crítico de esta sentencia y su voto particular, *Vid.* LLOBET ANGLÍ, M., “El alcance del principio de jurisdicción universal según el Tribunal Constitucional: Una discutible interpretación en la STS de 20 de junio de 2006”, en *Revista para el Análisis del Derecho*, Vol. 378, Núm. 4, 2006, pp. 1-21.
- 37 TRIBUNAL SUPREMO, Sala de lo Penal, Diligencias previas 99/2003 [Irak-“Couso”/De Camp *et al.*], Recurso 829/2006, Sentencia de 11 de diciembre de 2006, fdto. de dcho. 12. La Sala afirmó además que en este caso existía un “punto de conexión legitimante” que justificaba también la extensión extraterritorial de la jurisdicción española habida cuenta de que una de las víctimas era un ciudadano español. *Id.*, *Vid.* también Audiencia Nacional, Sala de lo Penal Sección 2a, Sumario 27/2007 [Irak-“Couso”/De Camp *et al.*], Rollo de apelación 158/2007, Auto de 13 de mayo de 2008, razonamiento jdco. 6.

caso Scilingo.³⁸ Lo que es más relevante, la Audiencia Nacional abrió un número muy significativo de casos nuevos sobre la base de la jurisdicción universal establecida por el Artículo 23.4 LOPJ,³⁹ relativos a crímenes atribuidos a oficiales africanos,⁴⁰ asiáticos,⁴¹ suramericanos⁴² o norteamericanos.⁴³

III. Establecimiento y consolidación en España de la jurisdicción universal limitada (2009-2014)

En estas circunstancias de estabilización jurisprudencial de la jurisdicción universal española, los dos partidos políticos con mayor representatividad en el Parlamento español acordaron en el año 2009 una enmienda al Artículo 23 LOPJ para reintroducir, esta vez por vía legislativa,⁴⁴ los principios de subsidiariedad y de conexión desarrollados por el Tribunal Supremo. En mayo de ese año, una proposición para modificar el Artículo 23.4 LOPJ presentada por el principal partido de la oposición argumentaba la necesidad de una “importante reflexión que satisfaga las exigencias constitucionales sin extensiones indebidas del principio que pongan en riesgo los intereses nacionales y conduzcan inexorablemente a la ineficacia de las Sentencias” y concluía que era “necesaria una modificación legislativa en la que se limite el alcance del referido principio de jurisdicción universal, al tiempo que se combine su existencia con su lógica subsidiariedad, con respeto a la doctrina del TC en su

- 38 AUDIENCIA NACIONAL, Sala de lo Penal Sección 2a, Sumario 19/1997 [Argentina-Scilingo], Recurso 10049/2006, Sentencia de 1 de octubre de 2007, fdto. de dcho. 7.1. Tres de los quince magistrados emitieron votos particulares que afirmaban que los tribunales españoles carecían de jurisdicción universal sobre este caso. *Id.*, voto particular del magistrado Luciano Varela Castro, párr. 3; voto particular del magistrado José Manuel Maza Martín, párr. III; voto particular del magistrado Manuel Marchena Gómez.
- 39 *Vid.* i. a. AUDIENCIA NACIONAL, Juzgado Central de Instrucción Nº 2, Diligencias previas 211/2008 [Austria y Alemania-“genocidio nazi”/Leprich et al.], Auto de 17 de julio de 2008.
- 40 AUDIENCIA NACIONAL, Juzgado Central de Instrucción Nº 5, Diligencias previas 362/2007 [Sahara Occidental-“Sahara”/Ben Sliman et al.], Auto de 29 de octubre de 2007; AUDIENCIA NACIONAL, Juzgado Central de Instrucción Nº 4, Sumario 3/2008 [Ruanda-“genocidio ruandés”/Kabarebe et al.], Auto de 6 de febrero de 2008.
- 41 AUDIENCIA NACIONAL, Juzgado Central de Instrucción Nº 1, Diligencias previas 242/2008 [China-“Tíbet”/Lian Guanglie et al.], Auto de 5 de agosto de 2008.
- 42 AUDIENCIA NACIONAL, Juzgado Central de Instrucción Nº 6, Diligencias previas 391/2008 [El Salvador-“Ellacuría”/Larios et al.], Auto de 12 de enero de 2009.
- 43 AUDIENCIA NACIONAL, Juzgado Central de Instrucción Nº 5, Diligencias previas 150/2009 [Afganistán, Pakistán y Cuba-“Guantánamo”/oficiales norteamericanos], Auto de 27 de abril de 2009; AUDIENCIA NACIONAL, Juzgado Central de Instrucción Nº 6, Diligencias previas 134/2009 [Cuba-“Guantánamo”/Gonzales et al.], Auto de 4 de mayo de 2009.
- 44 *Vid.* 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*”, en *La Ley. Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, Núm. 7211, 2009, pp. 1-8; OLLÉ SESÉ, M., “El principio de justicia universal en España: del caso Pinochet a la situación actual”, *Op. cit.*, p. 238; y FEIJOO SÁNCHEZ, B., *Op. cit.*, pp. 17 y 21-25. *Vid.* también AUDIENCIA NACIONAL, Sala de lo Penal, Diligencias previas 242/2008 [China-“Tíbet”/Lian Guanglie et al.], Rollo de apelación 20/2010, Auto de 27 de octubre de 2010, fdtos. jdcos. 2 y 3.

sentencia 237/2005 [caso Guatemala]”.⁴⁵ Esta proposición fue recogida por el partido del Gobierno y discutida en el Parlamento español entre junio y octubre de 2009, con el apoyo de más de 95% de los parlamentarios.⁴⁶ Estas discusiones, omitidas en el Preámbulo de la Ley,⁴⁷ revelan el papel decisivo que desempeñó el posible impacto económico y diplomático derivado del ejercicio de la jurisdicción universal española a la hora de enmendar el Artículo 23.4 LOPJ. Países como China, Estados Unidos de América o Israel habían ejercido presiones diplomáticas para limitar la jurisdicción universal española.⁴⁸

- 45 CONGRESO DE LOS DIPUTADOS, “Propuesta de resolución núm. 72, con motivo del debate de política general en torno al estado de la Nación, sobre reformas urgentes en la Justicia, 14 de mayo de 2009”, en *Boletín Oficial de las Cortes Generales*, IX Legislatura, Serie D, Núm. 208, 26 de mayo de 2009, pp. 59-60.
- 46 Enmienda núm. 196 a la propuesta de resolución núm. 72, con motivo del debate de política general en torno al estado de la Nación, sobre reformas urgentes en la justicia, mayo de 2009; CONGRESO DE LOS DIPUTADOS, “Votación de la propuesta número 72 sobre reformas urgentes en la Justicia, en los términos de la enmienda 196 del Grupo Socialista”, en *Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados*, IX Legislatura, sesión plenaria Núm. 78, 19 de mayo de 2009, p. 26; CONGRESO DE LOS DIPUTADOS, “Resolución núm. 39 sobre reformas urgentes de justicia, acordada con motivo del debate de la comunicación del Gobierno para el debate de política general en torno al estado de la Nación, 19 de mayo de 2009”, en *Boletín Oficial de las Cortes Generales*, IX Legislatura, Serie D, Núm. 208, 26 de mayo de 2009, pp. 91-92; CONGRESO DE LOS DIPUTADOS, “Enmienda 676 al Proyecto de Ley de reforma de la legislación procesal para la implantación de la Nueva Oficina Judicial, Comisión de Justicia del Congreso de los Diputados, 21 de mayo de 2009”, en *Boletín Oficial de las Cortes Generales*, IX Legislatura, Serie A, Núm. 17-17, 5 de junio de 2009, p. 213; “Comparecencia del ministro de Justicia ante la Comisión de Justicia del Senado”, en *Diario de Sesiones del Senado*, IX Legislatura, Comisión de Justicia, Núm. 154, 21 de mayo de 2009, pp. 8, 12, 14 y 25; “Sesión de la Comisión de Justicia del Congreso de los Diputados”, *Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados*, IX Legislatura, Comisión de Justicia, núm. 315, 18 de junio de 2009, pp. 18 y 22-23; “Sesión de la Comisión de Justicia del Senado”, en *Diario de Sesiones del Senado*, IX Legislatura, Comisión de Justicia, Núm. 202, 5 de octubre de 2009, pp. 9 y 11-12; “Sesión plenaria del Congreso de los Diputados”, en *Diario de Sesiones del Congreso*, IX Legislatura, sesión plenaria, Núm. 113, 15 de octubre de 2009, pp. 16-21 y 42-43. Para un resumen de estas discusiones, Vid., DE LA RASILLA DEL MORAL, I., “The Swan Song of Universal Jurisdiction in Spain”, en *International Criminal Law Review*, Vol. 9, Núm. 5, 2009, pp. 777-808.
- 47 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, entrada en vigor el 5 de noviembre de 2009, BOE Núm. 266, 4 de noviembre de 2009, pp. 92089-92102, Preámbulo, párr. III.
- 48 Vid. CHINCHÓN ÁLVAREZ, J., Op. cit., pp. 7-8; 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*, Op. cit., p. 120; BLANCO CORDERO, I., “Sobre la muerte de la jurisdicción universal”, en *Revista General de Derecho Penal*, Núm. 12, 2009, pp. 3-5; OLLÉ SESÉ, M., “El principio de justicia universal en España: del caso Pinochet a la situación actual”, Op. cit., p. 236; MARTÍN, V., “Justicia universal: la nueva dimensión de la justicia transicional”, Informe de proyecto, FRIDE, 18 de febrero de 2010, pp. 11-13; LANGER, M., “The Diplomacy of Universal Jurisdiction: The Political Branches and the Transnational Prosecution of International Crimes”, en *American Journal of International Law*, Vol. 105, Núm. 1, 2011, pp. 38-40; y BLANCO CORDERO, I., “La jurisdicción universal en España: un paso atrás en la lucha contra la impunidad”, en I. PÉREZ CEPEDA (dir.), *El principio de justicia universal: fundamentos y límites*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, pp. 563-567; y GIRÓN BÉJAR, D., “La jurisdicción universal y las repercusiones de su aplicación en la política exterior de España”, en VVAA, *Cuadernos de la Escuela Diplomática N° 49*, Cuestiones actuales sobre la diplomacia y las relaciones internacionales en los inicios del siglo XXI, Escuela Diplomática, Madrid, 2013, pp. 66-73. Similares presiones condujeron a la limitación de la jurisdicción universal de los tribunales belgas. Vid. REYDAMS, L., “Belgium Reneges on Universality: The 5 August 2003 Act on Grave Breaches of International Humanitarian Law”, en *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 1, Núm. 3, 2003, pp. 679-689. Para un análisis de la experiencia belga a la luz de la situación española, Vid. ROHT-ARRIAZA, N., “Universal Jurisdiction: Steps Forward, Steps Back”, en *Leiden Journal of International Law*, Vol. 17, Núm. 2, 2004, pp. 383-388.

Finalmente, en noviembre de 2009 se aprobó la Ley Orgánica 1/2009, complementaria de la Ley de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina Judicial, que reformó el Artículo 23.4 y 5 LOPJ.⁴⁹ Esta reforma reflejó la doctrina del Tribunal Supremo establecida en las resoluciones dictadas en los casos Ríos Montt *et al.* (Guatemala) y “Falun Gong”/Jiang Zemin *et al.* (China), en las que las exigencias del principio de jurisdicción universal estaban limitadas por principios de Derecho Internacional, como el principio de no intervención en los asuntos de otros Estados previsto en el Artículo 2.7 de la Carta de las Naciones Unidas y por otros principios como el de proporcionalidad y el de necesidad de un “vínculo de conexión” legitimadora.⁵⁰

De acuerdo con esta Ley, a partir del 5 de noviembre de 2009, el ejercicio de la jurisdicción universal por los tribunales españoles según el Artículo 23.4 LOPJ pasó a estar sometido a la concurrencia de alguno de los siguientes requisitos alternativos: i) que existieran víctimas de nacionalidad española (de manera similar al principio de personalidad pasiva);⁵¹ ii) que se acreditara que los presuntos responsables se encontraban en España, o iii) que se constatará algún “vínculo de conexión relevante con España”.⁵²

49 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, entrada en vigor el 5 de noviembre de 2009, *BOE* N.º 266, 4 de noviembre de 2009, pp. 92089-92102, Artículo 1(1). Para un estudio detallado de esta reforma, *Vid.* BLANCO CORDERO, I., “Sobre la muerte de la jurisdicción universal”, *Op. cit.*, pp. 1-18. Para un análisis de las consecuencias prácticas de esta reforma en algunos casos sometidos a la jurisdicción universal española, *Vid.* OLLÉ SESÉ, M., “Summary of the Universal Jurisdiction Reforms in Spain”, en *Redress and FIDH Newsletter*, Núm. 8, 2010, pp. 5-7.

50 GALLEGO SÁNCHEZ, E., “El principio de justicia universal, en el ámbito de la jurisdicción penal española”, en *Revista de Jurisprudencia*, Núm. 1, diciembre 2009, p. 4; MINISTERIO DE JUSTICIA, *Memoria elevada al Gobierno de S. M. presentada al inicio del año judicial por el fiscal general del Estado Excmo. Sr. D. Cándido Conde-Pumpido Tourón*, Centro de Estudios Jurídicos, Madrid, 2010, Vol. I, pp. 629-631. *Vid.*, también *supra* notas 15 y 29.

51 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, *Op. cit.*, p. 122; y OLLÉ SESÉ, M., “El principio de justicia universal en España: del caso Pinochet a la situación actual”, *Op. cit.*, p. 239.

52 Para ejemplos de “vínculo de conexión relevante con España”, *Vid.*, FEIJOO SÁNCHEZ, B., *Op. cit.*, pp. 28-29 (el idioma español, una presencia importante en España del colectivo afectado por los crímenes, el uso en procedimientos españoles de información obtenida mediante la comisión de crímenes internacionales, pertenencia de España a una misma organización internacional, relación de España con un territorio no autónomo como potencia administradora, etc.). Antes de la Ley Orgánica 1/2009, siete magistrados del Tribunal Supremo en el caso Ríos Montt *et al.* (Guatemala) habían hecho referencia genérica a “vínculos culturales, históricos, sociales, lingüísticos, jurídicos”. *Vid.* TRIBUNAL SUPREMO, Sala de lo Penal, Sumario 331/1999 [Guatemala-Ríos Montt *et al.*], Recurso 803/2001, Sentencia de 25 de febrero de 2003, voto particular, *fdto.* de *dcho.* 12. Tras la entrada en vigor de la Ley Orgánica 1/2009, los tribunales hicieron referencia a los mismos criterios y a la residencia prolongada de las víctimas en territorio español. *Vid.* AUDIENCIA NACIONAL, Juzgado Central de Instrucción N.º 1, Diligencias previas 242/2008 [China-“Tíbet”/Lian Guanglie *et al.*], Auto de 26 de febrero de 2010, razonamiento *jdco.* 2 y Auto de 26 de marzo de 2010, *fdto.* de *dcho.* único; AUDIENCIA NACIONAL, Sala de lo Penal, Diligencias previas 150/2009 [Afganistán, Pakistán y Cuba-“Guantánamo”/oficiales norteamericanos], Rollo de apelación 66/2010, Auto de 6 de abril de 2011, *fdto.* de *dcho.* 3. Para una discusión de este requisito legal, *Vid.* CONDE-PUMPIDO TOURÓN, C., “La justicia universal en la jurisdicción española”, en *Persona y Derecho*, Vol. 51, 2004, pp. 49-73.

Además, “en todo caso”, debía acreditarse que en otro país competente o en el seno de un tribunal internacional no se había iniciado un procedimiento que supusiera una investigación y una persecución efectiva, en su caso, de los mismos hechos punibles. Cuando quedara constancia del comienzo de otro proceso en dicho país o tribunal internacional sobre los hechos denunciados en España, el proceso penal iniciado ante la jurisdicción española debía sobrepasarse “provisionalmente”. En otras palabras, conforme a la reforma llevada a cabo por la Ley Orgánica 1/2009, los tribunales españoles debían hacer un análisis similar al que exige el Artículo 17 del Estatuto de Roma a la Corte Penal Internacional para que esta ejerza su competencia sobre un caso.⁵³ Esto suponía introducir, de manera expresa, la limitación a la jurisdicción universal contenida en la Ley Orgánica 18/2003.⁵⁴ En el fondo, implicaba invertir el principio de “complementariedad” instaurado en el Estatuto de Roma, conforme al cual la Corte Penal Internacional complementa la inactividad, la falta de voluntad o la incapacidad de los Estados que no asumen su responsabilidad de perseguir crímenes de Derecho Internacional.⁵⁵

Como resultado, desde el 5 de noviembre de 2009, la jurisdicción universal española dejó de ser absoluta y pasó a ser limitada. No obstante, a pesar de que las limitaciones impuestas por vía legislativa no llegaron a ser consideradas por el Tribunal Constitucional,⁵⁶ la jurisdicción española siguió siendo universal, dado

53 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, Op. cit., p. 133; OLLÉ SESÉ, M., “El principio de justicia universal en España: del caso Pinochet a la situación actual”, Op. cit., p. 240; y FEIJOO SÁNCHEZ, B., Op. cit., p. 26, nota 38.

54 Vid. *supra* nota 20.

55 AUDIENCIA NACIONAL, Sala de lo Penal Sección 1a, Expediente de Extradición 20/2009 [Argentina], Rollo de apelación 3/2010, Auto de 28 de enero de 2010, fdto. de dcho. 3 “el efecto excluyente que ha de darse a la jurisdicción española por elementales razones de respeto al contenido esencial del principio de territorialidad [...], dado el carácter complementario con que estaba concebida la jurisdicción española, sobre la del lugar de perpetración de los hechos, [...] ha quedado consagrado en el art. 23 apdo. 4 pñ 2 LOPJ, tras la indicada reforma operada por L. O. 1/2009”; AUDIENCIA NACIONAL, Juzgado Central de Instrucción Nº 6, Diligencias previas 92/2013 [Cuba], Auto de 23 de septiembre de 2013, fdto. de dcho. único “la jurisdicción por hechos cometidos en el extranjero (arts. 23.2, 3 y 4 LOPJ) solo opera ante el fraude o inexistencia de respuesta efectiva en la jurisdicción mejor posicionada, y para los casos y defensa de los bienes jurídicos protegidos —que son ciertamente escasos en la legislación española— que se formulan en ella”. Vid. también 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*, Op. cit., pp. 119 y 122.

56 En 2010, el defensor del Pueblo decidió no cuestionar la constitucionalidad de la Ley Orgánica 1/2009 al considerar que a la vista de las sentencias del Tribunal Constitucional en los casos Ríos Montt et al. y Jiang Zemin et al., la nueva versión del artículo 23.4 LOPJ podía ser interpretada de acuerdo con la Constitución. Vid. DEFENSOR DEL PUEBLO, Expediente 10000525, Resolución de 19 de enero de 2010. Del mismo modo, la mayoría de la Audiencia Nacional decidió no cuestionar la constitucionalidad de la nueva redacción del Artículo 23.4 LOPJ. Vid. AUDIENCIA NACIONAL, Sala de lo Penal, Diligencias previas 242/2008 [China-“Tíbet”/Lian Guanglie et al.], Rollo de apelación 20/2010, Auto de 27 de octubre de 2010, fdto. jdco. 4.

que si las condiciones previstas en la ley se cumplían, los tribunales españoles podían enjuiciar crímenes internacionales cometidos por nacionales de cualquier país fuera del territorio español contra víctimas de cualquier nacionalidad. En consecuencia, aunque nació con la finalidad de contener la jurisdicción universal de los tribunales españoles fijada por la LOPJ de 1985 y la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, el alcance de la Ley Orgánica 1/2009 fue más limitado de lo que se pretendía.

Solo tres procedimientos de los que se encontraban en tramitación fueron archivados.⁵⁷ En los casos “Myanmar”/Maung Aye *et al.* (Birmania), “Tíbet”/Lian Guanglie *et al.* (China) y “Guantánamo”/Gonzales *et al.* (Cuba) los jueces resolvieron que esta reforma del Artículo 23.4 LOPJ necesariamente suponía el archivo de las actuaciones, dado que estos casos no podrían ser enjuiciados en España una vez concluida su investigación, debido a la ausencia de algún “vínculo de conexión relevante” con España, la inexistencia de víctimas españolas, la no presencia de los sospechosos en España y, en algún caso, la existencia de una investigación y persecución efectiva de los mismos hechos en otro país.⁵⁸ La Audiencia Nacional y el Tribunal Supremo tomaron estas decisiones, al entender que la reforma del Artículo 23.4 LOPJ no anulaba ni contradecía las obligaciones internacionales contraídas por España,⁵⁹ sino que se limitaba a incorporar por vía legislativa el principio de subsidiariedad desarrollado por el Tribunal Supremo como condición para la

- 57 Algunas querellas no fueron admitidas bajo el artículo 23.4 LOPJ por no reunir las condiciones establecidas en la Ley Orgánica 1/2009. *Vid.* e. g. AUDIENCIA NACIONAL, Sala de lo Penal, Sección 2a, Diligencias previas 80/2013 [Estados Unidos-Google *et al.*], Rollo de apelación 313/2013, Auto de 23 de enero de 2014, fdto. jdco. 3.
- 58 AUDIENCIA NACIONAL, Juzgado Central de Instrucción Nº 1, Diligencias previas 242/2008 [China-“Tíbet”/Lian Guanglie *et al.*], Auto de 26 de febrero de 2010, razonamiento jdco. 2; AUDIENCIA NACIONAL, Sala de lo Penal, Sección 4, Diligencias previas 264/2009 [Birmania-“Myanmar”/Maung Aye *et al.*], Rollo de apelación 101/2010, Auto de 6 de septiembre de 2010, fdtos. jdcos. 2-4; AUDIENCIA NACIONAL, Juzgado Central de Instrucción Nº 6, Diligencias previas 134/2009 [Cuba-“Guantánamo”/Gonzales *et al.*], Auto de 13 de abril de 2011, razonamiento jdco. 2.
- 59 AUDIENCIA NACIONAL, Sala de lo Penal, Sección 4, Diligencias previas 264/2009 [Birmania-“Myanmar”/Maung Aye *et al.*], Rollo de apelación 101/2010, Auto de 6 de septiembre de 2010, fdto. jdco. 3. Al tiempo de escribir estas líneas, hay un recurso pendiente sobre la constitucionalidad de esta resolución ante el Tribunal Constitucional. *Vid.* ESTEVE MOLTÓ, J.E., “La persecución de las violaciones del Derecho Internacional Humanitario en el contexto de los conflictos armados internos: el caso de Birmania ante la jurisdicción universal en España”, en *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, Vol. 22, 2011, pp. 13-14.

satisfacción de dichas obligaciones.⁶⁰ Ambas instancias determinaron que las nuevas exigencias del Artículo 23.4 LOPJ habían sido introducidas de forma retroactiva⁶¹ y que, en ausencia de víctimas españolas y sin la presencia de los presuntos responsables en España, los requeridos “vínculos de conexión relevante” no eran satisfechos por principios genéricos o cláusulas legales amplias relativas a relaciones bilaterales o multilaterales entre España y otros países.⁶² Con base en similares argumentos, los tribunales españoles también declararon su falta de jurisdicción para investigar un número limitado de nuevos casos.⁶³

Sin embargo, en más de diez casos en curso, los jueces continuaron aplicando las condiciones jurisdiccionales impuestas por la enmienda de noviembre de 2009, incluidos los casos “Carmelo Soria”/Brady *et al.* (Chile), Ríos Montt *et al.* (Guatemala), “Falun Gong”/Jiang Zemin, Lia Oinglin *et al.* (China), “vuelos de la CIA”/Bird *et al.* (Afganistán), “genocidio ruandés”/Kabarebe *et al.* (Ruanda), “Sahara”/Ben Sliman *et al.* (Sahara Occidental), “Frente Polisario” (Sahara Occidental) y “Guantánamo”/

60 AUDIENCIA NACIONAL, Sala de lo Penal, Diligencias previas 242/2008 [China-“Tíbet”/Lian Guanglie *et al.*], Rollo de apelación 20/2010, Auto de 27 de octubre de 2010, fdtos. de dcho. 2-4; TRIBUNAL SUPREMO, Sala de lo Penal, Diligencias previas 242/2008 [China-“Tíbet”/Lian Guanglie *et al.*], Recurso 857/2011, Auto de 6 de octubre de 2011, razonamiento jdco. 1.C); AUDIENCIA NACIONAL, Sala de lo Penal, Diligencias previas 134/2009 [Cuba-“Guantánamo”/Gonzales *et al.*], Rollo de apelación 148/2011, Auto de 23 de marzo de 2012, fdtos. jdcos. 2-3. En un voto particular conjunto, tres de los dieciocho magistrados determinaron que la Audiencia Nacional tenía competencia para la investigación y el enjuiciamiento de estas alegaciones, al no ser aplicable el principio de subsidiariedad a la obligación legal internacional impuesta por los Convenios de Ginebra y al no existir investigación previa o simultánea en el Estado en donde los hechos se perpetraron que pudiera ser considerada suficiente y efectiva ni tampoco voluntad de persecución penal o de enjuiciamiento de los mismos. *Vid.* TRIBUNAL SUPREMO, Sala de lo Penal, también Diligencias previas 134/2009 [Cuba-“Guantánamo”/Gonzales *et al.*], Recurso 1113/2012, Auto de 20 de diciembre de 2012, razonamiento jdco. 2.C). Al tiempo de escribir estas líneas, hay recursos pendientes sobre la constitucionalidad de estas resoluciones ante el Tribunal Constitucional.

61 AUDIENCIA NACIONAL, Sala de lo Penal, Diligencias previas 242/2008 [China-“Tíbet”/Lian Guanglie *et al.*], Rollo de apelación 20/2010, Auto de 27 de octubre de 2010, fdto. de dcho. 2. En un voto particular conjunto, tres de los dieciocho magistrados argumentaron que el Artículo 23.4 LOPJ no tiene una naturaleza meramente procesal sino que regula aspectos sustanciales del ejercicio del derecho constitucional a la tutela judicial efectiva. Para una discusión de esta conclusión, *Vid.* FEIJOO SÁNCHEZ, B., *Op. cit.*, pp. 32-34. *Vid.* también TRIBUNAL SUPREMO, Sala de lo Penal, Diligencias previas 242/2008 [China-“Tíbet”/Lian Guanglie *et al.*], Recurso 857/2011, Auto de 6 de octubre de 2011, razonamiento jdco. 2.C).

62 AUDIENCIA NACIONAL, Juzgado Central de Instrucción Nº 1, Diligencias previas 242/2008 [China-“Tíbet”/Lian Guanglie *et al.*], Auto de 26 de marzo de 2010, razonamiento jdco. único; TRIBUNAL SUPREMO, Sala de lo Penal, Recurso 857/2011, Auto de 6 de octubre de 2011, razonamiento jdco. 1.C); concluye además que la litispendencia de los mismos hechos en el Sumario 63/2008 (caso “Tíbet”/Jiang Zemin *et al.* (China)) hacía decaer el vínculo de conexión en estas Diligencias Previas.

63 AUDIENCIA NACIONAL, Juzgado Central de Instrucción Nº 6, Diligencias previas 346/2009 [Sahara Occidental-“Aminatou Haidar”], Auto de 4 de diciembre de 2009, razonamiento jdco. 1; AUDIENCIA NACIONAL, Juzgado Central de Instrucción Nº 2, Diligencias previas 196/2009 [Franja de Gaza-Gaza II/Olmert *et al.*], Auto de 24 de enero de 2011. *Vid.* OLLÉ SESÉ, M., “El principio de justicia universal en España: del caso Pinochet a la situación actual”, *Op. cit.*, p. 239, nota 45.

oficiales norteamericanos (Afganistán, Pakistán y Cuba).⁶⁴ De hecho, los tribunales españoles emitieron órdenes de arresto en ejercicio de su jurisdicción universal por genocidio, crímenes de lesa humanidad, crímenes de guerra, torturas o terrorismo, tras determinar que las alegaciones no estaban siendo investigadas o que no lo estaban siendo de manera efectiva y que las alegaciones se referían a víctimas españolas o hacían referencia a un vínculo de conexión relevante con España en los casos “genocidio nazi”/Leprich *et al.* (Austria y Alemania),⁶⁵ “Couso”/De Camp *et al.* (Irak),⁶⁶ “Ellacuría”/Larios *et al.* (El Salvador),⁶⁷ y “Tíbet”/Jiang Zemin *et al.* (China).⁶⁸

Además, se intentó la reapertura de algún caso que había sido cerrado con anterioridad a la Ley Orgánica 1/2009⁶⁹ y entre 2009 y 2013 se abrieron nuevos casos por crímenes de lesa humanidad, de guerra o de piratería supuestamente cometidos

64 Vid. e. g. AUDIENCIA NACIONAL, Juzgado Central de Instrucción Nº 5, Sumario 19/1997 [Chile-“Carmelo Soria”/Brady *et al.*], Auto de 17 de noviembre de 2009, razonamiento jdco. 1, y AUDIENCIA NACIONAL, Juzgado Central de Instrucción Nº 5, Diligencias previas 362/2007 [Sahara Occidental-“Sáhara”/Ben Sliman *et al.*], Auto de 29 de octubre de 2012, fdto. de dcho. 3; AUDIENCIA NACIONAL, Juzgado Central de Instrucción Nº 5, de 3 de Febrero de 2011; AUDIENCIA NACIONAL, Juzgado Central de Instrucción Nº 5, Diligencias previas 1/2008 [Sahara Occidental-“Frente Polisario”], Auto de 16 de agosto de 2012; AUDIENCIA NACIONAL, Juzgado Central de Instrucción Nº 5, Diligencias previas 150/2009 [Afganistán, Pakistán y Cuba-“Guantánamo”/oficiales norteamericanos], Auto de 27 de enero de 2010, razonamientos jdcos. 2 y 3; AUDIENCIA NACIONAL, Sala de lo Penal, Rollo de apelación 66/2010, Auto de 6 de abril de 2011, fdtos. de dcho. 2 y 3; AUDIENCIA NACIONAL, Juzgado Central de Instrucción Nº 5, Auto de 13 de enero de 2012, razonamiento jdco. 2. Siete de los dieciséis magistrados del Pleno de la Audiencia Nacional argumentaron en un voto particular conjunto que no existía vínculo que permitiese conocer a los tribunales españoles de los hechos de este caso, al considerar el texto y la voluntad de la enmienda del Artículo 23 LOPJ llevada a cabo en 2009. Vid. también OLLÉ SESÉ, M., “Summary of the Universal Jurisdiction Reforms in Spain”, Op. cit., p. 6.

65 AUDIENCIA NACIONAL, Juzgado Central de Instrucción Nº 2, Sumario 56/2009 [Austria y Alemania-“genocidio nazi”/Leprich *et al.*], Autos de 17 de septiembre de 2009 y 26 de febrero de 2013.

66 AUDIENCIA NACIONAL, Sala de lo Penal, Sumario 27/2007 [Irak-“Couso”/De Camp *et al.*], Recurso 2629/2009, Sentencia de 13 de julio de 2010, fdtos. de dcho. 6.2 y 8.2; AUDIENCIA NACIONAL, Juzgado Central de Instrucción Nº 1, Auto de 29 de julio de 2010, razonamiento jdco. único, y Auto de 4 de octubre de 2011, razonamiento jdco. 7.

67 AUDIENCIA NACIONAL, Juzgado Central de Instrucción Nº 6, Sumario 97/2010 [El Salvador-“Ellacuría”/Larios *et al.*], de 30 de mayo de 2011.

68 AUDIENCIA NACIONAL, Sala de lo Penal, Sección 4a, Sumario 63/2008 [China-“Tíbet”/Jiang Zemin *et al.*], Rollo de apelación 176/2013, Auto de 9 de octubre de 2013, fdto. de dcho. único; AUDIENCIA NACIONAL, Sala de lo Penal, Sección 4a, Rollo de apelación 161/2013, Auto de 18 de noviembre de 2013, fdto. de dcho. único; AUDIENCIA NACIONAL, Sala de lo Penal, Sección 4a, Rollo de apelación 161/2013, Auto de 5 de febrero de 2014; AUDIENCIA NACIONAL, Juzgado Central de Instrucción Nº 2, Auto de 10 de febrero de 2014.

69 En relación con el caso Ben-Eliezer *et al.*, los querellantes solicitaron la reapertura de la causa por falta de una investigación efectiva en Israel y ante la presencia en territorio español de uno de los presuntos responsables de ordenar el ataque de Al Daraj, quien había venido a España para participar en un seminario invitado por el Ministerio de Defensa español. Vid. “El Ministerio de Defensa invita a un seminario a un exministro israelí acusado de crímenes de guerra”, *Público*, 5 de noviembre de 2013; VICENTE MÁRQUEZ, L., “Actualización. La jurisdicción universal en España: pequeños pasos pese a los intentos por reducirla”, en *Rights International Spain*, Disponible en <http://rightsinternationalspain.org/es/blog/28/actualizacion_la-jurisdiccion-universal-en-espana-pequenos-pasos-pese-a-los-intentos-por-reducirla> [Consulta: 08.08.2014].

fuera de España por nacionales iraquíes,⁷⁰ marroquíes,⁷¹ guatemaltecos,⁷² israelíes⁷³ y somalíes.⁷⁴ Para fundamentar su jurisdicción sobre estos nuevos casos, los tribunales españoles recurrieron fundamentalmente a la nacionalidad española de las víctimas o de los sospechosos.⁷⁵ En los demás casos, la Audiencia Nacional hizo uso de interpretaciones abiertas del llamado “vínculo de conexión con España”⁷⁶ o se basó en la referencia a tratados y convenios internacionales suscritos por España, contenida en la cláusula residual del Artículo 23.4.h LOPJ.⁷⁷ Tras consultar con las autoridades del país donde supuestamente se habían cometido los crímenes y conforme a la condición de subsidiariedad establecida por la Ley Orgánica 18/2003, con el fiscal de la Corte Penal Internacional sobre la existencia de actuaciones referentes a las respectivas alegaciones,⁷⁸ los jueces españoles consideraron que no había razones para no ejercer su jurisdicción.⁷⁹

IV. La Ley Orgánica 1/2014 relativa a la justicia universal

En estas circunstancias y ante la presión de China por la orden internacional de detención contra el expresidente Jiang Zemin y la continuación de los procedimientos contra el expresidente Li Peng,⁸⁰ el Gobierno español dio un giro de

- 70 AUDIENCIA NACIONAL, Juzgado Central de Instrucción Nº 4, Diligencias previas 211/2009 [Irak-“Irak-Irán”/Al Shemmari et al.], Auto de 26 de noviembre de 2009.
- 71 AUDIENCIA NACIONAL, Juzgado Central de Instrucción Nº 2, Diligencias previas 309/2010 [Sahara Occidental-“El Aaiun”], Auto de 29 de noviembre de 2010.
- 72 AUDIENCIA NACIONAL, Juzgado Central de Instrucción Nº 3, Diligencias previas 369/2010 [Guatemala-“Pavón”/Vielmann], Auto de 16 de diciembre de 2010.
- 73 AUDIENCIA NACIONAL, Juzgado Central de Instrucción Nº 5, Diligencias previas 197/2010 [aguas internacionales próximas a Israel-“Flotilla de la libertad”/Netanyahu et al.], Auto de 29 de noviembre de 2011, razonamiento jdco. 1.
- 74 AUDIENCIA NACIONAL, Juzgado Central de Instrucción Nº 6, Sumario 1/2012 [aguas internacionales próximas a Somalia-buque “Patiño”], Auto de 20 de enero de 2012; AUDIENCIA NACIONAL, Juzgado Central de Instrucción Nº 3, Diligencias previas 112/2012 [aguas internacionales próximas a Somalia-atunero “Izurdia”], Auto de 12 de octubre de 2012, fdto. de dcho. 3.
- 75 *Vid. supra* notas 71-74.
- 76 *Vid. supra* nota 71.
- 77 AUDIENCIA NACIONAL, Juzgado Central de Instrucción Nº 4, Diligencias previas 211/2009 [Irak-“Irak-Irán”/Al Shemmari et al.], Auto de 27 de diciembre de 2010, razonamiento jdco. 2
- 78 *Vid. e. g.* AUDIENCIA NACIONAL, Juzgado Central de Instrucción Nº 5, Diligencias previas 197/2010 [aguas internacionales próximas a Israel-“Flotilla de la libertad”/Netanyahu et al.], Auto de 29 de noviembre de 2011.
- 79 *Vid. e. g.* AUDIENCIA NACIONAL, Juzgado Central de Instrucción Nº 4, Diligencias previas 211/2009 [Irak-“Irak-Irán”/Al Shemmari et al.], Auto de 27 de diciembre de 2010, razonamiento jdco. 3.
- 80 *Vid. supra* nota 68; SÁNCHEZ LEGIDO, A., “El fin del modelo español de jurisdicción universal”, en *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, Núm. 27, 2014, pp. 6-8; 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”, en *Anuario Español de Derecho Internacional*, Núm. 30, 2014, pp. 168-171. *Vid. también* “Entrevista a José Manuel García-Margallo, ministro de Asuntos Exteriores de España”, en *El Debate de la 1*, TVE, 34:02:35:08 min. “Aquí ha habido un juez

tuera más en marzo de 2014 y aprobó la Ley Orgánica 1/2014 relativa a la justicia universal.⁸¹ Para ello recurrió a un procedimiento expedito, cuya tramitación se caracterizó por la falta de consenso. El partido en el Gobierno presentó una proposición para enmendar el Artículo 23.4 LOPJ y gestionar dicha enmienda por vía de urgencia y en lectura única.⁸² A esta proposición se presentaron varias propuestas de veto y decenas de enmiendas en el Congreso y en el Senado,⁸³ pero todas las propuestas de veto y la mayor parte de las enmiendas fueron rechazadas⁸⁴ y el texto vigente del Artículo 23 LOPJ se aprobó con el apoyo únicamente de los parlamentarios pertenecientes al partido en el Gobierno, es decir, un 60% de los parlamentarios.⁸⁵ Los fiscales españoles también se mostraron muy críticos con esta reforma, al considerar que limitaba sustancialmente la posibilidad de perseguir no solo los delitos internacionales relacionados con violaciones de derechos humanos, sino también actividades delictivas especialmente graves de carácter transnacional.⁸⁶

que ha querido enjuiciar a dos expresidentes de la República Popular China [...] [sin tener] la menor posibilidad de investigar eficazmente lo que sucedió en el Tíbet [...] esto es un brindis al sol que no va a acabar con la impunidad internacional [...] y nos crea un conflicto internacional. [...] China tiene el 20% de la deuda pública española y bastaría un clic en un ratón en un ordenador en China para que este país se encuentre con una prima de riesgo como teníamos hace años y por tanto aumentásemos las colas de empleo”. Disponible en <<http://www.rtve.es/alacarta/videos/el-debate-de-la-1/debate-1-10-04-14/2501527/>> [Consulta: 08.08.2014].

- 81 Ley Orgánica 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, entrada en vigor el 15 de marzo de 2014, *BOE* Nº 63, 14 de marzo de 2014, pp. 23026-23031, Artículo único.
- 82 CONGRESO DE LOS DIPUTADOS, “Proposición de Ley Orgánica de modificación de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, relativa a la justicia universal, 21 de enero de 2014”, en *Boletín Oficial del Congreso de los Diputados*, X Legislatura, Serie B, Núm. 157-1, 24 de enero de 2014, pp. 1-6; CONGRESO DE LOS DIPUTADOS, “Acuerdo subsiguiente a la toma en consideración, 18 de febrero de 2014”, en *Boletín Oficial del Congreso de los Diputados*, X Legislatura, Serie B, Núm. 157-3, 19 de febrero de 2014, p. 1.
- 83 CONGRESO DE LOS DIPUTADOS, “Enmiendas a la Proposición de Ley Orgánica de modificación de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, relativa a la justicia universal, 25 de febrero de 2014”, en *Boletín Oficial del Congreso de los Diputados*, X Legislatura, Serie B, Núm. 157-5, 27 de febrero de 2014, pp. 1-33; SENADO, “Propuestas de veto y enmiendas en el Senado, 5 de marzo de 2014”, en *Boletín Oficial de las Cortes Generales, Senado*, X Legislatura, Núm. 317, 7 de marzo de 2014, pp. 26-53.
- 84 CONGRESO DE LOS DIPUTADOS, 27 de febrero de 2014, en *Boletín Oficial del Congreso de los Diputados*, X Legislatura, Serie B, Núm. 157-6, 27 de febrero de 2014, pp. 1-6; SENADO, 12 de marzo de 2014, *Diario de Sesiones del Senado*, X Legislatura, Pleno, Núm. 102, 12 de marzo de 2014, pp. 9686-9732; SENADO, “Proposición de Ley Orgánica de modificación de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, relativa a la justicia universal (624/000002)”, en *Boletín Oficial de las Cortes Generales*, X Legislatura, Núm. 322, 17 de marzo de 2014, p. 196.
- 85 SENADO, “Votación de la Proposición de Ley Orgánica de modificación de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, relativa a la justicia universal”, en *Diario de Sesiones del Senado*, X Legislatura, Pleno, núm. 102, 12 de marzo 2014, p. 9732.
- 86 MINISTERIO DE JUSTICIA, Memoria elevada al Gobierno de S. M. presentada al inicio del año judicial por el fiscal general del Estado Excmo. Sr. D. Eduardo Torres-Dulce Lifante, Centro de Estudios Jurídicos, Madrid, 2014, vol. I, pp. 235-236.

A. Justicia universal condicionada

Como resultado de la Ley Orgánica 1/2014, si bien se atribuye jurisdicción a los tribunales españoles sobre ocho crímenes no contemplados de manera expresa en la anterior redacción del Artículo 23.4 LOPJ (tortura y delitos contra la integridad moral, desaparición forzada de personas, actos ilícitos contra la seguridad de la aviación civil, delitos relacionados con la protección física de materiales nucleares, delitos de constitución, financiación o integración en grupo u organización criminal, violencia de género y doméstica, corrupción entre particulares o en transacciones económicas internacionales y falsificación de productos médicos y otros que supongan una amenaza para la salud pública),⁸⁷ se retira la jurisdicción española sobre el crimen de mutilación genital femenina y, lo que es más importante, se introduce una serie de condiciones para que los tribunales españoles puedan afirmar su llamada jurisdicción universal sobre los delitos contemplados en este Artículo. De hecho, el nuevo texto de esta provisión legal indica de forma general que los tribunales españoles son competentes para conocer de delitos cometidos fuera de España “cuando se cumplan las condiciones expresadas” en la Ley.⁸⁸

En particular, para la mayoría de los delitos mencionados en la nueva redacción del Artículo 23.4 LOPJ se exige expresamente, de manera alternativa: i) la presencia del presunto responsable en territorio español; se requiere que el ciudadano extranjero en cuestión resida habitualmente en España o que su extradición haya sido denegada por las autoridades españolas (principio de representación o Derecho Penal supletorio); ii) la nacionalidad española de las víctimas (principio de personalidad pasiva), o iii) una conexión de los delitos en cuestión con intereses españoles relevantes en términos muy concretos (de manera similar al principio de vínculo real o de protección de intereses).

La presencia del sospechoso en territorio nacional es una condición objetiva de procedibilidad para delitos de: i) genocidio, crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra; ii) tortura y delitos contra la integridad moral; iii) desaparición forzada; iv) terrorismo; v) delitos contra la libertad e indemnidad sexual de menores de edad; vi) violencia de género y doméstica; vii) trata de seres humanos; viii) corrupción entre particulares o en transacciones económicas internacionales, y ix) falsificación de

87 Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, *BOE* N° 157, 2 de julio de 1985, pp. 20632-20678, modificada por Ley Orgánica 1/2014, de 13 de marzo, *BOE* N° 63, 14 de marzo de 2014, pp. 23026-23031, apartados b), c), g), h), j), l), n) y o) del Artículo 23.4.

88 *Ibid.*, Artículo 23.4.

productos médicos y amenazas para la salud pública.⁸⁹ La nacionalidad española de las víctimas es requerida de manera adicional o alternativa para que los tribunales españoles tengan jurisdicción sobre algunos de estos delitos (tortura y delitos contra la integridad moral, desaparición forzada, terrorismo, delitos contra la libertad e indemnidad sexual de menores de edad, violencia de género y doméstica, trata de seres humanos, falsificación de productos médicos y amenazas para la salud pública) y para casos de apoderamiento ilícito de aeronaves.⁹⁰ La conexión entre intereses concretos identificados en la ley y crímenes de terrorismo, tráfico de drogas y delitos de constitución, financiación o integración en un grupo u organización criminal es suficiente para que los tribunales españoles puedan actuar.⁹¹ La nueva Ley incluye también condiciones objetivas de procedibilidad genéricas que hacen referencia a tratados ratificados por España o a actos normativos de organizaciones internacionales de las que España sea miembro.⁹²

Además de estas condiciones específicas para cada delito, el nuevo texto del Artículo 23.5 LOPJ codifica de manera general para todos los delitos referidos en el párrafo anterior i) la inversión del principio de complementariedad *vis-à-vis* los tribunales internacionales, ya recogida en las Leyes Orgánicas 18/2003 y 1/2009⁹³ y ii) los requisitos del Artículo 17(2) y (3) del Estatuto de Roma en su práctica literalidad *vis-à-vis* otros Estados, ya aplicados por la Audiencia Nacional y el Tribunal Supremo y reflejados de manera mucho menos explícita en la Ley Orgánica 1/2009.⁹⁴

89 Ibid., apartados a) [genocidio, crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra], b.2) [tortura y delitos contra la integridad moral], c.2) [desaparición forzada], e.2 y 3) [terrorismo], k.2 y 3) [delitos contra la libertad e indemnidad sexual de menores de edad], l.2) [violencia de género y doméstica], m.2 y 3) [trata de seres humanos], n.2, 3 y 4) [corrupción entre particulares o en transacciones económicas internacionales], o.2 y 3) [falsificación de productos médicos y amenazas para la salud pública] y cláusula de cierre del Artículo 23.4. Vid. AUDIENCIA NACIONAL, Sección 2ª de la Sala de lo Penal, Diligencias Previas 109/2006 [Afganistán-“Vuelos de la CIA”/Bird et al.], Rollo de apelación 336/2014, Auto de 17 de noviembre de 2014, razonamiento jdc. 5; TRIBUNAL SUPREMO, Sala de lo Penal, Sumario 63/2008 [China-“Tíbet”/Jiang Zemin et al.], Recurso 1682/2014, Sentencia de 6 de mayo de 2015, fdtos. de dcho. 26-30, 34 y 40.

90 Ibid., apartados b.2) [tortura y delitos contra la integridad moral], c.2) [desaparición forzada], e.4, 6, 7 y 8) [terrorismo], f.2) [apoderamiento ilícito de aeronaves], k.4) [delitos contra la libertad e indemnidad sexual de menores de edad], l.3) [violencia de género y doméstica], m.4) [trata de seres humanos], o.4 y 5) [falsificación de productos médicos y amenazas para la salud pública] del Artículo 23.4.

91 Ibid., apartados e.5) [terrorismo], i.2) [tráfico de drogas], j) [constitución, financiación o integración en grupo u organización criminal] del Artículo 23.4.

92 Ibid., apartados d) [piratería y otros delitos que se cometan en espacios marinos], g) [actos ilícitos contra la seguridad de la aviación civil], p) [delitos cuya persecución se impone con carácter obligatorio por un tratado vigente para España o por otros actos normativos de una organización internacional] del Artículo 23.4.

93 Cfr. Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, BOE Nº 157, 2 de julio de 1985, pp. 20632-20678, modificada por Ley Orgánica 1/2014, de 13 de marzo, BOE Nº 63, 14 de marzo de 2014, pp. 23026-23031, Artículo 24.5.a) con *supra* notas 53-55. El Artículo 23.4 de la Ley Orgánica 1/2009 parecía permitir a los tribunales españoles analizar la efectividad de los procedimientos iniciados ante tribunales internacionales.

94 Cfr. Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, BOE Nº 157, 2 de julio de 1985, pp. 20632-20678, modificada por Ley Orgánica 1/2014, de 13 de marzo, BOE Nº 63, 14 de marzo de 2014, pp. 23026-23031, Artículo 24.5.b) con *supra* notas 13-15.

En la actualidad, conforme a la Ley Orgánica 1/2014, solo el Tribunal Supremo es competente para determinar la disposición o capacidad para investigar o enjuiciar del Estado en donde presuntamente se han cometido los hechos o de nacionalidad de la persona a la que se imputa su comisión.⁹⁵ En consecuencia, los juzgados o tribunales españoles deben remitir al Tribunal Supremo una descripción de los casos de justicia universal de los que conozcan, junto con una conclusión razonada por la que decidan no apartarse de su conocimiento, conforme al principio de subsidiariedad, para que el Tribunal Supremo determine si dichos juzgados o tribunales pueden persistir en la asunción de la jurisdicción, tras realizar una ponderación similar a la que el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional atribuye a la misma para decidir sobre la admisibilidad o no de las pretensiones formuladas.⁹⁶

En resumen, por un lado, el nuevo texto del Artículo 23.4 LOPJ establece los criterios aplicables para determinar si los tribunales españoles tienen jurisdicción universal sobre crímenes internacionales y por otro, el nuevo texto del Artículo 23.5 LOPJ refuerza aún más, si cabe, la subsidiariedad de los tribunales españoles para la investigación y persecución de tales crímenes. De hecho, durante el debate de la Ley Orgánica 1/2014, los parlamentarios que la propusieron argumentaron que el nuevo texto “amplía la posibilidad de acudir a los tribunales penales internacionales [...] porque se va a pretender que la Corte Penal Internacional, precisamente esa corte diplomática de plenipotenciarios, conozca estos delitos.”⁹⁷

El Tribunal Supremo ya se ha pronunciado sobre el carácter confuso de esta regulación, conforme a la cual diferentes condiciones pueden aplicarse al mismo tipo de conductas y dar lugar a diferentes y, en ocasiones, contradictorias conclusiones sobre la jurisdicción de los tribunales españoles.⁹⁸ No obstante, el Tribunal Supremo

95 Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, *BOE* N° 157, 2 de julio de 1985, pp. 20632-20678, modificada por Ley Orgánica 1/2014, de 13 de marzo, *BOE* N° 63, 14 de marzo de 2014, pp. 23026-23031, Artículo 23.5.

96 TRIBUNAL SUPREMO, Sala de lo Penal, Sumario 19/1997 [Chile-“Carmelo Soria”/Brady et al.], Recurso 20092/2015, Auto de 8 de abril de 2015, razonamiento jdco. 3.2; TRIBUNAL SUPREMO, Sala de lo Penal, Diligencias previas 197/2010 [aguas internacionales próximas a Israel-“Flotilla de la libertad”/Netanyahu et al.], Recurso 20093/2015, Auto de 8 de abril de 2015, razonamientos jdcos. 3.1 y 3.2; TRIBUNAL SUPREMO, Sala de lo Penal, Sumario 97/2010 [El Salvador-“Ellacuría”/Larios et al.], Recurso 20962/2014, Auto de 20 de abril de 2015, razonamientos jdcos. 2.1 y 2.2.

97 Vid. SENADO, 12 de marzo de 2014, en *Diario de Sesiones del Senado*, X Legislatura, Pleno, Núm. 102, 12 de marzo de 2014, p. 9730.

98 TRIBUNAL SUPREMO, Sala de lo Penal, Diligencias previas 132/2014 [aguas internacionales próximas a Marruecos-buque “Mayak”], Recurso 1205/2014, Sentencia de 24 de julio de 2014, fdto. de dcho. 5; TRIBUNAL SUPREMO, Sala de lo Penal, Diligencias previas 80/2013 [aguas internacionales próximas a Marruecos-“Mohamed Said El Gadid”], Recurso 10435/2014, sentencia de 24 de julio de 2014, fdto. de dcho. 5. Vid. también TRIBUNAL SUPREMO, Sala de lo Penal, Diligencias previas 46/2014 [aguas internacionales próximas a Marruecos-buque “Aseel”], Recurso 1549/2014, Sentencia de 11 de diciembre de 2014, fdto. de dcho. 4.

ha ratificado la validez de la introducción de estas condiciones para el ejercicio de la jurisdicción universal en España. A este respecto, el Tribunal Supremo ha explicado que, si bien el Tribunal Constitucional declaró contraria a la naturaleza de la jurisdicción universal la lectura por parte de los tribunales españoles de este tipo de condiciones en la anterior versión del Artículo 23.4 LOPJ,⁹⁹ tal conclusión vino motivada porque las condiciones no estaban contempladas expresamente en la ley española y no porque fueran contrarias a un pretendido carácter absoluto inmanente de dicha jurisdicción conforme al Derecho Internacional Penal o consuetudinario.¹⁰⁰ En todo caso, es posible afirmar que, desde la entrada en vigor el 15 de marzo de 2014 de la Ley Orgánica 1/2014, la jurisdicción universal española está tan condicionada, que ha dejado de ser universal o, al menos, su ejercicio como tal es casi imposible.

B. Justicia universal sobre delitos transnacionales

Cabe destacar que en el nuevo texto del Artículo 23.4 LOPJ no solo se mantiene la enumeración de delitos internacionales porque afectan valores propios de la comunidad internacional (genocidio, crímenes de lesa humanidad, crímenes de guerra) junto con otros de carácter transnacional, cuya persecución interesa a todos los Estados y requiere la cooperación internacional.¹⁰¹ Además, la lista de crímenes transnacionales se extiende de manera considerable, hasta desnaturalizar el principio de justicia universal introducido en este Artículo en 1985.

Paradójicamente, el aumento en esta última categoría de delitos puede eventualmente conducir a una limitación de la jurisdicción española sobre crímenes internacionales. De hecho, al discutir la inclusión de crímenes transnacionales en el Artículo 23 LOPJ a raíz de los primeros casos abiertos tras la entrada en vigor de la enmienda (tráfico ilegal de drogas tóxicas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas),¹⁰² el Tribunal Supremo ha definido el principio de justicia universal como aquel conforme al cual los tribunales persiguen hechos cometidos fuera de su territorio (frente al

99 TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, Sentencia 237/2005 [Guatemala-Ríos Montt et al.], de 26 de septiembre de 2005, *BOE* N° 258, 28 de octubre de 2005, pp. 45-57, fdto. jdco. 8; TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, Madrid, Sentencia 227/2007 [China-“Falun Gong”/Jiang Zemin et al.], 22 de octubre de 2007, *BOE* N° 284, 27 de noviembre de 2007, pp. 21-27, fdto. jdco. 5.c).

100 TRIBUNAL SUPREMO, Sala de lo Penal, Sumario 63/2008 [China-“Tíbet”/Jiang Zemin et al.], Recurso 1682/2014, Sentencia de 6 de mayo de 2015, fdtos. de dcho. 15-16, 21-22, 30 y 42.

101 GIL GIL, A., *Derecho Penal Internacional*, Tecnos, 1999, pp. 43-52.

102 AUDIENCIA NACIONAL, Juzgado Central de Instrucción N° 4, Diligencias previas 132/2014 [aguas internacionales próximas a Argelia-buque “A la Voluntad de Dios”], Auto de 8 de abril de 2014, razonamientos jdcos. 2 y 3.

principio de territorialidad),¹⁰³ que puedan ser cometidos por personas extranjeras (frente al principio de personalidad o de nacionalidad)¹⁰⁴ y respecto a delitos que no comprometan los intereses de España (frente al principio real o de protección de intereses),¹⁰⁵ pero solo cuando se lo permite un tratado internacional.¹⁰⁶ El Tribunal Supremo ha explicado que mientras la ley, desde 1985 hasta su modificación en 2009, afirmaba la competencia extraterritorial de los tribunales españoles para la persecución de delitos internacionales sin ninguna mención a los tratados,¹⁰⁷ en la regulación vigente de la justicia universal contenida en la Ley Orgánica 1/2014 “preponderantemente se atiende a la configuración de los tratados internacionales y el grado de atribución de jurisdicción que [los tratados] otorgan a los Estados firmantes”.¹⁰⁸ Como consecuencia, las condiciones señaladas en dichos tratados pueden suponer un obstáculo al enjuiciamiento en España de sospechosos de crímenes internacionales conforme al principio de justicia universal.¹⁰⁹ La propia Ley Orgánica 1/2014 indica 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 lo prevea o autorice”.¹¹⁰

103 TRIBUNAL SUPREMO, Sala de lo Penal, Procedimiento Abreviado 26/2006, Recurso 2341/2006, sentencia de 15 de junio de 2007, fdto. de dcho. 3; TRIBUNAL SUPREMO, Sala de lo Penal, Procedimiento Abreviado 33/2006, Recurso 183/2007, Sentencia de 21 de junio de 2007, fdto. de dcho. 3; TRIBUNAL SUPREMO, Sala de lo Penal, Procedimiento Abreviado 12/2006, Recurso 2027/2006, Sentencia de 25 de junio de 2007, fdto. de dcho. 3.

104 Ibid.

105 Ibid.

106 TRIBUNAL SUPREMO, Sala de lo Penal, Diligencias previas 132/2014 [aguas internacionales próximas a Marruecos-buque “Mayak”], Recurso 1205/2014, Sentencia de 24 de julio de 2014, fdto. de dcho. 5.3.3; TRIBUNAL SUPREMO, Sala de lo Penal, Diligencias previas 80/2013 [aguas internacionales próximas a Marruecos-“Mohamed Said El Gadid”], Recurso 10435/2014, Sentencia de 24 de julio de 2014, fdto. de dcho. 5.3.3.

107 TRIBUNAL SUPREMO, Sala de lo Penal, Diligencias previas 29/2014 [aguas internacionales próximas a Marruecos-buque “Berk Kaptan”], Recurso 1259/2014, Sentencia de 5 de noviembre de 2014, fdto. de dcho. 3.

108 TRIBUNAL SUPREMO, Sala de lo Penal, Diligencias previas 104/2013 [aguas internacionales próximas a Marruecos-buque “Moon Light”], Recurso 1205/2014, Sentencia de 3 de diciembre de 2014, fdto. de dcho. 5; TRIBUNAL SUPREMO, Sala de lo Penal, Diligencias previas 24/2014 [aguas internacionales próximas a Argelia-buque sin nombre], Recurso 1495/2014, Sentencia de 5 de diciembre de 2014, fdto. de dcho. 2.

109 TRIBUNAL SUPREMO, Sala de lo Penal, Diligencias previas 132/2014 [aguas internacionales próximas a Marruecos-buque “Mayak”], Recurso 1205/2014, Sentencia de 24 de julio de 2014, fdtos. de dcho. 5.5 y 5.9; TRIBUNAL SUPREMO, Sala de lo Penal, Diligencias previas 80/2013 [aguas internacionales próximas a Marruecos-“Mohamed Said El Gadid”], Recurso 10435/2014, Sentencia de 24 de julio de 2014, fdtos. de dcho. 5.5 y 5.9; TRIBUNAL SUPREMO, Sala de lo Penal, Sumario 63/2008 [China-“Tíbet”/Jiang Zemin et al.], Recurso 1682/2014, Sentencia de 6 de mayo de 2015, fdto. de dcho. 17.

110 Ley Orgánica 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, entrada en vigor el 15 de marzo de 2014, *BOE* Nº 63, 14 de marzo de 2014, pp. 23026-23031, exposición de motivos.

Desde otro punto de vista, la no introducción de referencias a determinados delitos transnacionales en el Artículo 23 LOPJ puede conllevar la derogación implícita de la jurisdicción española para conocer de estas actividades ilícitas cuando se cometan en el extranjero. Por ejemplo, con la regulación dada por la Ley Orgánica 1/2014, no está del todo claro si los tribunales españoles mantienen su jurisdicción para conocer de la conversión, transmisión u ocultación de dineros y bienes procedentes de actividades ilícitas (blanqueo de capitales) cometidas por nacionales españoles en el extranjero.¹¹¹

C. Justicia universal sin acusación popular

La Ley Orgánica 1/2004 introduce como limitación adicional que los delitos mencionados en el Artículo 23.4 LOPJ solo son perseguibles en España previa presentación de querrela por la víctima o el Ministerio Público.¹¹² El requisito de que la víctima presente querrela fue defendido durante la tramitación parlamentaria de esta ley como una medida para convertir a la víctima en parte involucrada en el proceso.¹¹³ Sin embargo, esto implica excluir la posibilidad prevista en la Constitución española de que cualquier ciudadano español, sea o no agraviado, pueda querrellarse por un delito del que tenga conocimiento.¹¹⁴ Ha sido el recurso a esta institución, conocida como “acción popular” y de gran arraigo en España,¹¹⁵ el que ha dado lugar a la apertura de muchas de las causas de justicia universal como los procedimientos contra Scilingo,¹¹⁶ Pinochet,¹¹⁷ Cavallo,¹¹⁸ Ríos Montt *et al.*,¹¹⁹ De

-
- 111 BOYÉ TUSE, G., “Gallardón, ese jurista universal”, 8 de mayo de 2014, en *eldiario.es*, Disponible en <http://www.eldiario.es/contrapoder/justicia_universal-blanqueo_de_capitales-corrupcion_6_257984225.html> [Consulta: 24.07.2015].
- 112 Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, *BOE* Nº 157, 2 de julio de 1985, pp. 20632-20678, modificada por Ley Orgánica 1/2014, de 13 de marzo, *BOE* Nº 63, 14 de marzo de 2014, pp. 23026-23031, Artículo 23.6.
- 113 *Vid.* SENADO, 12 de marzo de 2014, en *Diario de Sesiones del Senado*, X Legislatura, Pleno, núm. 102, 12 de marzo de 2014, p. 9730.
- 114 TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, Auto 186/2009, de 16 de junio de 2009, *BOE* Nº 193, 11 de agosto de 2009, pp. 67-79, fdto. jdco. 3.
- 115 TRIBUNAL SUPREMO, Sala de lo Penal, Diligencias previas 99/2003 [Irak-“Couso”/De Camp et al.], Recurso 829/2006, Sentencia de 11 de diciembre de 2006, fdto. de dcho. 8.
- 116 AUDIENCIA NACIONAL, Juzgado Central de Instrucción Nº 5, Diligencias previas 108/1996 [Argentina], Auto de 10 de junio de 1996, admitiendo la querrela presentada por *Izquierda Unida* el 6 de mayo de 1996. Otras acusaciones populares se unieron más tarde a los procedimientos.
- 117 AUDIENCIA NACIONAL, Juzgado Central de Instrucción Nº 6, Diligencias previas 242/1996 [Chile], Auto de 6 de febrero de 1997, ordenando diligencias sobre la base de la querrela presentada por la *Fundación Salvador Allende* el 5 de julio de 1996. Otras acusaciones populares se unieron más tarde a los procedimientos.
- 118 AUDIENCIA NACIONAL, Juzgado Central de Instrucción Nº 5, Diligencias previas 108/1996 [Argentina-Cavallo], Auto de 7 de julio de 1998.
- 119 AUDIENCIA NACIONAL, Juzgado Central de Instrucción Nº 1, Diligencias previas 331/1999 [Guatemala-Ríos Montt et al.], Auto de 27 de marzo de 2000, actuando sobre la base de la denuncia presentada entre otras por Rigoberta Menchú Tum el 2 de diciembre de 1999.

Camp *et al.*,¹²⁰ Jiang Zemin *et al.*,¹²¹ Lia Oinglin *et al.*,¹²² Lian Guanglie *et al.*,¹²³ Larios *et al.*¹²⁴ y Ben-Eliezer *et al.*¹²⁵ Además, la eliminación de la acción popular operada por la Ley Orgánica 1/2014 supone un obstáculo adicional para la participación de las víctimas en la persecución de este tipo de casos en España.¹²⁶

Esta limitación en la legitimación activa para la persecución de los crímenes contemplados en el Artículo 23 LOPJ, aplicada por la Audiencia Nacional desde la entrada en vigor de la Ley Orgánica 1/2004,¹²⁷ ha sido confirmada por el Tribunal Supremo español y ha determinado que la activación de la justicia universal ya no es admisible mediante querrela de un actor popular ni por la incoación de oficio de diligencias por un juez español.¹²⁸ Esta limitación es uno de los motivos por los que, al tiempo de escribir estas líneas, hay un recurso interpuesto ante el Tribunal Constitucional español contra esta ley.¹²⁹ No obstante, el Tribunal Supremo ha

- 120 AUDIENCIA NACIONAL, Juzgado Central de Instrucción Nº 1, Diligencias previas 99/2003 [Irak-“Cousu”/ De Camp *et al.*], Auto de 19 de octubre de 2005.
- 121 AUDIENCIA NACIONAL, Juzgado Central de Instrucción Nº 2, Diligencias previas 237/2005 [China-“Tíbet”/ Jiang Zemin *et al.*], Auto de 5 de septiembre de 2005; AUDIENCIA NACIONAL, Sala de lo Penal, Sección 2a, Rollo de apelación 196/2005, Auto de 10 de enero de 2006, *Vid.* también nota 35.
- 122 AUDIENCIA NACIONAL, Juzgado Central de Instrucción Nº 2, Diligencias previas 275/2004 [China-“Falun Gong”/Lia Oinglin *et al.*], Auto de 6 de septiembre de 2004; AUDIENCIA NACIONAL, Sala de lo Penal, Sección 2a, Auto de 29 de abril de 2005. *Vid.* también nota 36.
- 123 AUDIENCIA NACIONAL, Juzgado Central de Instrucción Nº 1, Diligencias previas 242/2008 [China-“Tíbet”/ Lian Guanglie *et al.*], Auto de 5 de agosto de 2008.
- 124 AUDIENCIA NACIONAL, Juzgado Central de Instrucción Nº 6, Diligencias previas 391/2008 [El Salvador-“Ellacuría”/Larios *et al.*], Auto de 12 de enero de 2009, actuando sobre la querrela presentada por la *Asociación Pro Derechos Humanos de España* y el *Center for Justice and Accountability* el 13 de noviembre de 2008.
- 125 AUDIENCIA NACIONAL, Juzgado Central de Instrucción Nº 4, Diligencias previas 157/2008 [Gaza/Al Daraj-Ben-Eliezer *et al.*], Auto de 29 de enero de 2009.
- 126 SENADO, 12 de marzo de 2014, *Diario de Sesiones del Senado*, X Legislatura, Pleno, Núm. 102, 12 de marzo de 2014, p. 9729.
- 127 *Vid.* e.g. AUDIENCIA NACIONAL, Juzgado Central de Instrucción Nº 5, Diligencias previas 150/2009 [Afganistán, Pakistán y Cuba-“Guantánamo”/oficiales norteamericanos], Auto de 15 de abril de 2014, razonamiento jdco. 6; AUDIENCIA NACIONAL, Juzgado Central de Instrucción Nº 5, Sumario 19/1997 [Chile-“Carmelo Soria”/Brady *et al.*], Auto de 23 de mayo de 2014, razonamiento jdco. 4.
- 128 TRIBUNAL SUPREMO, Sala de lo Penal, Diligencias previas 132/2014 [aguas internacionales próximas a Marruecos-buque “Mayak”], Recurso 1205/2014, Sentencia de 24 de julio de 2014, fdto. de dcho. 5.8; TRIBUNAL SUPREMO, Sala de lo Penal, Diligencias previas 80/2013 [aguas internacionales próximas a Marruecos-“Mohamed Said El Gadid”], Recurso 10435/2014, Sentencia de 24 de julio de 2014, fdto. de dcho. 5.8; TRIBUNAL SUPREMO, Sala de lo Penal, Diligencias previas 46/2014 [aguas internacionales próximas a Marruecos-buque “Aseel”], Recurso 1549/2014, Sentencia de 11 de diciembre de 2014, fdto. de dcho. 8. *Vid.* también TRIBUNAL SUPREMO, Sala de lo Penal, Diligencias previas 104/2013 [aguas internacionales próximas a Marruecos-buque “Moon Light”], Recurso 1205/2014, Sentencia de 3 de diciembre de 2014, fdto. de dcho. 6; TRIBUNAL SUPREMO, Sala de lo Penal, Diligencias previas 24/2014 [aguas internacionales próximas a Argelia-buque sin nombre], Recurso 1495/2014, Sentencia de 5 de diciembre de 2014, fdto. de dcho. 3; TRIBUNAL SUPREMO, Sala de lo Penal, Sumario 63/2008 [China-“Tíbet”/Jiang Zemin *et al.*], Recurso 1682/2014, Sentencia de 6 de mayo de 2015, fdto. de dcho. 17.
- 129 Recurso de inconstitucionalidad Nº 3754-2014, contra la Ley Orgánica 1/2014, de 13 de marzo, de modificación de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, relativa a la jurisdicción universal, 22 de julio de 2014, *BOE* Nº 181, 26 de julio de 2014, p. 59669.

determinado que este presupuesto procesal no debe entenderse desde una perspectiva exclusivamente formal, pues permite que los tribunales españoles puedan conocer de casos en los que ni la víctima ni el Ministerio Público han presentado querrela si el Ministerio Público ha puesto de manifiesto un interés en la persecución de los delitos investigados.¹³⁰

D. Retroactividad de la reforma

La Ley Orgánica 1/2014 introduce una disposición transitoria en la que se determina que:

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 sobreesidas hasta que no se acredite el cumplimiento de los requisitos establecidos en ella.¹³¹

A este respecto, la aplicación de la LOPJ, a efectos de enjuiciamiento penal de hechos anteriores a su entrada en vigor en 1985, había llevado a los tribunales españoles a pronunciarse inicialmente a favor de su aplicación retroactiva sobre la base de que, como norma de carácter procesal u orgánico, no era sancionadora desfavorable ni restrictiva de derechos individuales.¹³²

Mas la ausencia de una cláusula transitoria reguladora de los efectos de la reforma de 2009 sobre los procedimientos en curso dio lugar a diferentes interpretaciones del Artículo 23.4 LOPJ por parte de los jueces españoles tras la Ley Orgánica 1/2009. Mientras una minoría de jueces defendió que la aplicación retroactiva de la nueva versión del Artículo 23.4 LOPJ no estaba prevista en la reforma¹³³ y suponía, en todo caso, privar injustificada y arbitrariamente a las víctimas de su derecho a la tutela judicial efectiva,¹³⁴ la mayoría consideró que la aplicación retroactiva de la reforma

130 TRIBUNAL SUPREMO, Sala de lo Penal, Sumario 97/2010 [El Salvador-“Ellacuría”/Larios et al.], Recurso 20962/2014, Auto de 20 de abril de 2015, razonamiento jdco. 3.4.

131 Ley Orgánica 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, entrada en vigor el 15 de marzo de 2014, BOE Nº 63, 14 de marzo de 2014, pp. 23026-23031, disposición transitoria única.

132 AUDIENCIA NACIONAL, Sala de lo Penal, Sumario 19/1997 [Argentina-Scilingo], Rollo de apelación 84/1998, Auto de 4 de noviembre de 1998, fdto. jdco. 3; AUDIENCIA NACIONAL, Sala de lo Penal, Sumario 1/1998 [Chile-Pinochet], Rollo de apelación 173/1998, Auto de 5 de noviembre de 1998, fdto. jdco. 3; AUDIENCIA NACIONAL, Sala de lo Penal, Sección 2a, Sumario 19/1997 [Argentina-Scilingo], Auto de 28 de julio de 2003, razonamiento jdco. 1. Cfr. TRIBUNAL SUPREMO, Sala de lo Penal, Sumario 19/1997 [Argentina-Scilingo], Recurso 10049/2006, Sentencia de 1 de octubre de 2007, voto particular del magistrado Luciano Varela Castro, párrs. 3-4; voto particular del magistrado José Manuel Maza Martín, párr. III.

133 AUDIENCIA NACIONAL, Juzgado Central de Instrucción Nº 1, Diligencias previas 242/2008 [China-“Tíbet”/Lian Guanglie et al.], Auto de 26 de febrero de 2010, razonamiento jdco. 1.

134 AUDIENCIA NACIONAL, Sala de lo Penal, Diligencias previas 242/2008 [China-“Tíbet”/Lian Guanglie et al.], Rollo de apelación 20/2010, Auto de 27 de octubre de 2010, voto particular de los Magistrados Clara Bayarri García, Ramón Sáez Valcárcel y José Ricardo de Prada Solaesa, motivo 4.

de 2009 venía dada por la mera entrada en vigor de la ley y suponía la obligación de los jueces españoles de dejar sin juzgar los hechos de los que habían tenido conocimiento en función de la anterior versión del Artículo 23.4 LOPJ.¹³⁵

El texto de la reforma llevada a cabo en 2014 no deja lugar a dudas sobre su efecto retroactivo, tal y como lo demuestra la tramitación parlamentaria de la Ley Orgánica 1/2014 y como ya lo había ratificado el propio Tribunal Supremo.¹³⁶

En tanto los jueces de la Audiencia Nacional concluyeron su falta de jurisdicción sobrevenida como consecuencia de esta reforma y señalaron que era necesario poner en libertad a los sospechosos de crímenes transnacionales detenidos antes de la entrada en vigor de la última reforma el 15 de marzo de 2014,¹³⁷ el Tribunal Supremo ha expresado que dicha liberación no fue conforme a la ley, dado que en ocasiones todavía puede afirmarse la jurisdicción española luego de la reforma de 2014 sobre la base de tratados internacionales ratificados por España.¹³⁸

No obstante, después de la entrada en vigor de la Ley Orgánica 1/2014 el 15 de marzo de 2014 y salvo para un número muy limitado de casos para los que el principio de territorialidad ha resultado aplicable,¹³⁹ la Audiencia Nacional ha declarado no tener jurisdicción sobre la mayoría de los asuntos de los que estaba conociendo sobre la base de la justicia universal. La principal causa de esta falta de jurisdicción sobrevenida, efectiva incluso cuando las víctimas de crímenes de genocidio, de lesa humanidad o de guerra son españolas, radica en que los procedimientos no están dirigidos contra un español, contra un extranjero que resida habitualmente en España o contra un extranjero que esté en España (casos

135 Vid. *supra* nota 61.

136 TRIBUNAL SUPREMO, Sala de lo Penal, Pleno del Senado, de 12 de marzo de 2014, Diario de Sesiones del Senado, X Legislatura, Pleno, Núm. 102, 12 de marzo de 2014, pp. 9729-9730; TRIBUNAL SUPREMO, Sala de lo Penal, Sumario 19/1997 [Argentina-Scilingo], Recurso 10049/2006, Sentencia de 1 de octubre de 2007, fdo. de dcho. 7.3 "La determinación del ámbito de extensión extraterritorial de la jurisdicción española se encomienda a normas de orden procesal u orgánico"; TRIBUNAL SUPREMO, Sala de lo Penal, Sumario 63/2008 [China-"Tíbet"/Jiang Zemin et al.], Recurso 1682/2014, Sentencia de 6 de mayo de 2015, fdtos. de dcho. 31 y 33.

137 Vid. e. g. Diligencias previas 132/2014 [aguas internacionales próximas a Argelia-buque *A la Voluntad de Dios*], Juzgado Central de Instrucción Nº 4 de la Audiencia Nacional, Madrid, Auto de 8 de abril de 2014, razonamiento jdco. 5.

138 Vid. *supra* nota 105.

139 AUDIENCIA NACIONAL, Juzgado Central de Instrucción Nº 5, Diligencias previas 362/2007 [Sahara Occidental-Ben Sliman et al.], Auto de 15 de abril de 2014; AUDIENCIA NACIONAL, Juzgado Central de Instrucción Nº 5, Diligencias previas 1/2008 [Sahara Occidental-"Frente Polisario"], Auto de 15 de abril de 2014, razonamiento jdco. único; AUDIENCIA NACIONAL, Sala de lo Penal, Sección 2a, Sumario 4/2014 [Sahara Occidental-"El Aaiun"], Rollo de apelación 17/2014, Auto de 4 de julio de 2014, razonamiento jdco. 1.

“Tíbet”/Jiang Zemin *et al.*, China;¹⁴⁰ “Falun Gong”/Jiang Zemin, Lia Oinglin *et al.*, China;¹⁴¹ “genocidio nazi”/Leprich *et al.*, Austria y Alemania¹⁴² y “genocidio ruandés”/Kabarebe *et al.*, Ruanda).¹⁴³ Al adoptar estas decisiones, los tribunales españoles han leído en el nuevo texto del Artículo 23.4 LOPJ los principios de subsidiariedad y conexión establecidos por el Tribunal Supremo hace una década.¹⁴⁴ En algunos casos han determinado que las limitaciones introducidas por la Ley Orgánica 1/2014 para la persecución de crímenes de genocidio y crímenes de guerra no violan los derechos y las obligaciones que el Derecho Constitucional español y el Derecho Internacional de los tratados.¹⁴⁵

En estas circunstancias, los tribunales españoles solo han mantenido abiertos casos por crímenes de genocidio, de lesa humanidad o de guerra cuando han considerado imposible juzgar por separado los crímenes afectados por los requisitos jurisdiccionales de la Ley Orgánica 1/2014 (casos Ríos Montt *et al.*, Guatemala¹⁴⁶ y “Carmelo Soria”/Brady *et al.*, Chile),¹⁴⁷ y cuando han paralizado las investigaciones de dichos crímenes, pero continuado las de otros delitos relacionados para los que la Ley Orgánica 1/2014 mantiene su jurisdicción (caso “Ellacuría”/Larios

140 AUDIENCIA NACIONAL, Sala de lo Penal, Sumario 63/2008 [China-“Tíbet”/Jiang Zemin *et al.*], Rollo de apelación 38/2014, Auto de 2 de julio de 2014, razonamiento jdco. único. Cuatro de los dieciséis magistrados defendieron en un voto particular su jurisdicción sobre la base de que el Artículo 23.4 LOPJ no puede derogar la obligación internacional de investigar y perseguir crímenes de guerra establecida por el III Convenio de Ginebra. El Tribunal Supremo acordó por unanimidad desestimar los recursos de casación interpuestos por las acusaciones populares contra el archivo de esta causa. *Vid.* TRIBUNAL SUPREMO, Sala de lo Penal, Sumario 63/2008 [China-“Tíbet”/Jiang Zemin *et al.*], Recurso 1682/2014, Sentencia de 6 de mayo de 2015, fdtos. de dcho. 20 y 25. Al tiempo de escribir estas líneas, hay recursos pendientes sobre la constitucionalidad de esta resolución ante el Tribunal Constitucional.

141 AUDIENCIA NACIONAL, Sala de lo Penal, Sumario 73/2009 [China-“Falun Gong”/Jiang Zemin, Lia Oinglin *et al.*], Rollo de apelación 44/2014, Auto de 15 de julio de 2014, fdtos. jdcos. 3-4. Cuatro de los dieciséis magistrados reiteraron en un voto particular su jurisdicción sobre la base del Artículo 23.4 LOPJ. El Tribunal Supremo acordó por unanimidad desestimar los recursos de casación interpuestos por las acusaciones populares contra el archivo de esta causa. *Vid.* TRIBUNAL SUPREMO, Nota de prensa, de 22 de abril de 2015.

142 AUDIENCIA NACIONAL, Sala de lo Penal, Sumario 56/2009 [Austria y Alemania-“genocidio nazi”/Leprich *et al.*], Rollo de apelación 10/2014, Auto de 15 de diciembre de 2014, razonamiento jdco. 2.

143 AUDIENCIA NACIONAL, Sección 3ª de la Sala de lo Penal, Sumario 3/2008 [Ruanda-“genocidio ruandés”/Kabarebe *et al.*], Rollo de Sala 2/2008, Auto de 28 de enero de 2015, fdto. jdco. 2.

144 *Vid. supra* notas 14-15.

145 AUDIENCIA NACIONAL, Sala de lo Penal, Sumario 56/2009 [Austria y Alemania-“genocidio nazi”/Leprich *et al.*], Rollo de apelación 10/2014, Auto de 15 de diciembre de 2014, razonamientos jdcos. 3-4. Tres de los dieciocho magistrados determinaron en sus votos particulares su jurisdicción sobre la base del derecho internacional convencional.

146 AUDIENCIA NACIONAL, Juzgado Central de Instrucción Nº 1, Sumario 331/1999 [Guatemala-Ríos Montt *et al.*], Auto de 20 de mayo de 2014, razonamiento jdco. 3. Las investigaciones de las imputaciones de delitos diferentes al terrorismo no se han paralizado en este caso al entender que se rompería la denominada continencia de la causa.

147 AUDIENCIA NACIONAL, Juzgado Central de Instrucción Nº 5, Sumario 19/1997 [Chile-“Carmelo Soria”/Brady *et al.*], Auto de 23 de mayo de 2014, razonamiento jdco. 2.2.

et al., El Salvador).¹⁴⁸ Cuando los procedimientos fueron abiertos conforme a obligaciones internacionales contraídas por España a las que se refieren el Artículo 23.4.p) LOPJ y su cláusula residual (casos “Couso”/De Camp *et al.*, Irak;¹⁴⁹ “Guantánamo”/oficiales norteamericanos, Afganistán, Pakistán y Cuba;¹⁵⁰ y “Flotilla de la libertad”/Netanyahu *et al.*, aguas internacionales próximas a Israel),¹⁵¹ la Audiencia Nacional determinó en un principio que, ante un conflicto entre los obstáculos jurisdiccionales introducidos por la última reforma del Artículo 23 LOPJ para la persecución de delitos internacionales y la obligación de perseguirlos impuesta por los tratados internacionales ratificados por España, los procedimientos debían continuar con el fin de satisfacer las obligaciones internacionales contraídas por el Estado español.¹⁵² Conforme a la Ley Orgánica 18/2003, dichas obligaciones debían ser satisfechas de manera subsidiaria a una posible actuación por parte de la Corte Penal Internacional.¹⁵³ No obstante, la Audiencia Nacional ha cerrado recientemente algunas de estas causas, después de que el Tribunal Supremo afirmara de manera general que la cláusula de cierre del Artículo 23.4.p) LOPJ no es aplicable a los supuestos que ya aparecen específicamente regulados en los apartados anteriores de este precepto y, concretamente, a los delitos contra las personas y los bienes protegidos en caso de conflicto armado, para los que se requiere que el procedimiento se dirija contra un español, contra un ciudadano extranjero que

- 148 AUDIENCIA NACIONAL, Juzgado Central de Instrucción Nº 6, Sumario 97/2010 [El Salvador-“Ellacuría”/Larios *et al.*], Auto de 31 de marzo de 2014, fdtos. de dcho. 2-3. Las investigaciones de las imputaciones de crímenes de lesa humanidad se han paralizado en este caso como consecuencia de que los procedimientos no son contra un español o contra extranjero que esté en España.
- 149 AUDIENCIA NACIONAL, Juzgado Central de Instrucción Nº 1, Sumario 27/2007 [Irak-“Couso”/De Camp *et al.*], Auto de 17 de marzo de 2014, razonamientos jdcos. 2, 4 y 6 (en referencia al Artículo 146 del IV Convenio de Ginebra), y Auto de 27 de marzo de 2014, fdto. de dcho. 2. Esta decisión fue avalada por el Pleno de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional. *Vid.* AUDIENCIA NACIONAL, Nota de prensa, de 6 de junio de 2014.
- 150 AUDIENCIA NACIONAL, Juzgado Central de Instrucción Nº 5, Diligencias previas 150/2009 [Afganistán, Pakistán y Cuba-“Guantánamo”/oficiales norteamericanos], Auto de 15 de abril de 2014, razonamientos jdcos. 4-5 (en referencia a los Artículos 129-130 del III Convenio de Ginebra y al Artículo 5 de la Convención contra la Tortura).
- 151 AUDIENCIA NACIONAL, Juzgado Central de Instrucción Nº 5, Diligencias previas 197/2010 [aguas internacionales próximas a Israel-“Flotilla de la libertad”/Netanyahu *et al.*], Auto de 17 de junio de 2014, razonamiento jdco. 2 (haciendo referencia al Artículo 146 del IV Convenio de Ginebra).
- 152 AUDIENCIA NACIONAL, Juzgado Central de Instrucción Nº 1, Sumario 27/2007 [Irak-“Couso”/De Camp *et al.*], Auto de 17 de marzo de 2014, razonamiento jdco. 2; AUDIENCIA NACIONAL, Juzgado Central de Instrucción Nº 5, Diligencias previas 150/2009 [Afganistán, Pakistán y Cuba-“Guantánamo”/oficiales norteamericanos], Auto de 15 de abril de 2014, razonamientos jdco. 7. *Vid.* también AUDIENCIA NACIONAL, Sala de lo Penal, Sumario 63/2008 [China-“Tíbet”/Jiang Zemin *et al.*], Rollo de apelación 38/2014, Auto de 2 de julio de 2014, voto particular de los Magistrados Ramón Sáez Valcárcel, José Ricardo de Prada Solaesa, Ángela Murillo Bordallo y Clara Bayarri García, párr. 5.
- 153 AUDIENCIA NACIONAL, Juzgado Central de Instrucción Nº 5, Diligencias previas 197/2010 [aguas internacionales próximas a Israel-“Flotilla de la libertad”/Netanyahu *et al.*], Auto de 17 de junio de 2014, razonamiento jdco. 3.

resida habitualmente en España o contra un extranjero que se encontrara en España y cuya extradición hubiera sido denegada por las autoridades españolas.¹⁵⁴

En la mayoría de los casos, los juzgados españoles que han mantenido su jurisdicción sobre esta base han remitido sus actuaciones al Tribunal Supremo español,¹⁵⁵ sin concluir sus investigaciones, para que este tribunal valore conforme al nuevo texto del Artículo 23.5 LOPJ, si el Estado que puede ejercer su jurisdicción sobre estos casos no está dispuesto a llevar a cabo la investigación o no puede realmente hacerlo, habida cuenta de lo respondido a las respectivas comisiones rogatorias remitidas por las autoridades judiciales españolas.¹⁵⁶ Al momento de escribir estas líneas, el Tribunal Supremo ha clarificado que requiere exposiciones razonadas de los jueces para emitir tales valoraciones sobre sus actuaciones¹⁵⁷ y solo ha afirmado la jurisdicción de los tribunales españoles para continuar conociendo de los hechos en el caso “Ellacuría”/Larios *et al.* (El Salvador), al concluir que hay indicios suficientes de que el proceso penal desarrollado en ese país no garantizó el castigo y la persecución efectiva de los responsables.¹⁵⁸ El Tribunal Supremo también ha desestimado alegaciones que denunciaban vulneraciones constitucionales en la Ley Orgánica 1/2014.¹⁵⁹ No obstante, el Tribunal Constitucional todavía debe determinar

- 154 TRIBUNAL SUPREMO, Sala de lo Penal, Sumario 63/2008 [China-“Tíbet”/Jiang Zemin *et al.*], Recurso 1682/2014, Sentencia de 6 de mayo de 2015, fdtos. de dcho. 25 y 29-30; AUDIENCIA NACIONAL, Juzgado Central de Instrucción Nº 1, Sumario 27/2007 [Irak-“Couso”/De Camp *et al.*], Auto de 9 de junio de 2015, razonamiento jdco. 1; AUDIENCIA NACIONAL, Juzgado Central de Instrucción Nº 5, Diligencias Previas 197/2010 [aguas internacionales próximas a Israel-“flotilla de la libertad”/Netanyahu *et al.*], Auto de 10 de junio de 2015, razonamientos jdcos. 6 y 8-9.
- 155 En casos muy limitados, los juzgados españoles solicitaron directamente la cooperación judicial internacional para hacer comparecer a los procesados ante la justicia, sobre la base de que algunos tratados internacionales permiten la jurisdicción concurrente de los tribunales españoles y hacen inaplicable el Artículo 23.5 LOPJ. *Vid.* AUDIENCIA NACIONAL, Juzgado Central de Instrucción Nº 1, Sumario 27/2007 [Irak-“Couso”/De Camp *et al.*], Auto de 17 de marzo de 2014, razonamiento jdco. 4, y Auto de 24 de julio de 2014.
- 156 AUDIENCIA NACIONAL, Juzgado Central de Instrucción Nº 6, Sumario 97/2010 [El Salvador-“Ellacuría”/Larios *et al.*], Auto de 31 de marzo de 2014, fdtos. de dcho. 1 y 4; AUDIENCIA NACIONAL, Juzgado Central de Instrucción Nº 5, Diligencias previas 150/2009 [Afganistán, Pakistán y Cuba-“Guantánamo”/oficiales norteamericanos], Auto de 15 de abril de 2014, razonamientos jdcos. 5 y 7; AUDIENCIA NACIONAL, Juzgado Central de Instrucción Nº 1, Sumario 331/1999 [Guatemala-Ríos Montt *et al.*], Auto de 20 de mayo de 2014, razonamiento jdco. 4; AUDIENCIA NACIONAL, Juzgado Central de Instrucción Nº 5, Sumario 19/1997 [Chile-“Carmelo Soria”/Brady *et al.*], Auto de 23 de mayo de 2014, razonamiento jdco. 3, y auto de 26 de mayo de 2015, razonamiento jdco. 2.
- 157 TRIBUNAL SUPREMO, Sala de lo Penal, Sumario 19/1997 [Chile-“Carmelo Soria”/Brady *et al.*], Rrecurso 20092/2015, Auto de 8 de abril de 2015, razonamiento jdco. 3.3; TRIBUNAL SUPREMO, Sala de lo Penal, Diligencias previas 197/2010 [aguas internacionales próximas a Israel-“Flotilla de la libertad”/Netanyahu *et al.*], Recurso 20093/2015, Auto de 8 de abril de 2015, razonamientos jdcos. 3.3 y 3.4.
- 158 TRIBUNAL SUPREMO, Sala de lo Penal, Sumario 97/2010 [El Salvador-“Ellacuría”/Larios *et al.*], Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, Madrid, recurso 20962/2014, Auto de 20 de abril de 2015, razonamientos jdcos. 3.2 y 3.3.
- 159 *Vid.* TRIBUNAL SUPREMO, Sala de lo Penal, Sumario 63/2008 [China-“Tíbet”/Jiang Zemin *et al.*], Recurso 1682/2014, Sentencia de 6 de mayo de 2015, fdtos. de dcho. 37-44.

de manera definitiva, entre otros aspectos, si el carácter retroactivo de la Ley Orgánica 1/2014 es contrario o conforme a la Constitución española.¹⁶⁰

V. Conclusiones

Este artículo ha descrito la jurisdicción universal atribuida a los tribunales españoles desde 1985 hasta 2014. Ha mostrado las fases en la definición y el ejercicio de dicha jurisdicción, marcadas no solo por los desacuerdos entre las instancias judiciales españolas a la hora de extender su jurisdicción sobre crímenes internacionales cometidos por extranjeros fuera de España, sino también —y de manera decisiva— por la intervención del legislador español, al tratar de limitar o de impedir el ejercicio de tal jurisdicción.

En una primera etapa, comprendida entre 1985 y 2009, el desarrollo de la jurisdicción universal española estuvo fundamentalmente en manos de los jueces, que proporcionaron criterios jurídicos para el ejercicio de sus competencias sobre crímenes internacionales y transnacionales cometidos fuera de España. A pesar de la aparente ausencia de limitaciones legales para el ejercicio de la jurisdicción universal en el texto original del Artículo 23 de la Ley Orgánica 1/1985 del Poder Judicial, la Audiencia Nacional introdujo muy pronto una serie de condiciones para tal ejercicio, al decidir sobre los recursos planteados por la Fiscalía contra las decisiones tomadas por los juzgados de instrucción. Estas condiciones fueron posteriormente confirmadas y extendidas por el Tribunal Supremo, lo que dio lugar a los principios de subsidiariedad y de conexión aplicables por los tribunales españoles para el ejercicio de su jurisdicción universal desde el año 2003.

A pesar de que el Tribunal Constitucional llegó a determinar en 2005 y 2007 que la jurisdicción universal de los tribunales españoles era absoluta y que los

160 *Vid. supra* nota 129. Los juzgados españoles no han planteado hasta la fecha una cuestión de constitucionalidad ante el Tribunal Constitucional. *Vid.* AUDIENCIA NACIONAL, Juzgado Central de Instrucción Nº 1, Sumario 27/2007 [Irak-“Couso”/De Camp et al.], Auto de 17 de marzo de 2014, razonamiento jdco. 3, y Auto de 27 de marzo de 2014, fdtos. de derecho 5-6; AUDIENCIA NACIONAL, Juzgado Central de Instrucción Nº 1, Sumario 331/1999 [Guatemala-Ríos Montt et al.], Auto de 20 de mayo de 2014, razonamiento jdco. 2; AUDIENCIA NACIONAL, Juzgado Central de Instrucción Nº 5, Sumario 63/2008 [China-“Tíbet”/Jiang Zemin et al.], Rollo de apelación 38/2014, Auto de 2 de julio de 2014, razonamiento jdco. único. Cinco de los dieciséis magistrados del Pleno de la Audiencia Nacional argumentaron en sus votos particulares que debía haberse planteado una cuestión de constitucionalidad sobre el Artículo 23.4 LOPJ por posible vulneración del derecho de acceso a la justicia y del principio de igualdad por tratamiento discriminatorio de las víctimas españolas de delitos de derecho internacional (genocidio, lesa humanidad y crímenes de guerra). *Vid.* también en la misma línea el voto particular conjunto de cuatro magistrados en AUDIENCIA NACIONAL, Sala de lo Penal, Sumario 73/2009 [China-“Falun Gong”/Jiang Zemin, Lia Oinglin et al.], Rollo de apelación 44/2014, Auto de 15 de julio de 2014; y los votos particulares de tres magistrados en AUDIENCIA NACIONAL, Sala de lo Penal, Sumario 56/2009 [Austria y Alemania-“genocidio nazi”/Leprich et al.], Rollo de apelación 10/2014, Auto de 15 de diciembre de 2014.

principios desarrollados jurisprudencialmente para su ejercicio no eran conformes a la legalidad, la Audiencia Nacional y el Tribunal Supremo continuaron introduciendo límites jurisprudenciales para la aplicación del Artículo 23 LOPJ. De hecho, al mismo tiempo que algunos jueces de la Audiencia Nacional abrían casos de justicia universal contra dirigentes de grandes potencias económicas y militares, el Tribunal Supremo llegó a considerar las posibles consecuencias políticas y diplomáticas del ejercicio de dicha jurisdicción por parte de los tribunales españoles.

Ante esta falta de sintonía judicial, el legislador intervino en 2009 y modificó el Artículo 23 LOPJ con la Ley Orgánica 1/2009. Esta reforma marcó el comienzo de una segunda etapa en el ejercicio de la jurisdicción universal por los tribunales españoles, comprendida entre 2009 y 2014, en la que ese ejercicio dejó de ser potencialmente absoluto y pasó a estar sometido a condiciones expresamente formuladas por la ley. Estas condiciones fueron introducidas ante las presiones políticas y diplomáticas ejercidas por potencias extranjeras afectadas por los procedimientos iniciados en España sobre crímenes internacionales y a pesar de la mencionada jurisprudencia del Tribunal Constitucional. El legislador español cedió a tales presiones y por vía legal hizo vinculantes para todos los tribunales los principios de conexión y de subsidiariedad horizontal y vertical previamente desarrollados por el Tribunal Supremo como límites a la jurisdicción universal.

No obstante las condiciones introducidas por la Ley Orgánica 1/2009, los jueces de instrucción de la Audiencia Nacional continuaron con muchas de sus investigaciones y abrieron nuevos procesos de justicia universal a partir del 5 de noviembre de 2009, sobre la base de los principios de personalidad pasiva y de conexión y, de manera subsidiaria, a la actuación de tribunales extranjeros y de la Corte Penal Internacional. En particular, varios casos de justicia universal fueron abiertos por la nacionalidad española de las víctimas o en uso de la cláusula residual del Artículo 23 LOPJ, que hacía referencia a las obligaciones internacionales contraídas por España.

Dado el desarrollo de las investigaciones iniciadas o continuadas a pesar de la Ley Orgánica 1/2009, los tribunales españoles emitieron órdenes internacionales de arresto por crímenes internacionales entre 2011 y 2013, algunas de ellas contra antiguos dirigentes de las grandes potencias mundiales. Ante este escenario y presionado de nuevo por los Gobiernos extranjeros afectados, el Gobierno español modificó el Artículo 23 LOPJ, en esta ocasión de manera unilateral y expedita, con la adopción en solitario de la Ley Orgánica 1/2014 relativa a la justicia universal.

La Ley Orgánica 1/2014 puede considerarse como la tercera y última fase de la jurisdicción universal de los tribunales españoles, no solo cronológica, sino también metafórica, puesto que supone una modificación legal *ad hoc* que vacía *de facto* la

competencia de los tribunales españoles para conocer de crímenes internacionales. La versión del Artículo 23 LOPJ, vigente desde el 15 de marzo de 2014, limita de manera muy notable la aplicación de los principios de personalidad pasiva y de conexión sobre crímenes internacionales y condiciona la jurisdicción española sobre crímenes transnacionales a lo determinado por los tratados internacionales aplicables. Además, goza de efectos retroactivos, priva al actor popular de su capacidad de iniciar procedimientos de justicia internacional en el futuro y concede al Tribunal Supremo, en única instancia, la potestad de decidir sobre la aplicabilidad del principio de subsidiariedad.

El Tribunal Supremo español ya se ha percatado de esta evolución legislativa del Artículo 23 LOPJ y, aunque ha criticado la falta de claridad del texto vigente en la actualidad, ha logrado interpretarlo de modo que su aplicación a determinados delitos transnacionales no dé lugar a espacios de impunidad. Sin embargo, la base de esta interpretación, discutida por jueces y magistrados en instancias inferiores, parece ser que la determinación de los límites de la jurisdicción universal es una cuestión de política criminal que compete al legislador español y que no existe ninguna norma internacional que obligue a los Estados a incorporar el principio de jurisdicción universal. En estas circunstancias, solo queda preguntarse si la aproximación del Tribunal Supremo será la misma para la aplicación del Artículo 23 LOPJ a los casos de crímenes internacionales que siguen abiertos, si el Tribunal Constitucional determinará que la Ley Orgánica 1/2014 es compatible o no con la Constitución española y si, en última instancia, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos desempeñará un papel relevante al respecto. De estas decisiones dependerá, en última medida, la supervivencia o la desaparición efectiva de la jurisdicción universal de los tribunales españoles sobre crímenes internacionales.

SECCIÓN DE ENSAYOS DE INVESTIGACIÓN

Seleccionados en la III Edición del Certamen de Ensayos Blattmann, Odio Benito y Steiner sobre Justicia Internacional Penal

Os grupos protegidos pela Convenção do Genocídio:
perspectivas e desafios interpretativos

Fernando Geraldo Leão Simões

La fragilidad de una jurisdicción universal
complementaria de la justicia internacional penal:
el reciente paradigma español

Carmen Vallejo Peña

El “margen protector” de la Corte Penal Internacional

Ana Elena Abello Jiménez

Os grupos protegidos pela Convenção do Genocídio: perspectivas e desafios interpretativos

Los grupos protegidos por la Convención del Genocidio: perspectivas y desafíos interpretativos

The Groups Protected by the Genocide Convention: Perspectives and Interpretative Challenges

Fernando Geraldo Leão Simões*

Fecha de recepción: 31 de julio de 2014.

Fecha de aprobación: 20 de noviembre de 2014.

Doi:

Para citar este artículo: LEÃO SIMÕES, F. G., "Os grupos protegidos pela convenção do genocídio: perspectivas e desafios interpretativos", *Anuario Iberoamericano de Derecho Internacional Penal*, Anidip, vol. 3, 2015, pp. 79-98.
doi:

Resumo

O presente ensaio tem como objetivo promover uma análise crítica dos grupos protegidos pela Convenção do Genocídio a fim de assinalar os parâmetros mais adequados para sua correta compreensão e identificação pelo intérprete da norma internacional. Nesse sentido, serão investigados, em princípio, o significado e o alcance das ideias de nacionalidade, raça, etnia e religião, demonstrando-se a dificuldade de se estabelecer critérios objetivos e rigidamente científicos para uma conceituação individualizada das coletividades nacionais, raciais, étnicas e religiosas. Uma vez estabelecida essa premissa, sustentar-se-á a necessidade de uma compreensão conjunta de tais coletividades, privilegiando uma construção semântica unitária, em detrimento de uma visão compartimentalizada, como única forma de determinar o verdadeiro alcance da proteção normativa contra o crime de genocídio.

Palavras-chave: genocídio, nacionalidade, etnia, raça, religião.

* Bacharel em direito pela Universidade Federal de Minas Gerais. Advogado.

Resumen

El presente ensayo tiene como objetivo promover un análisis crítico de los grupos protegidos por la Convención del Genocidio con el fin de señalar los parámetros más adecuados para su correcta comprensión e identificación por el intérprete de la norma internacional. En ese sentido, serán investigados, en principio, el significado y el alcance de las ideas de nacionalidad, raza, etnia y religión, demostrándose la dificultad de establecer criterios objetivos y rígidamente científicos para una conceptualización individualizada de las colectividades nacionales, raciales, étnicas y religiosas. Una vez establecida esta premisa, se sustentará la necesidad de una comprensión conjunta de tales colectividades, privilegiando una construcción semántica unitaria en detrimento de una visión compartimentada, como única forma de determinar el verdadero alcance de la protección normativa contra el crimen de genocidio.

Palabras clave: genocidio, nacionalidad, etnia, raza, religión.

Abstract

The present essay purports to promote a critical analysis of the groups protected by the Genocide Convention in order to point out the most adequate standards for its correct comprehension and identification by the interpreter of the international norm. In this regard, the meaning and scope of the ideas of nationality, race, ethnicity and religion will be the object of a thorough investigation aiming to demonstrate the difficulty of providing objective and rigidly scientific criteria for an individualized conceptualization of the national, racial, ethnic and religious collectivities. Once established this premise, one will sustain the need for a common understanding of such communities, favoring an unitary semantic construction, rather than a compartmentalized view, as the sole way of determining the real scope of the normative protection against the crime of genocide.

Keywords: genocide, nationality, ethnicity, race, religion.

I. O crime de genocídio

O genocídio, enquanto crime internacional, pode ser objetivamente descrito como a intencional destruição ou extermínio de grupos ou membros de um grupo nacional, étnico, religioso ou racial.¹

Segundo a concepção de Raphael Lemkin, o genocídio abrange:

[...] um plano coordenado de ações diferenciadas, voltadas para a destruição dos alicerces fundamentais da vida de grupos nacionais,

1 VON GLAHN, G., y TAULBEE, J., *Law Among Nations: An Introduction to Public International Law*, 10a ed., Pearson Education, Boston, 2013.

com o objetivo de promover a aniquilação do grupo em si [...]. O Genocídio é direcionado contra um grupo nacional, enquanto entidade, e as ações envolvidas são dirigidas contra os indivíduos, [...] enquanto membros do grupo nacional.²

Por força do artigo II da Convenção para a Prevenção e Repressão do Crime de Genocídio,³ somente grupos nacionais, étnicos, raciais e religiosos gozam de proteção internacional contra o delito de genocídio. Todavia, os conceitos de “nacionalidade”, “etnia”, “raça” e “religião”, enquanto elementos de identificação do grupo a ser tutelado pelo aludido diploma normativo, permanecem imprecisos.

Diante desse panorama, o presente trabalho dispõe-se a analisar as ideias de “nacionalidade”, “etnia”, “raça” e “religião”, a fim de demonstrar sua eminente fluidez, e, por conseguinte, apontar a fragilidade de qualquer tentativa de enclausurar tais noções em fórmulas conceituais objetivamente rígidas, incapazes de dar vazão aos reais escopos da Convenção do Genocídio.

O debate ora suscitado tem a pretensão de promover uma análise do delito de genocídio sob um ponto de vista comumente negligenciado, a saber, o das coletividades tuteladas, tencionando resgatar a centralidade das vítimas nas ponderações sobre o Direito Internacional Penal.

Considerando a recente instituição de um tribunal internacional com jurisdição permanente para processar os indivíduos responsáveis pela prática de crimes de repercussão internacional, dentre os quais o genocídio, o presente trabalho revela-se atual e adquire relevância teórica por oferecer uma perspectiva diferenciada para a compreensão dos grupos protegidos pela Convenção do Genocídio, enfrentando uma questão que não raro cria embaraços aos operadores do direito internacional penal, premidos pela pulsante necessidade de conciliar o fiel atendimento dos propósitos da Convenção com os irrequietos clamores por justiça.

II. Os grupos protegidos: desafios conceituais

A conceituação legal do delito de genocídio cinge-se apenas aos grupos nacionais, étnicos, religiosos e raciais. Essa restrição, além de ser o ponto mais controvertido da definição, cria pujantes barreiras à interpretação e aplicação das disposições normativas referentes ao crime de genocídio, pois, na lição de Geraldo Miniuci,⁴ os

2 LEMKIN, R., “Axis Rule in occupied Europe: laws of occupation”, Disponível em <www.preventgenocide.org/lemkin/AxisRule1944-1.htm> [Consulta: 27.08.2013] (tradução do autor).

3 UNITED NATIONS, Convention on the prevention and punishment of the crime of genocide, UN Treaty Series, Vol. 78, p. 277.

4 MINIUCI, G., “O genocídio e o crime de genocídio”, em *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, Núm. 83, 2010, pp. 299-321.

conceitos sob os quais este se funda apresentam duas sortes de problemas: de um lado, numa dimensão objetiva, tais conceitos apresentam-se como realidades cambiantes, refratários, portanto, a qualquer esforço de formulação precisa.⁵ De fato, não somente nacionalidade e religião são conceitos fluidos, sujeitos a variações, como também raça e etnia tornaram-se, em grande medida, ideias lacônicas, carentes de exatidão definitiva.⁶ De outro lado, porém, identifica-se uma dimensão subjetiva, na qual o vínculo do indivíduo com uma nação, etnia, raça ou religião é passível de ser determinado não só pelos seus respectivos membros, mas, igualmente, por terceiros observadores.⁷ O olhar externo do ofensor passa, assim, a desempenhar um papel fundamental na identificação de um dado indivíduo como membro de um grupo protegido pela Convenção.⁸

Verifica-se, dessa forma, que a questão da definição dos grupos protegidos passa, necessariamente, por dois planos, um objetivo, contemplado na própria Convenção, a partir da especificação dos grupos aos quais se delega proteção, e um subjetivo, a partir do qual a identificação das coletividades protegidas pode derivar tanto de um processo de autopercepção do grupo e seus membros, como de um método de heteropercepção.⁹

Tendo se optado pela circunscrição das práticas genocidas aos atentados físicos e biológicos dirigidos tão somente aos membros de um grupo nacional, étnico, religioso e racial, cumpre analisar cada um desses grupos com vistas a se demonstrar as dificuldades inerentes a qualquer tentativa de defini-los objetivamente, em razão da ambiguidade ínsita às noções de “nacionalidade”, “etnia”, “religião” e “raça”.

A. Nacionalidade

A dificuldade de se precisar o que seja um grupo nacional pode ser explicada em virtude da indeterminação do conceito de nacionalidade, passível de ser encarado, alternadamente, sob três perspectivas: jurídica, fática e volitiva.¹⁰

O enfrentamento da questão da nacionalidade sob um viés estritamente jurídico faz repousar sobre os ordenamentos jurídicos pátrios a responsabilidade pelo

5 Ibid., pp. 306-307; SUNGA, L., *The Emerging System of International Criminal Law. Developments in Codification and Implementation*, Kluwer Law International, The Hague, 1991; NSEREKO, D., “Genocide: A Crime against Mankind”, em G. K. MACDONALD y O. SWAAK-GOLDMAN (eds.), *Substantive and Procedural Aspects of International Criminal Law. The Experience of International and National Courts*, Vol. I, Commentary, Kluwer Law International, The Hague, 2000, pp. 117-140.

6 MINIUCI, G., Op. cit., pp. 306-307; ICTR, *Prosecutor v. Rutaganda*, Case No. ICTR-96-3-T, (Trial Chamber), Judgment of 6 December 1999, par. 56.

7 MINIUCI, G., Op. cit., p. 307.

8 SCHABAS, W., *Genocide in International Law: The Crimes of Crimes*, Cambridge University Press, Cambridge, 2000.

9 MINIUCI, G., Op. cit., p. 307.

10 Ibid., p. 308.

fornecimento de critérios que permitam identificar quem efetivamente pertence a um grupo nacional.¹¹ Dessa forma, o intérprete se vê compelido à fiel observância das disposições normativas dos textos das constituições, as quais dirão, peremptoriamente, quem goza ou não do status de nacional de um determinado Estado.¹²

A praticidade apriorística de tal perspectiva oculta, porém, sua fragilidade operacional, descerrada num contexto de concorrência de dois ou mais ordenamentos jurídicos na disciplina de uma mesma situação fática.

Com efeito, a coexistência de duas ou mais ordens soberanas, na arena jurídica internacional, regulando, concorrentemente, pleitos de reconhecimento de nacionalidade, pode conduzir a situações diversas que vão desde o vazio normativo, ocasionado pela repelência mútua entre preceitos oriundos de diferentes sistemas, até a sobreposição de normas que regulam idênticas situações.¹³

Lado outro, transcendendo as barreiras do estritamente jurídico, a nacionalidade pode ser construída à luz de uma dinâmica eminentemente factual, verificável através dos vínculos que efetivamente unem o sujeito ao país ao qual alega pertencer.¹⁴

Nesse ínterim, cumpre registrar que a Corte Internacional de Justiça, no julgamento do caso *Nottebohm*,¹⁵ adotou a presente tese, sedimentando o entendimento segundo o qual a nacionalidade é, antes de tudo, um fato social do qual o direito é mera expressão. Reconheceu-se, assim, que a determinação da nacionalidade, para além de uma questão puramente legalista, de mera reciprocidade de direitos e deveres para com o Estado, calca-se, igualmente, nos laços sociais que conectam o sujeito a um país, na efetiva comunhão de valores, interesses, propósitos e sentimentos que o aproximam dos nacionais daquele Estado.¹⁶

Dá-se preferência, portanto, à nacionalidade real e efetiva, genuinamente baseada nos mais fortes vínculos factuais entre o interessado e o Estado cuja nacionalidade está em causa.¹⁷ Na apuração dessa nacionalidade, diferentes fatores precisam ser levados em conta, variando sua importância conforme o caso, tais como o domicílio do indivíduo, o centro de seus interesses profissionais e pessoais, o local onde são

11 CRAWFORD, J., *Brownlie's Principles of Public International Law*, 8a ed., Oxford University Press, Oxford, 2012.

12 MINIUCI, G., Op. cit., p. 308.

13 Ibid., p. 308.

14 Ibidem., p. 308; VERDIRAME, G., "The genocide definition in the jurisprudence of the ad hoc tribunals", em *International and Comparative Law Quarterly*, Núm. 49, 2000, pp. 578-598.

15 ICJ, *Nottebohm Case (Liechtenstein v. Guatemala)*, ICJ Reports, Judgment of 06 April 1955.

16 Ibid., p. 23.

17 Ibid., p. 23; ICTY, *Prosecutor v. Tadic*, Case No. ICTY-94-1-A, (Appeals Chamber), Judgment of 15 July 1999, par. 163-169; ICTY, *Prosecutor v. Mucic et al.*, Case No. ICTY-96-21-T, (Trial Chamber), Judgment of 16 November 1998, par. 246-266.

fixados seus vínculos familiares, sua participação e envolvimento na vida pública do país etc.¹⁸

Finalmente, o conceito de nacionalidade pode ainda ser trabalhado sob o aspecto da vontade do sujeito de declarar-se ou não membro de uma determinada minoria.¹⁹ Essa foi a tese utilizada pela Alemanha em sua argumentação no caso *Minorities in Upper Silesia* perante a Corte Permanente de Justiça Internacional. Segundo tal proposta, o vínculo de nacionalidade que liga um sujeito a um Estado constitui genuína expressão da vontade do sujeito de reconhecer-se e declarar-se nacional de um determinado Estado.²⁰ Preconiza-se, outrossim, o ânimo do indivíduo de afirmar-se membro de um grupo nacional, ainda que fatos e normas acenem na direção contrária.²¹

Por todo o exposto, percebe-se que o principal desafio à conceituação objetiva dos grupos nacionais encontra-se na ausência de um consenso internacional acerca dos critérios para determinação das diferentes nacionalidades. Ao que parece, enquanto subsistirem fundamentos divergentes para a aquisição, outorga e reconhecimento das nacionalidades, serão plenamente contestáveis todos e quaisquer conceitos de grupo nacional que se pretendam perenes e universais.

B. Raça

Abstratamente, a ideia de raça funda-se numa pretensa dissociação dos grupos humanos a partir dos traços e características hereditárias que os diferenciariam entre si. Nesse sentido, um grupo racial poderia ser definido como aquele “cuja identidade se funda no código genético e nas características histológicas, citológicas e endócrinas de seus membros”.²²

Todavia, a referência aos grupos raciais, ainda que não tenha gerado discussões ao tempo da elaboração da Convenção, evoca, nos dias atuais, consideráveis controvérsias.²³

De fato, em 1948, a definição usualmente atribuída ao termo “raça” ostentava contornos genéricos, contemplando, dessa forma, todo grupo humano interligado por uma origem ou descendência em comum e possuidor de certas características distintivas.²⁴ Tal proposta conceitual, ao ser incorporada ao tipo penal do genocídio, indicava a abrangência com a qual o termo “raça” fora originalmente

18 ICJ, *Nottebohm Case*, Op. cit., pp. 24-26.

19 MINIUCI, G., Op. cit., p. 309.

20 Ibid., p. 309.

21 PCIJ, *Rights of Minorities in Upper Silesia (Germany v. Poland)*, Judgment of 26 April 1928.

22 MINIUCI, G., Op. cit., p. 309.

23 SCHABAS, W., Op. cit., p. 120.

24 Ibid., p. 121.

empregado, de forma a abarcar as minorias nacionais, étnicas e religiosas,²⁵ formando-se, assim, uma compacta teia de coletividades protegidas, em franca consonância com os propósitos da Convenção.²⁶

Nessa linha, os artigos 2 (2) e 7 da Convenção para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial²⁷ entendem como discriminação racial toda e qualquer forma de distinção, exclusão, restrição ou preferência *baseada na raça, cor, descendência, ou origem étnica e nacional*.

Todavia, ainda que a intenção inicial dos redatores da Convenção tenha sido a de empregar o termo “raça” em sua acepção mais ampla, essa parece não mais corresponder à forma usual com que o termo tem sido empregado atualmente.²⁸ Ao contrário do que se poderia imaginar, o conceito de raça acabou adquirindo dimensões mais limitadas, confinado à identificação do grupo a partir de caracteres biológicos hereditários. Sendo assim, sob tal perspectiva, raça abrangeria um subgrupo humano geneticamente distinto dos demais.²⁹

Ora, não se pode negar que o conceito biológico de raça, sob um paradigma puramente científico, não goza de qualquer credibilidade, mormente se se considera que as diferenças genéticas entre grupos humanos vistos como raciais são inconsistentes e insignificantes.³⁰ A bem da verdade, a ideia de grupos humanos biologicamente distintos não é científica, mas histórica.³¹

Na lição de Geraldo Miniuci:

[A] ideia de raça presta-se tão somente a exercer uma função: justificar a discriminação, seja ela positiva ou negativa, entre pessoas com características biológicas distintas [...]. Sob essa perspectiva, ignoram-se as diferenças idiomáticas, religiosas ou costumeiras, e todos aqueles que apresentarem as mesmas características biológicas serão vistos como se fossem parte de uma unidade que pode não se sustentar quando ampliarmos o enfoque para além dos traços físicos da população.³²

25 Ibid., p. 121.

26 Ibid., pp. 120-121.

27 UNITED NATIONS, *International convention for the elimination of all forms of racial discrimination*, UN Treaty Series, Vol. 660, p. 195.

28 SCHABAS, W., Op. cit., p. 121.

29 NERSESSIAN, D. L., “Razor’s Edge: Defining and Protecting Human Groups under the Genocide Convention”, em *Cornell International Law Journal*, Vol. 36, 2003, pp. 293-327.

30 SCHABAS, W., Op. cit., p. 122-123; HENRIKSSON, A., “The Interpretation of the Genocide Convention’s Protected Groups”, Disponível em <<http://lup.lub.lu.se/student-papers/record/1558257/file/1564593.pdf>> [Consulta: 26.10.2013].

31 CORNELL, S. y HARTMANN, D., *Ethnicity and Race: Making Identities in a Changing World*, 2a ed., Pine Forge, 2007; HENRIKSSON, A., Op. cit., p. 19.

32 MINIUCI, G., Op. cit., p. 310.

Nessa esteira, buscando conferir à ideia de raça contornos mais consentâneos com o avanço dos valores internacionais de proteção da dignidade do homem, a Declaração sobre Raça e Preconceito Racial da UNESCO, de 27 de novembro de 1978, afirma, em seu artigo 1 (1), que “todos os indivíduos pertencem a uma única espécie e descendem de um tronco em comum”.³³

Destarte, avaliando-se o panorama acima traçado, torna-se possível perceber que a evolução histórica da noção de raça, longe de proporcionar uma definição operacional e plástica, acabou culminando num cenário de profundo descrédito para com os esforços de caracterização dos grupos raciais, a ponto de se afirmar falaciosa a própria existência de raças.³⁴

Não obstante, ainda que rechaçado do ponto de vista científico, não se pode olvidar que o conceito de raça ainda goza de considerável apreço popular, sendo também recorrente sua utilização no âmbito das ciências sociais e do Direito Internacional.³⁵ Nesse diapasão, afigura-se de melhor alvitre privilegiar uma definição mais abrangente e maleável de raça, igualmente capaz de acolher os grupos nacionais, étnicos e religiosos, em detrimento de uma definição objetivamente estanque, centrada em caracteres hereditários.³⁶

C. Etnia

A inclusão dos grupos étnicos na redação do tipo penal do genocídio se deu com base numa proposta da delegação suíça, cujo objetivo primordial era repelir qualquer interpretação do termo “nacional” capaz de abranger os grupos políticos.³⁷ O termo “étnico”, portanto, foi inserido com o intuito de delimitar a abrangência do conceito de nacionalidade, afastando-lhe, dessa forma, de sua conotação política.

Doutra margem, à época da confecção da Convenção, diversos Estados asseveraram não enxergar qualquer nota distintiva entre os conceitos de raça e etnia,³⁸ os quais eram legitimamente entendidos como noções complementares, reciprocamente elucidativas.³⁹

Certamente, não causa espanto a confusão entre os conceitos de raça e etnia, posto não existir, na seara do Direito Internacional, uma definição amplamente aceita de etnia. Em realidade, há mesmo quem diga que a expressão “etnia” não

33 UNITED NATIONS, Declaration on race and racial prejudice, UN Doc. E/CN.4/Sub.2/1982/2/Add.1, Annex V (tradução do autor).

34 SCHABAS, W., Op. cit., p. 123.

35 Ibid., p. 123; CORNELL, S. y HARTMANN, D., Op. cit., p. 24.

36 SCHABAS, W., Op. cit., p. 123.

37 Ibid., p. 124.

38 Ibid., p. 124.

39 Ibid., p. 124.

passa de um “eufemismo sociológico” utilizado para designar, verdadeiramente, grupos raciais distintos.⁴⁰

Nessa perspectiva, vale registrar que a Declaração Universal de Direitos do Homem⁴¹ e a Convenção Internacional sobre Direitos Políticos e Cívicos⁴² não fazem menção expressa à origem étnica como uma das bases sob as quais se coibe a discriminação, a indicar, possivelmente, que a noção de etnia já se encontra assambarcada nas referências à discriminação com base na raça, cor e nacionalidade.⁴³

Reforçando o argumento de que etnia e raça são noções complementares, conceitualmente indissociáveis, Max Weber introduz um conceito de etnia pautado muito mais numa crença e identificação social presumíveis do que em fatos objetivos e relações biológicas estritas.⁴⁴ Na sua visão, grupos étnicos são formados por indivíduos que genuinamente acreditam comungar de uma descendência única, em virtude de similitudes físicas ou costumeiras, ou ainda por compartilharem memórias dos tempos de colonização.⁴⁵

Não divergente é a opinião de Stéfan Glaser, para o qual os grupos étnicos, tal como referidos no artigo II da Convenção do Genocídio, devem ser entendidos em sua devida amplitude, de forma a abranger os grupos raciais. A palavra “etnia” designaria, assim, toda e qualquer comunidade de pessoas que compartilham dos mesmos hábitos, costumes, linguagem e raça.⁴⁶

Para Malcolm Shaw, faz-se necessário superar a ânsia por uma distinção acurada entre raça e etnia, em prol de um paradigma mais pragmático, no qual tais conceitos possam ser estrategicamente conjugados e operacionalizados, a fim de evitar o aparecimento das lacunas que uma definição estrita e estanque da cada um possa eventualmente gerar.⁴⁷

Todavia, a despeito da inegável proximidade entre raça e etnia, o que se verifica é que tais noções têm sido trabalhadas de forma isolada. Tal como ocorreu com a definição de raça, o conceito de etnia também teve seu sentido reduzido quando comparado à abrangência significativa que possuía à época da elaboração da Convenção.⁴⁸ Essa demarcação conceitual se explica em virtude dos incansáveis esforços de se conferir a cada um dos termos que integram a enumeração taxativa

40 Ibid., p. 125.

41 UNITED NATIONS, *Universal declaration of human rights*, GA Res. 217 A (III) - UN Doc. A/810, art. 2.

42 UNITED NATIONS, *International covenant on civil and political rights*, UN Treaty Series, Vol. 999, p. 171, arts. 2(2) e 26.

43 SCHABAS, W., Op. cit., p. 125.

44 HENRIKSSON, A., Op. cit., p. 18.

45 WEBER, M., *apud* Ibid., p. 18.

46 GLASER, S., *apud* SCHABAS, W., Op. cit., p. 126.

47 SHAW, M., *apud* Ibid., p. 126.

48 SCHABAS, W., Op. cit., p. 126.

dos grupos protegidos um significado autônomo, mais “compatível” com o linguajar contemporâneo popular e das ciências sociais.⁴⁹

Ora, em face das patentes complicações que se apresentam em qualquer esforço de conceituação das etnias, os ditames da razoabilidade impõem que se prestigie uma definição mais dilatada, que congregue todos os elementos que compõem e qualificam a enumeração típica dos grupos protegidos; uma definição que incorpore em seu escopo traços étnicos sem, contudo, excluir os caracteres nacionalísticos, raciais e religiosos que também a integram.⁵⁰

D. Religião

De todos os grupos incluídos no tipo penal do delito de genocídio, os grupos religiosos são, talvez, os que gozam de “maior homogeneidade e facilidade de visualização”.⁵¹ Com efeito, é possível se afirmar que os grupos religiosos são aqueles cuja identidade está fundada num sistema de crenças, teorias, práticas e rituais que os mantém unidos.⁵²

Todavia, ainda que facilmente distinguíveis, a controvérsia envolvendo os grupos religiosos diz respeito à identificação das unidades às quais se deve dispensar proteção. Isto é, interessa saber se os membros de qualquer religião ou somente de algumas são merecedores de tutela.⁵³ As pretensas respostas ao problema em comento variam e a polêmica parece longe de estar resolvida.

Como sabido, a identificação de um grupo religioso perpassa, necessariamente, pela identificação de uma religião ou crença.⁵⁴ Assim, a Comissão das Nações Unidas para os Direitos Humanos, esmerando-se em identificar os grupos dignos de proteção, propõe um conceito de religião que se espalha para além das religiões tradicionais e sistemas de crenças com características institucionais análogas às daquelas das religiões tradicionais.⁵⁵

A Corte Europeia de Direitos Humanos adverte, contudo, que a proteção aos grupos religiosos não pode ser indiscriminadamente estendida, sendo, portanto, necessário discernir as práticas religiosas ditas legítimas das não aceitáveis, isto é, entre a evangelização e o proselitismo impróprio.⁵⁶ Fixar os limites que separam um

49 Ibid., p. 126.

50 Ibid., p. 127.

51 LOZADA, M., “Genocidio: un crimen internacional”, em *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, Núm. 43, 2003, pp. 46-80.

52 MINIUCI, G., Op. cit., p. 312.

53 Ibid., p. 312.

54 SCHABAS, W., Op. cit., p. 128.

55 HUMAN RIGHTS COMMITTEE, General Comment 22, Article 18. UN Doc. CCPR/C/21/Rev.1/Add.4, par. 2., apud MINIUCI, G., Op. cit., pp. 312-313.

56 ECHR, *Kokkinakis v. Greece*, Application N. 14307/88, Judgment of 2 May 1993., apud Ibid., p. 313.

do outro, eis a maior provação que se interpõe ao intérprete,⁵⁷ notadamente quando razoável seria estender a noção de “grupo religioso”, de modo a nela albergar evangelizadores e proselitistas vitimados por sua condição e crença particulares.

É por esta razão que, fazendo frente à corrente que tenta abreviar o conceito de “grupos religiosos”, se encontra um movimento que busca expandi-lo, dando-lhes ares mais democráticos.⁵⁸ Nesse particular, os grupos religiosos compreenderiam comunidades teístas, não teístas e ateístas, unidas por um ideal espiritual único.⁵⁹

Sustenta-se, assim, que a destruição de um grupo motivada pelo ateísmo de seus membros ou pela rejeição aos dogmas e preceitos ínsitos às ideologias religiosas tradicionais, como a cristã, redundaria na destruição de um grupo religioso, em sua acepção mais ampla, configurando, portanto, ato de genocídio.⁶⁰

De todo modo, ainda que se possa atribuir certo mérito aos esforços de ampliação da ideia de “grupo religioso”, não se pode olvidar que as definições hodiernamente veiculadas são demasiado restritivas quando comparadas ao sentido com que a expressão fora empregada pelos redatores da Convenção.⁶¹ À época, os grupos religiosos eram concebidos de forma análoga às comunidades étnicas e raciais,⁶² por se reconhecer que embora organizados de maneira voluntária, as contingências históricas os fizeram tão imutáveis quanto os grupos identificados por caracteres étnicos ou raciais.⁶³

III. Paradigma de interpretação conceitual dos grupos protegidos pela convenção: uma análise crítica

É cediço que os conceitos de “nacionalidade”, “etnia”, “raça” e “religião”, longe de gozarem de uma definição pacífica, internacionalmente celebrada, permanecem impérvios a qualquer esforço de formulação objetiva e independente,⁶⁴ posto constituírem noções complementares, cujo sentido só se alcança quando conjuntamente consideradas.⁶⁵

57 MINIUCI, G., Op. cit., p. 313.

58 Ibid., p. 313.

59 LIPPMAN, M., “The 1948 Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide: Forty-Five Years Later”, em *Temple International and Comparative Law Journal*, Vol. 8, 1994, pp. 01-84; NSEREKO, D., Op. cit., p. 132.

60 MINIUCI, G., Op. cit., p. 313.

61 SCHABAS, W., Op. cit., p. 128.

62 Ibid., p. 127.

63 Ibid., p. 127.

64 Ibid., p. 109.

65 Ibid., p. 112; ICTR, *Prosecutor v. Bagilishema*, Case No. ICTR-95-1A-T, (Trial Chamber), Judgment of 07 June 2001, par. 65; ICTY, *Prosecutor v. Krstic*, Case No. IT-98-33-T, (Trial Chamber), Judgment of 02 August 2001, par. 555.

Entretanto, relevantes precedentes judiciais assinalam a necessidade de se compreender cada um dos grupos protegidos de forma isolada, enquanto unidades semânticas autônomas,⁶⁶ atribuindo-lhes, não raramente, definições assaz restritivas, cuja rigidez compromete o alcance e operacionalização da norma proibitiva das práticas genocidas.

Nesse particular, a existência dos grupos nacionais, étnicos, raciais e religiosos é tomada como fato cientificamente objetivo, passível de comprovação material.⁶⁷ Os grupos protegidos constituiriam, assim, realidades sociais fáticas, estáveis e permanentes,⁶⁸ e os critérios de adesão, bem como os caracteres que os qualificam, poderiam ser demonstrados à luz de indícios tangenciáveis, tais como laços jurídicos de cidadania, traços físicos hereditários, linguagem, cultura etc.⁶⁹

Esse foi o entendimento perfilhado pelo TPIR no julgamento do caso *Akayesu*. Com fulcro no princípio da interpretação restritiva, previsto o artigo 22 do Estatuto de Roma, a Corte embrenhou-se na tentativa de criar definições precisas para cada um dos grupos protegidos⁷⁰ com vistas a estabelecer parâmetros objetivos capazes de permitir a determinação do status de um grupo vitimado por atos de destruição física ou biológica.

Não é por outra razão que o Tribunal reforçou a necessidade de se repelir uma inteligência dos dispositivos da Convenção que os mantivesse em uma situação de imprecisão. Seria, outrossim, indispensável pensar cada termo utilizado como uma ferramenta conceitual revestida de sentido próprio, meticulosamente ponderada e alocada pelos redatores do texto aprovado.⁷¹

Não obstante, o indigitado paradigma, em nossa opinião, não merece prosperar. Inicialmente, insta salientar que, do ponto de vista legal, a existência de óbices a uma definição objetiva das expressões e fórmulas empregadas na redação de uma norma não a torna inexoravelmente ineficaz, em especial quando o sentido desses termos pode ser obtido à luz de um contexto social particular.⁷²

66 ICTR, *Prosecutor v. Akayesu*. Case No. ICTR-96-4-T, (Trial Chamber), Judgment of 02 September 1998, par. 510-516; ICTR, *Prosecutor v. Kayishema and Ruzindana*. Case No. ICTR-95-1-T, (Trial Chamber), Judgment of 21 May 1999, par. 98; ICC, *Prosecutor v. Al Bashir*. Case No. ICC-02/05-01/09 (Pre-Trial Chamber) Decision on the Prosecution's Application for a Warrant of Arrest of 04 March 2009, par. 135-137.

67 SZPAK, A., "National, Ethnic, Racial and Religious Groups Protected against Genocide in The Jurisprudence of the *Ad Hoc* International Criminal Tribunals", em *European Journal of International Law*, Núm. 23, 2012, pp. 155-173; NERSESSIAN, D., Op. cit., pp. 308-313.

68 ICTR, *Prosecutor v. Akayesu*, Op. cit., par. 516.

69 NERSESSIAN, D., Op. cit., p. 308.

70 ICTR, *Prosecutor v. Akayesu*, Op. cit., par. 512-515.

71 ICTR, *Prosecutor v. Akayesu*. Case No. ICTR-96-4-A (Appeals Chamber), Judgment of 01 July 2001, par. 468.

72 SCHABAS, W., Op. cit., p. 111.

Nessa trilha, é razoável concluir que as expressões “nacionalidade”, “raça”, “etnia” e “religião”, que qualificam os grupos protegidos pela Convenção, são construções sociais e não expressões técnicas, e devem ser encaradas como tal pelo intérprete.⁷³ A bem da verdade, sabendo-se que é o genocida quem realmente “define” o grupo alvo de suas ações,⁷⁴ torna-se imperioso apelar para uma análise subjetiva, privilegiando, em primeiro plano, a visão do agente sobre grupo, ou seja, a percepção que esse possui de suas vítimas e que o leva, assim, a estigmatizá-las como partes integrantes de um grupo nacional, étnico, racial ou religioso. Mas não é só. Deve-se perquirir, igualmente, acerca da percepção que as próprias vítimas têm de si mesmas.⁷⁵

Como bem pontuou o TPII:

[...] tentar definir grupos nacionais, étnicos ou raciais utilizando-se de critérios objetivos e cientificamente irretrucáveis seria arriscado, podendo resultar em interpretações que não guardam correspondência com a percepção das pessoas envolvidas em tais categorizações. Portanto, é mais apropriado avaliar o status de um grupo nacional, étnico ou religioso levando em consideração a visão das pessoas que desejam singularizar o grupo e isolá-lo do restante da comunidade.⁷⁶

Dessarte, considerando que os conceitos de “grupo nacional”, “étnico”, “religioso” e “racial” foram empregados pelos redatores da Convenção enquanto elaborações sociais, revestidas, naturalmente, de certa ambiguidade, torna-se desnecessário defini-los taxativamente, pois seu verdadeiro sentido pode ser extraído da dinâmica social em que se inserem, bem como do contexto fático no qual se desenvolvem as atrocidades.⁷⁷ Prima-se, portanto, pela eleição de um critério misto, que leve em conta fatores objetivos e, sobretudo, subjetivos, no sopesamento dos elementos que concorram a favor ou contra a qualificação de um determinado grupo como grupo protegido.⁷⁸

Lado outro, a busca por uma definição independente para as ideias de “nacionalidade”, “etnia”, “raça” e “religião” não se sustenta, pois desconsidera que esses termos

73 Ibid., p. 111.

74 Ibid., p. 109; FERREIRA, M., “Genocide, and its Definition as the ‘Partial Elimination of a National Group’”, em *Genocide Studies and Prevention: An International Journal*, Vol. 8, 2013, pp. 05-19.

75 ICTY, *Prosecutor v. Jelusic*. Case No. IT-95-10-T, (Trial Chamber), Judgment of 14 December 1999, par. 70; ICTR, *Prosecutor v. Rutaganda*, Op. cit., par. 55; ICTR, *Prosecutor v. Musema*. Case No. ICTR-96-13-T, (Trial Chamber), Judgment of 27 January 2000, par. 161.

76 ICTY, *Prosecutor v. Jelusic*, Op. cit., par. 70.

77 ICTR, *Prosecutor v. Bagilishema*, Op. cit., par. 65.

78 Ibid., p. 65; ICTY, *Prosecutor v. Krstic*, Op. cit., par. 557; ICTY, *Prosecutor v. Brdanin*. Case No. IT-99-36-T, (Trial Chamber), Judgment of 01 September 2004, par. 683-684; MINIUCI, G., Op. cit., p. 320.

não somente se sobrepõem como também elucidam-se mutuamente, criando uma rede semântica na qual uma miríade de comunidades humanas que se enquadram no conceito de grupos protegidos pode encontrar guarida.⁷⁹

Essa relação de complementariedade entre os termos pode ser percebida, por exemplo, na inclusão do termo “étnico”, o qual foi empregado com o intuito de evitar que aos grupos nacionais fossem atribuídas conotações políticas.⁸⁰ Ou, ainda, na exclusão de qualquer referência aos grupos linguísticos, por se entender que tais coletividades já estariam abrangidas entre os grupos nacionais, raciais e religiosos.⁸¹

Ademais, não se pode olvidar que a tentativa de enclausurar noções fluídas nos estreitos limites de fórmulas conceituais que se pretendam estanques atenta flagrantemente contra os propósitos tutelares da norma proibitiva do genocídio, por desconsiderar que os termos “nacionalidade”, “etnia”, “raça” e “religião” designam um mesmo fenômeno.⁸²

Com efeito, à época da confecção da Convenção, o desígnio central da inclusão desses termos na definição do delito de genocídio fora simplesmente assegurar que a tutela normativa contra atos de destruição física e biológica contemplasse, de forma abrangente, as chamadas “minorias nacionais”, reconhecidas sob as denominações variadas de grupos nacionais, étnicos, raciais e religiosos.⁸³

Os próprios registros de Raphael Lemkin evidenciam que a repressão às práticas genocidas foi pensada num cenário de salvaguarda das minorias nacionais, sendo a utilização dos termos “étnico”, “racial” e “religioso” simples formas alternativas de se designar uma mesma ideia.⁸⁴

Percebe-se, assim, que a alusão normativa aos grupos nacionais, étnicos, raciais e religiosos deve ser pensada de forma coordenada, afastando definitivamente qualquer compreensão de tais coletividades enquanto fenômenos sociais insulados.

De fato, a enumeração dos grupos protegidos, longe de fazer referência a comunidades humanas distinguíveis à luz de critérios objetivos, indica a existência de minorias *socialmente estigmatizadas* pelos laços de nacionalidade, etnia, raça e religião, cuja existência demanda proteção especial.⁸⁵

Ora, não se pode ignorar que os redatores da Convenção vislubravam entre os grupos protegidos uma dinâmica relação de interdependência e sinergia a exigir que fossem compreendidos de forma global e sistemática, como noções intrinsecamente

79 SCHABAS, W., Op. cit., p. 111.

80 Ibid., p. 112.

81 Ibid., p. 112.

82 ICTY, *Prosecutor v. Krstic*, Op. cit., par. 554-556.

83 Ibid., par. 554-556.

84 LEMKIN, R., Op. cit., pp. 79/80-82/85-87/90-93; SCHABAS, W., Op. cit., pp. 105/112.

85 ICTY, *Prosecutor v. Krstic*, Op. cit., par. 554-557; ICTY, *Prosecutor v. Jelisic*, Op. cit., par. 70.

complementares.⁸⁶ Sustentar o contrário e atribuir a cada um desses grupos uma interpretação tópica parece temerário, na medida em que atenta, frise-se, contra os mais etéreos propósitos das normas de repressão ao genocídio.

Nesses termos, deve-se dispensar toda forma exegética que, na busca por definições autônomas para cada um dos grupos protegidos, privilegie fórmulas conceituais taxativas que abreviam o verdadeiro alcance da norma antígenocídio.

É diante desse cenário que se propõe, como parâmetro alternativo à compreensão do tipo penal do genocídio, a adoção de um modelo interpretativo sistemático-teológico,⁸⁷ segundo o qual os grupos protegidos são concebidos como entidade única, impassíveis de conceituação em apartado.⁸⁸

Conforme já se viu, os termos que designam os grupos protegidos estão tão intimamente entrelaçados que pensá-los de forma separada e hermética vai de encontro ao espírito da norma antígenocídio.⁸⁹ Por isso, deve-se prezar por uma interpretação que veja na enumeração dos grupos protegidos o ponto de partida para a identificação das coletividades que mereçam ser incluídas no espectro de incidência das cláusulas repressoras às práticas genocidas.⁹⁰

Faz-se mister, portanto, privilegiar uma compreensão holística das comunidades protegidas, através da qual cada termo auxilia na integração do sentido do outro, em detrimento de uma abordagem eminentemente desconstrutiva, que suprime a dinâmica semântica existente entre os grupos nacionais, étnicos, raciais e religiosos.⁹¹

A principal vantagem dessa perspectiva está em evitar as eventuais lacunas e entraves normativos que um paradigma positivista, calcado numa interpretação restritiva e tendente à conceituação individual das quatro categorias de grupos protegidos, pode gerar,⁹² tal como evidenciado no julgamento do caso *Akayesu*, eis que os Tutsis não se amoldavam à própria definição de “grupo étnico” cunhada pelo TPIR.⁹³

Certamente, pensar as coletividades protegidas de forma dinâmica, como pilares que delimitam a área de incidência da norma antígenocídio, otimiza sua efetividade, na medida em que permite que certas minorias diferenciadas socialmente pelos laços nacionais, étnicos, raciais e/ou religiosos, mas aprioristicamente insuscetíveis

86 SCHABAS, W., Op. cit., p. 112.

87 Ibid., p. 111.

88 HOPKINS, A., “Defining the Protected Groups in the Law of Genocide: Learning from the experience of the International Criminal Tribunal for Rwanda”, em *DJLS Online Supplement*, Vol. 1, 2009, pp. 26-52.

89 Ibid., p., 40.

90 Ibid., pp., 39-42.

91 Ibid., p. 39.

92 Ibid., p. 41; HENRIKSSON, A., Op. cit., p. 44.

93 ICTR, *Prosecutor v. Akayesu*, Op. cit., par. 516-702.

de enquadramento numa das quatro categorias de grupos protegidos individualmente considerada, gozem de igual proteção normativa.⁹⁴

Nesse contexto, a percepção da comunidade e do genocida, bem como a auto-percepção das vítimas, tornam-se cruciais para a ponderação dos elementos que concorram a favor ou contra a identificação de um grupo como grupo racial, étnico, nacional ou religioso. Em especial, importa considerar a visão que o perpetrador tinha de suas vítimas: se ele as estigmatizava como parte de um grupo protegido, assim deverão ser invariavelmente encaradas.⁹⁵

O paradigma hermenêutico sistemático-teleológico tem em William Schabas seu principal expoente, tendo sido aplicado jurisprudencialmente pelo TPII no julgamento do caso *Krstic*.⁹⁶ No aresto, a Corte condenou o General Radislav Krstic por sua participação nos massacres genocidas de Srebrenica. Adotando uma compreensão holística dos grupos protegidos, o Tribunal reconheceu que os muçulmanos bósnios constituíam um grupo nacional tutelado, pois, a despeito de constituírem verdadeiramente um grupo religioso, tal coletividade era reconhecida como uma “nação” pela Constituição Iugoslava de 1963, bem como pelas autoridades políticas e forças militares sérvias da Bósnia.⁹⁷

Afugentando as dúvidas quanto à melhor interpretação dos grupos protegidos pela Convenção do Genocídio, assim se pronunciou o Tribunal:

Grupos nacionais, étnicos, raciais e religiosos não são claramente definidos na Convenção ou outro lugar. Todavia, os trabalhos preparatórios [...] demonstram que os conceitos de grupos protegidos e minorias nacionais coincidem parcialmente e são, ocasionalmente, sinônimos.

Os trabalhos preparatórios da Convenção denotam que o estabelecimento de uma lista taxativa das coletividades protegidas tem por desiderato descrever um fenômeno singular, [...] sob a designação de “minorias nacionais”, ao invés de referir a vários protótipos distintos de grupos humanos. Tentar diferenciar cada um desses grupos com base em critérios cientificamente objetivos seria inconsistente com o propósito e objetivo da Convenção do Genocídio.⁹⁸

94 HOPKINS, A., Op. cit., p. 41; SCHABAS, W., Op. cit., p. 111.

95 MINIUCI, G., Op. cit., p. 320; SZPAK, A., Op. cit., p. 163.

96 ICTY, *Prosecutor v. Krstic*, Op. cit., par. 539-599.

97 *Ibid.*, par. 559.

98 *Ibid.*, par. 554-556 (tradução do autor).

De todo modo, cumpre afastar eventuais críticas que possam ser feitas ao parâmetro exegético holístico ora defendido.

Primeiramente, poder-se-ia afirmar que tal linha interpretativa, ao preterir definições autônomas em prol de conceitos imprecisos, outorga aos tribunais uma discricionariedade descomedida na interpretação dos preceitos normativos internacionais penais.⁹⁹

Todavia, tal assertiva resta infundada.

Decerto, afiançar certa margem de discricionariedade àqueles que assumem o ônus de aplicar, *in concreto*, a norma costumeira que coibe o genocídio parece minimamente razoável, mormente se se considerar que tal flexibilidade permite ao intérprete promover uma atualização do conceito de genocídio, capaz de fazer frente às constantes reviravoltas de ordem política e social verificadas no plano internacional.¹⁰⁰

Além disso, a garantia de um certo espaço à atividade exegética permite ao operador jurídico estender a tutela normativa a certas minorias que não se subsumem objetivamente numa das quatro categorias de grupos protegidos, mas que, não obstante, são dignas de amparo, por constituírem “minorias nacionais” certamente abrangidas no escopo protetivo das normas antigencídio.¹⁰¹

Secundariamente, poder-se-ia argumentar que os conceitos de grupo nacional, étnico, racial e religioso integram a definição de um ato ilícito, devendo, por consequência, ser interpretados restritivamente, em atenção aos ditames do princípio da legalidade.¹⁰²

Entretanto, tal raciocínio também não se sustenta, principalmente se se considerar os novos contornos do postulado da legalidade no direito internacional contemporâneo, que deixou de ser um princípio de justiça formal para consagrar-se como um direito subjetivo individual, voltado à especial proteção do homem.¹⁰³

É que com base no princípio da interpretação *pro homine*,¹⁰⁴ em se tratando de normas tutelares dos direitos humanos, deve-se velar por uma interpretação mais maleável,¹⁰⁵ como forma de se garantir às vítimas das mais variadas violações

99 HENRIKSSON, A., Op. cit., p. 47.

100 Ibid., p. 47; SAINATI, T., “Toward a Comparative Approach to the Crime of Genocide”, em *Duke Law Journal*, Vol. 62, 2012, pp. 161-202.

101 HOPKINS, A., Op. cit., p. 41

102 HENRIKSSON, A., Op. cit., p. 45.

103 OLASOLO, H., “El principio *nullum crimen sine iure* em Derecho Internacional contemporâneo”, em *Anuario Ibero-Americano de Derecho Internacional Penal*, ANIDIP, Vol. 1, 2013, pp. 18-42.

104 UNITED NATIONS, *International Covenant on Civil and Political Rights*, art. 5(1); ORGANIZATION OF AMERICAN STATES, *American Convention on Human Rights*, art. 29; UNITED NATIONS, *Vienna Convention on the Law of Treaties*, UN Treaty Series, Vol. 1155, p. 331, art. 31.

105 PINTO, M., “El principio *pro homine*. Criterios de hermenêutica y pautas para la regulación de los derechos humanos”, Disponível em <<http://www.corteidh.or.cr/tablas/20185.pdf>> [Consulta: 21.10.2013].

proteção efetiva, sobretudo quando se estiver diante de crimes de extremada gravidade,¹⁰⁶ cometidos com o beneplácito das instituições estatais, o que, normalmente, é o caso do genocídio.¹⁰⁷

Nesse contexto, restaria inviabilizada qualquer tentativa de aplicação do princípio da legalidade em sua vertente formalista, a exigir integral observância dos requisitos *lex praevia*, *lex scripta*, *lex certa* e *lex stricta*, eis que destoante dos esforços de concretização e salvaguarda dos direitos humanos.¹⁰⁸

Logo, na esteira do que propõe a jurisprudência da Corte Europeia de Direitos Humanos, cumpre flexibilizar o conteúdo do princípio da legalidade, restringindo-o tão somente à exigência do conhecimento prévio da antijuridicidade material da conduta.¹⁰⁹ Com isso, legitima-se a utilização, nas normas internacionais incriminadoras, de termos e locuções genéricas, desprovidas de sentido predefinido e estático, sem impor, como contrapartida, uma interpretação restritiva dessas expressões. Sob esse novo paradigma, portanto, o princípio da legalidade não se contrapõe à evolução da interpretação judicial das normas que cuidam da responsabilidade penal do indivíduo, desde que respeitados a essência e os fins buscados por tais dispositivos.¹¹⁰

Assim, diante da linguagem generalizante e por vezes vaga de que se valem os tipos penais previstos nos documentos legislativos internacionais,¹¹¹ de que é exemplo a norma antígenocídio, conclui-se que uma interpretação sistemático-teleológica de seus termos, nos moldes expostos alhures, não ofenderia a legalidade. Pelo contrário. Em consonância com o novo teor do princípio *nullum crimen sine iure* no direito internacional contemporâneo, o paradigma exegético ora proposto é, sem dúvidas, o mais adequado à interpretação das normas que tipificam o crime de genocídio, porquanto resguarda sua finalidade primordial,¹¹² qual seja, a proteção das minorias nacionais.

Não bastasse, impende ponderar que um modelo hermenêutico que busca conferir a um dispositivo legal um sentido mais condizente com seus fins não atenta contra o princípio da interpretação restritiva, sendo, em verdade, seu corolário.¹¹³

106 OLASOLO, H., Op. cit., p. 35.

107 SCHABAS, W., Op. cit., p. 1.

108 OLASOLO, H., Op. cit., p. 35.

109 Ibid., p. 40.

110 Ibid., p. 28; ECHR, *Kononov v. Latvia*, Application N. 36376/04, Judgment of 17 May 2010, par. 175; ECHR, *Korbely v. Hungary*, Application N. 9174/02, Judgment of 19 September 2008, par. 70; ECHR, *Jorgić v. Germany*, Application N. 74613/01, Judgment of 12 July 2007, par. 100-101.

111 BASSIOUNI, M. C., *International Criminal Law, Vol. II. Procedural and Enforcement Mechanisms*, Transnational Publishers, Ardsley, 1999; HENRIKSSON, A., Op. cit., p. 31.

112 UNITED NATIONS, *Vienna Convention*, Op. cit., art. 31(1).

113 ICTY, *Prosecutor v. Delalić et al.*, Case No. IT-96-21-T, (Trial Chamber), Judgment of 16 November 1998, par. 410.

Por derradeiro, vale registrar que o parâmetro interpretativo holístico não configura modalidade de analogia *in malam partem*, porquanto almeja tão somente resguardar a real eficácia da norma antígenocídio, garantindo proteção àqueles grupos que designadamente já são dignos de tutela, a saber, as minorias nacionais. Haveria analogia se se pretendesse estender tal proteção aos grupos expressamente excluídos do âmbito de incidência da Convenção, a exemplo das comunidades políticas.¹¹⁴

Não se pode olvidar que a norma incriminadora do genocídio, antes de ser um instrumento de repressão, representa uma ferramenta de proteção dos direitos humanos.¹¹⁵ Nesse sentido, ainda que se afirme inaceitável um paradigma hermenêutico sistemático-teleológico, que acolha “indevidamente” grupos não arrolados objetivamente na descrição típica do delito de genocídio, de um ponto de vista prático, contudo, parece insustentável limitar ainda mais a definição de genocídio a partir de uma conceituação precisa dos grupos protegidos.¹¹⁶

Isso posto, não merece prosperar uma interpretação restritiva do tipo penal do genocídio que, em nome de uma legalidade cega, aprisiona noções eminentemente fluídas e complementares em fórmulas conceituais objetivas e estanques, limita maquinalmente a atuação tutelar do intérprete e sacrifica os fins últimos das normas repressoras das práticas genocidas. Somente quando se aceitar a ambiguidade intrínseca às noções de grupo nacional, étnico, racial e religioso é que se tornará possível efetivar a tutela de todas as minorias que os redatores da Convenção pretenderam, originalmente, proteger.¹¹⁷

IV. Conclusão

Por todo o exposto, sabe-se que o conceito ideal dos grupos nacionais, étnicos, raciais e religiosos não pode ser veiculado nos precários termos de uma definição legal precisa, uma vez que a percepção que se tem de tais coletividades varia ao longo da história, ou mesmo mercê da conjuntura social em que se inscrevem.¹¹⁸ Como o Direito Internacional Penal não consegue acompanhar compassadamente as vicissitudes que acompanham de perto tais fenômenos sociais, uma delimitação mais objetiva do delito de genocídio, a partir de definições autônomas dos grupos protegidos, ameaça de engessamento a norma costumeira que coibe as práticas

114 SCHABAS, W., Op. cit., p. 102; BETTWY, D., “The Genocide Convention and Unprotected Groups: is the Scope of Protection Expanding under Customary International Law?”, em *Notre Dame Journal of International and Comparative Law*, Vol. 2, 2011, pp. 167-196.

115 HENRIKSSON, A., Op. cit., p. 48; SCHABAS, W., Op. cit., pp. 02-03.

116 Ibid., p. 48; Ibid., p. 02-03/07-08.

117 HOPKINS, A., Op. cit., p. 42.

118 HENRIKSSON, A., Op. cit., p. 48.

genocidas, inviabilizando sua efetiva operacionalização num cenário circunstancialmente cambiante, de constante desenvolvimento.¹¹⁹

Nesse contexto, faz-se mister a adoção de um paradigma hermenêutico sistemático-teleológico que, analisando os conceitos de grupo nacional, étnico, racial e religioso de forma coordenada e congregando elementos objetivos e subjetivos na sua identificação, tem o condão de outorgar à Convenção novo vigor normativo, eis que permite uma aplicação de seus dispositivos em cotejo com a conjuntura socio-cultural vigente. Como consectário lógico, resgata-se a verdadeira abrangência do tipo penal do genocídio, o qual passa a oferecer tutela a um número maior de vítimas em harmonia com as exigências do princípio interpretativo *pro homine*.

Foram necessários mais de cinquenta anos desde a aprovação da Convenção para que um indivíduo acusado da prática de genocídio fosse levado a julgamento; esse atraso proclama abertamente o vácuo temporal com que a norma proibitiva do genocídio deve estar apta a lidar.¹²⁰ Requer-se, assim, um paradigma interpretativo capaz de ajustar-se às mais variadas contingências e que respeite os termos da definição típica do aludido ilícito, sem, contudo, obliterar-se das constantes mutações sociais que impossibilitam o enquadramento automático das coletividades humanas em categorias restritivas.¹²¹ É preciso, enfim, um paradigma holístico capaz de evitar que a norma costumeira que proíbe as práticas genocidas se transforme num fragmento do passado.¹²²

119 Ibid., p. 48.

120 HOPKINS, A., Op. cit., p. 42.

121 Ibid., p. 42.

122 Ibid., p. 42.

La fragilidad de una jurisdicción universal complementaria de la justicia internacional penal: el reciente paradigma español

The Fragility of a Complementary Universal Jurisdiction of International Criminal Justice: the Recent Spanish Paradigm

A fragilidade de uma jurisdição universal complementar da justiça internacional penal: o recente paradigma espanhol

Carmen Vallejo Peña*

Fecha de recepción: 1 de agosto de 2014.

Fecha de aprobación: 8 de diciembre de 2014.

Doi:

Para citar este artículo: VALLEJO PEÑA, C., "La fragilidad de una jurisdicción universal complementaria de la justicia internacional penal: el reciente paradigma español", *Anuario Iberoamericano de Derecho Internacional Penal*, Anidip, vol. 3, 2015, pp. 99-123.
doi:

Resumen

Instalado en la conciencia general de la humanidad el imperativo de impedir la impunidad de los más graves crímenes internacionales, la relevancia de la jurisdicción universal en la consecución de dicho fin resulta incuestionada desde el consenso internacional. Sin embargo, ese consenso desaparece cuando se profundiza en su alcance, contenido y aplicación. Estados que apostaron por ella están sucumbiendo ante fuerzas antagónicas favorecidas por el disenso internacional en su regulación. El caso de España y su reciente reforma legislativa sirve de ejemplo actual de la involución a la que se ve sometido el principio de jurisdicción universal. Entre tanto, la brecha de impunidad frente a las graves violaciones de los derechos humanos se amplía, a pesar de notables prácticas de tribunales estatales en el enjuiciamiento y castigo de los enemigos de la humanidad (*hostis humani generis*).

* Abogada. Vicedecana del Ilustre Colegio de Abogados de Jaén (España), profesora asociada de Derecho Internacional en la Universidad de Jaén (España).

Palabras clave: Corte Penal Internacional, jurisdicción universal, jurisdicción extraterritorial, impunidad, justicia internacional penal, España.

Abstract

Having the imperative responsibility of preventing impunity over the most serious international crimes installed permanently in the general conscience, the universal jurisdiction relevance in the attainment of such aim is unquestionable from the general international consensus. Nonetheless, the aforementioned consensus vanishes when an in-depth study of its scope, contents and implementation is conducted. States that openly supported it are succumbing to antagonistic forces which are favoured by the international dissent in its own regulation. The case of Spain and its recent legal reform sets an example of the regression that the universal jurisdiction principle is undergoing. In the meantime, the breach of impunity over serious violations of human rights increases, despite the remarkable labour of state courts to judge and punish the enemies of mankind (*hostis humani generis*).

Keywords: International Crime Court, universal jurisdiction, extraterritorial jurisdiction, impunity, International Criminal Justice, Spain.

Resumo

Instalado definitivamente na consciência geral da humanidade o imperativo dever de impedir a impunidade dos mais graves crimes internacionais, a relevância da jurisdição universal na consecução de dito fim resulta inquestionada desde o consenso geral internacional. No entanto, esse consenso desaparece quando se aprofunda no seu alcance, conteúdo e aplicação. Estados que apostaram abertamente por ela estão sucumbindo ante forças antagônicas que o dissenso internacional em sua regulação favorece. O caso da Espanha e sua recente reforma legislativa, serve de exemplo atual da involução à que se vê submetido o princípio de jurisdição universal. Entre tanto, a brecha de impunidade frente às graves violações dos direitos humanos, amplia-se, a pesar de notáveis práticas de tribunais estatais no ajuizamento e castigo dos inimigos da humanidade (*hostis humani generis*).

Palavras-chave: Corte Penal Internacional, jurisdição universal, jurisdição extraterritorial, impunidad, justiça internacional penal, Espanha.

I. Introducción

Pocos objetivos pueden haber de mayor trascendencia para la paz y la seguridad de la humanidad que alcanzar el fin de la impunidad¹ de los responsables de los más graves crímenes internacionales,² cuya prohibición absoluta viene amparada por un catálogo de normas consideradas como *ius cogens*,³ de superior jerarquía ante el resto, en salvaguarda de derechos humanos básicos e inalienables y de un código de valores mínimos colectivos y esenciales para toda la comunidad internacional.⁴

- 1 Una definición de impunidad es ofrecida en COMISIÓN DE DERECHOS HUMANOS, “Promoción y protección de los derechos humanos 61º período de sesiones, Informe de Diane Orentlicher, experta independiente encargada de actualizar el Conjunto de principios para la lucha contra la impunidad”, Documento de las Naciones Unidas, E/CN.4/2005/102/Add.1, definición A, 18 de febrero de 2005.
- 2 Desaparecida en el proyecto definitivo de artículos sobre la responsabilidad de los Estados por hechos internacionalmente ilícitos. ASAMBLEA GENERAL, “Responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos”, Documento de Naciones Unidas, A/RES/56/83, 28 de enero de 2002. Hay distinción entre dos tipos de ilícitos internacionales atribuibles a los Estados: delitos internacionales y, con mayor gravedad, crímenes internacionales; la noción de “crimen internacional” queda tácitamente reservada al ámbito de la responsabilidad internacional del individuo, con variada denominación, también matizada para distinguir las conductas más graves. Por influencia del Estatuto de la Corte Penal Internacional, existe la tendencia a distinguir dos categorías de crímenes de responsabilidad individual: crímenes más graves, de trascendencia para la comunidad internacional —que coinciden con los crímenes internacionales en sentido estricto, el núcleo duro de los crímenes— y otros crímenes de trascendencia internacional, para el resto crímenes internacionales en sentido amplio. Esta es la terminología empleada en este trabajo.
- 3 Como son definidas en el Convenio de Viena sobre el Derecho de los Tratados celebrados entre Estados, de 23 de mayo de 1969. Admitida por mayoría la existencia de esta categoría de normas, bajo un concepto u otro —“principios reconocidos por todas las naciones civilizadas, aun fuera de todo vínculo convencional”, “principios intransgredibles del Derecho Internacional consuetudinario”, en cuya preservación “los Estados no tienen intereses propios; tienden solamente todos y cada uno a un interés común: el de preservar los fines superiores”, “obligaciones *erga omnes*”, en términos empleados por la Corte Internacional de Justicia—, la identificación de cuáles son esas normas sigue sin estar clara: sin detenerme en la abundantísima doctrina, con ocasión de su sentencia de 3 de febrero de 2012, en el asunto de las Inmunidades jurisdiccionales del Estado, la propia Corte Internacional de Justicia se cuestiona si las reglas del derecho de los conflictos armados que prohíben el asesinato de civiles o de prisioneros de guerra o su sometimiento a trabajos forzados constituyen normas de *ius cogens*. CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, “Immunités juridictionnelles de l’Etat Allemagne c. Italie; Grèce (intervenant)”, *arrêt*, C.I.J. *Recueil* 2012, p. 99. Poco después, en su sentencia de 20 de julio de 2012, la Corte reconoció que la prohibición de la tortura es norma de *ius cogens*: “Selon la Cour, l’interdiction de la torture relève du droit international coutumier et elle a acquis le caractère de norme impérative (*ius cogens*)”, CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, “Questions concernant l’obligation de poursuivre ou d’extrader Belgique c. Sénégal”, *arrêt*, C.I.J. *Recueil* 2012, p. 422, párr. 99. El Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia ya había expresado que la prohibición de la tortura lo es: “l’interdiction de la torture est une norme impérative ou *ius cogens*”. ICTY, “Le Procureur c/ Anto Furundžija, Affaire N° IT-95-17/I-T”, 10 de diciembre de 1998, párr. 144.
- 4 “La protección mínima de los derechos humanos (‘moral mínima’) sería, al mismo tiempo, la legitimación y la limitación del derecho penal mundial”. *Cfr.* AMBOS, K., “Derechos humanos y Derecho Penal Internacional”, en *Diálogo Político*, Núm. 3, 2004, pp. 85-115, Disponible en <www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/articulos/a_20110107_01.pdf> [Consulta: 13/07/2014].

Sobre la base del legado de Nuremberg⁵ y de forma paralela, desde entonces se ha perseguido, por un lado, la instauración de una justicia internacional penal de carácter permanente —con vocación universal— en exigencia de responsabilidad individual y, por otro, la sujeción universal de estas conductas a un código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad. La primera de estas aspiraciones se hizo realidad al finalizar el siglo XX, con la Corte Penal Internacional;⁶ la segunda de ellas, aún no.⁷

Puesto que hasta la entrada en funcionamiento de la Corte Penal Internacional se carecía de una jurisdicción internacional penal permanente —y aun hoy con ella—, es desde las jurisdicciones internas desde donde deben seguir persiguiéndose los crímenes internacionales,⁸ debido a las limitaciones derivadas de su naturaleza de jurisdicción complementaria de las jurisdicciones nacionales de los Estados parte,⁹ de sus propios márgenes de competencia,¹⁰ de su estrecha relación

5 Tras el fallo de 1 de octubre de 1946 del Tribunal de Nuremberg, la Asamblea General de Naciones Unidas encomendó a la Comisión de Derecho Internacional la formulación de los principios del Derecho Internacional reconocidos por el Tribunal, en el contexto de una encomienda de codificación general de los delitos contra la paz y la seguridad de la humanidad. ASAMBLEA GENERAL, “Resolución 117 (II)”, Documento de Naciones Unidas, 21 de noviembre de 1947.

6 El 1 de julio de 2002 entró en vigor su Estatuto, adoptado en Roma el 17 de julio de 1998.

7 Quinto Proyecto de 1996, de Código de Crímenes contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad. ORGANIZACIÓN DE NACIONES UNIDAS, *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional 1996*, A/CN.4/SER.A/1996/Add.1 (Part. 2), Naciones Unidas, Nueva York-Ginebra, 2002.

8 Deber de todo Estado de ejercer su jurisdicción penal contra los responsables de crímenes internacionales, recordado en el Preámbulo del Estatuto de la Corte. ASAMBLEA GENERAL, “Declaración de la reunión de alto nivel de la Asamblea General sobre el Estado de Derecho en los planos nacional e internacional”, Documento de Naciones Unidas, A.67/L.1, 30 de noviembre de 2012. Se recoge el compromiso de “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, y con ese fin, alentamos a los Estados a que fortalezcan los sistemas e instituciones judiciales nacionales”. De forma semejante, CONSEJO DE EUROPA, Comité de Ministros, “Lignes directrices du Comité des Ministres du Conseil de l’Europe pour éliminer l’impunité pour les violations graves des droits de l’homme”, CM/Del/Dec(2011)1110/4.8/annexe5, 30 de marzo de 2011.

9 Ex Artículo 17 de su Estatuto.

10 Competencia material limitada a cuatro crímenes: genocidio, crímenes de lesa humanidad, crímenes de guerra y crimen de agresión. Respecto a este último, la competencia se encuentra en suspenso (art. 5.2 del Estatuto). La Conferencia de Kampala, de Revisión del Estatuto, adoptó el 11 de junio de 2010 las enmiendas al mismo, que incluyen una definición para el crimen de agresión y un régimen sobre cómo la Corte ejercerá su jurisdicción sobre este a partir, como mínimo, del 1 de enero de 2017; temporal, solo para los cometidos tras la respectiva entrada en vigor del Estatuto para los Estados parte. Además, su Artículo 124 establece la denominada “Disposición de transición”, en virtud de la cual un Estado, al formar parte del Estatuto, podrá evitar la competencia de la Corte, al acogerse a una moratoria por un período de siete años, sobre los crímenes de guerra cometidos por uno de sus nacionales o en su territorio; territorial, limitada a hechos cometidos en el territorio, extendido a buque o aeronave, de un Estado parte; personal, solo nacionales de los Estados parte, salvo la posibilidad establecida para Estados no parte del Artículo 12.3 y de la activación de la competencia por el Consejo de Seguridad de Naciones Unidas, ex art. 13.b del Estatuto.

con el Consejo de Seguridad de Naciones Unidas¹¹ y de la falta de adhesión de un buen número de Estados.¹²

Dos mecanismos complementarios concurren a la exigencia de la responsabilidad internacional penal individual: la justicia internacional penal para el enjuiciamiento de determinados crímenes por un tribunal internacional, ya sea creado en respuesta a una situación concreta (los llamados tribunales internacionales penales *ad hoc*) o mediante la Corte Penal Internacional y la justicia penal de los tribunales estatales, en su categoría elevada de ejercicio al amparo de la jurisdicción universal.¹³

Frente a esta última, conviene subrayar la distinción entre jurisdicción extraterritorial y jurisdicción universal, en atención a los vínculos de conexión esgrimidos.¹⁴ La primera, que también puede ser calificada como jurisdicción universal relativa o restringida, requiere en todo caso la existencia de alguno de los siguientes vínculos de conexión del crimen con el Estado del foro de enjuiciamiento: la nacionalidad o residencia del autor, la nacionalidad de la víctima o la protección de los intereses del Estado. Por su parte, la segunda, denominada jurisdicción universal pura o absoluta, no precisa de ninguno de ellos, en razón de que se aplica en exclusiva a los crímenes más graves como el genocidio, la tortura y los crímenes de guerra y lesa

11 El Artículo 16 del Estatuto de Roma atribuye a este órgano la capacidad de suspensión de cualquier investigación en curso de la Corte, por un período de doce meses renovable, atribución utilizada y que viene siendo renovada cada año. Cfr. CONSEJO SEGURIDAD, “Resolución 1422”, Documento de Naciones Unidas, 12 de julio de 2002.

12 Destaca la ausencia de relevantes Estados, tres de ellos miembros permanentes del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas —con retirada de la firma por parte de Estados Unidos el 6 de mayo de 2002, seguida de la de Israel, el 28 de agosto de 2002—. También es trascendente el descontento de Estados ante lo que estiman una actuación selectiva de la Corte y, aunque se trate de una excepción, única hasta la fecha, la decisión de su abandono por parte de Kenia, por votación de su Parlamento el 5 de septiembre de 2013 tras la apertura de juicio contra el presidente y el vicepresidente de este Estado por crímenes contra la humanidad. CORTE PENAL INTERNACIONAL, Sentencia Nº ICC-01/09-01/11, de 30 de agosto de 2011, Situation en République du Kenya affaire Le Procureur c. William Samoei Ruto, Henry Kiprono Kosgey et Joshua Arap Sang.

13 “Una jurisdicción penal sustentada exclusivamente en la naturaleza del delito, prescindiendo del lugar en que este se haya cometido, la nacionalidad del autor presunto o condenado, la nacionalidad de la víctima o todo otro nexa con el Estado que ejerza esa jurisdicción”, en definición de 2001 en los Principios de Princeton sobre la Jurisdicción Universal. ASAMBLEA GENERAL, “Texto de los Principios de Princeton sobre la Jurisdicción Universal”, Documento de las Naciones Unidas, A/56/677, 4 de diciembre de 2001. En términos semejantes, la Resolución adoptada por el Instituto de Derecho Internacional en Cracovia, el 26 de agosto de 2005. TOMUSCHAT, C., “La compétence universelle en matière pénale à l’égard du crime de génocide, des crimes contre l’humanité et des crimes de guerre”, en *Annuaire de l’Institut de droit international*, Vol. 71-1, 2005.

14 Íntimamente conectadas, la diferencia entre ambas es sensible desde la óptica del interés a proteger, pues el ejercicio de una jurisdicción extraterritorial responde al interés propio del Estado, de una pluralidad de Estados o de más, incluso, a un interés propio de alcance universal —casos de delincuencia organizada transnacional o de terrorismo internacional—. En el caso de la jurisdicción universal, ante la grave naturaleza del crimen, este interés se convierte en único e idéntico para todos los Estados de la comunidad internacional. Cfr. SIMON, J. M., “Jurisdicción universal. La perspectiva del Derecho Internacional público”, en *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, Núm, 4, 2002, pp. 1-38.

humanidad, caracterizados por la naturaleza universal del bien jurídico protegido y con fundamento en su extrema gravedad.

En la década del noventa del siglo pasado, el principio de jurisdicción universal experimentó un notable impulso práctico, con su aplicación por los tribunales estatales, pero las tensiones en las relaciones interestatales que ello comportó han tenido como efecto, en fechas más recientes, cambios legislativos para limitar estas prácticas judiciales.

Estamos siendo testigos del antagonismo que despierta la noción de la jurisdicción universal desde el consenso general sobre su relevancia y necesidad en el plano teórico, hasta el disenso, general también, cuando se trata de llevar al terreno de la práctica. Desde el caso Pinochet, España constituyó un baluarte mundial de la jurisdicción universal; es el paradigma más actual de la polémica instalada en los Estados sobre este principio de Derecho Internacional. En buena medida, el estado de la cuestión española sirve para ilustrar este empuje de fuerzas contrarias a las que se ve sometida la noción de la jurisdicción universal.

Desde los limitados márgenes de este trabajo, se pretende ofrecer una visión y valoración sintética desde la actualidad del ejemplo español, del persistente debate internacional sobre la consideración de la jurisdicción universal como instrumento de lucha contra la impunidad y de la necesidad de alcanzar unos cauces jurídicos consensuados para su efectiva y esencial evolución.

II. Las reformas del principio de jurisdicción universal en la legislación española en 2009 y 2014

En España, la regulación del ejercicio de la jurisdicción universal sobre crímenes internacionales ha evolucionado, desde una aceptación en su vertiente pura o absoluta con la originaria Ley Orgánica 6/1985 de 1 de julio, del Poder Judicial (LOPJ), a una concepción restringida, mediante dos reformas a dicha Ley en los últimos cinco años.¹⁵

La reforma de 2009 estableció los primeros condicionantes y límites para el ejercicio de la jurisdicción universal, con la necesidad de la concurrencia para su ejercicio de determinados vínculos de conexión y con una estricta formulación del principio de subsidiariedad. A partir de ese momento, para todos los

15 La primera, en virtud de la Ley Orgánica 1/2009, de 3 de noviembre de 2009, 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). La segunda, por 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 de marzo de 2014), vigente desde el 15 de marzo de 2014.

delitos amparados por el principio de jurisdicción universal se exigió que los presuntos responsables se encontraran en España, que existieran víctimas de nacionalidad española o que se constatará algún vínculo relevante con España y, en todo caso, que en otro país competente o en el seno de un tribunal internacional no se hubiera iniciado procedimiento de investigación y persecución efectiva de tales hechos punibles.

Esta sustancial restricción del alcance principio de jurisdicción universal con respecto al modelo puro anterior fue negada por el legislador, que justificó la reforma:

a) Para, de un lado, incorporar tipos de delitos que no estaban incluidos y cuya persecución viene amparada en los convenios y costumbre del Derecho Internacional, como son los de lesa humanidad y crímenes de guerra; b) De otro lado, la reforma permite adaptar y clarificar el precepto de acuerdo con el principio de subsidiariedad, y c) Con la doctrina emanada del Tribunal Constitucional y la jurisprudencia del Tribunal Supremo.¹⁶

Si bien es cierto que la Ley añadió la aplicación de la jurisdicción universal al delito de lesa humanidad, toda mención a los crímenes de guerra¹⁷ resultó ausente del precepto. Además, muy al contrario de una mera adaptación o clarificación, la Ley supuso una “reformulación” esencial del principio de jurisdicción universal.¹⁸ Hay que añadir que el nuevo dictado del Artículo 23.4 de la LOPJ vino a ajustarse a la postura restrictiva seguida por el Tribunal Supremo español, en tesis frontalmente encontradas a las del Tribunal Constitucional, máximo intérprete de la Constitución española.¹⁹

16 Cfr. JEFATURA DEL ESTADO, apartado III del Preámbulo de la Ley Orgánica 1/2009, de 3 de noviembre de 2009 (BOE, Núm. 266, de 4 de noviembre de 2009).

17 Se ha argumentado que esta ausencia se debió a un descuido del legislador por lo apresurado de la tramitación del texto legal, aunque también se señala que fue una eliminación voluntaria y que el descuido legislativo consistió en no eliminar del Preámbulo la mención a los crímenes de guerra. Cfr. REMIRO BROTONS, A., “Derecho y política en la persecución de los crímenes internacionales en España”, en J. TAMARIT SUMALLA, J. M., (coord.), *Justicia de transición, justicia penal internacional y justicia universal*, Atelier, Barcelona, 2010, pp. 207-223.

18 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’”. *La Ley. Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, Núm. 7211, 2009, pp. 1-8.

19 Ver las posturas del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional español, *Ibid.*, pp. 11-13.

Como había acontecido en otros países,²⁰ España claudicó en 2009²¹ ante presiones de orden político, a raíz de la instrucción judicial iniciada en nuestro país de los supuestos crímenes internacionales cometidos en el bombardeo a Gaza de 2002, que sometía a la jurisdicción española a dirigentes del Estado de Israel.²²

La última reforma legal de 2014 coincide en el tiempo con las presiones recibidas, esta vez, desde el Gobierno de China, con motivo de las causas cuya instrucción, pese a las limitaciones introducidas en 2009, habían prosperado contra exdirigentes de dicho Estado por presuntos delitos de genocidio, torturas, terrorismo y de lesa humanidad cometidos en el Tíbet y de genocidio y torturas contra el grupo Falun Gong, lo que dificulta disimular que la *realpolitik* ha sido su primer fundamento.

La Ley actual, que suprime con carácter general la posibilidad del ejercicio de la acción popular,²³ introduce particulares condicionamientos para la activación de la competencia jurisdiccional en cada uno de los crímenes contemplados, a veces alternativos, a veces acumulativos. Estos conducen a que para ninguna de las conductas criminales que se contemplan en el Artículo 23.4 de la LOPJ resulte aceptada una jurisdicción universal pura, inherente al propio concepto por el cual es admitido por el Derecho Internacional.²⁴ Además, en su fórmula relativa, la noción de jurisdicción universal queda restringida a los casos en los que los tratados internacionales ratificados por España la imponen como obligatoria —si es que los hay—²⁵ y hacen dejación de la jurisdicción facultativa que los mismos contemplan²⁶

20 Ya existía el antecedente de Bélgica en 2003, cuando las presiones internacionales tras la denuncia formulada por crímenes internacionales en Irak contra mandatarios estadounidenses y la ratificación de la competencia belga por la Cour de Cassation de Belgique, el 12 de febrero de 2003, en el caso Sharon y otros, por delito de genocidio, tuvieron como consecuencia la limitación de su ley de jurisdicción universal, por Loi du 5 août 2003 relative à la répression des infractions graves au droit international humanitaire.

21 Sorprendió el hecho de que una modificación legal de tal relevancia, que entró en vigor al día siguiente de su publicación oficial, se acometiera por medio de una enmienda, en aprovechamiento de una ley para la restructuración organizativa de los juzgados, de objetivos y contenido tan distantes de la cuestión de la jurisdicción universal. Sobre el devenir legislativo de la Ley, *Vid.*, *Boletín Oficial de las Cortes Generales*, Congreso de los Diputados, IX Legislatura: “Serie A: Proyectos de Ley”, de 24 de junio de 2009 y 6 de julio de 2009, y “Serie II: Proyectos de Ley”, de 15 de octubre de 2009; y *Diario de Sesiones del Senado*, Año 2009, IX Legislatura, Comisiones Núm. 202, Comisión de Justicia, de 5 de octubre de 2009.

22 La entonces ministra de Asuntos Exteriores de Israel formuló protestas públicas contra España por el inicio de la instrucción de la causa y su homólogo español se comprometió a modificar la ley española.

23 Reconocida por el Artículo 125 de la Constitución española y a cuyo amparo fueron presentadas por asociaciones de derechos humanos, la mayoría de querellas por grandes crímenes internacionales. Ahora se exige que la querella criminal sea interpuesta por la víctima o por el Ministerio Fiscal.

24 *Vid. supra* nota 13.

25 *Ibid.*, pp.14-15. Se recoge la posición mayoritaria de la Audiencia Nacional española al respecto.

26 En los últimos tratados multilaterales sectoriales sobre delitos internacionales en sentido amplio, como los relativos a terrorismo internacional o a delincuencia organizada transnacional, se viene legislando sobre el ejercicio de la jurisdicción de los Estados; se distinguen supuestos de jurisdicción extraterritorial obligatoria y facultativa, además del establecimiento generalizado del principio *aut dedere aut iudicare*, en el que el enjuiciamiento, si no se extradita, se convierte en una obligación. Por último, estos tratados contienen una cláusula de no exclusión de alguna jurisdicción establecida conforme al Derecho interno de los Estados, en admisión de la facultad estatal de instaurar el principio de jurisdicción universal.

y con elusión absoluta a cualquier posible obligación internacional consuetudinaria, como premisa de la que parte la nueva Ley desde su Preámbulo.²⁷

La nueva regulación ha dispuesto el sobreseimiento automático de todas las causas que estuvieran abiertas a su entrada en vigor, hasta que se acreditara en ellas la concurrencia de los nuevos condicionantes impuestos,²⁸ disposición que ha tenido como consecuencia el archivo de determinadas causas que se venían instruyendo, como ha ocurrido con los mencionados caso Tíbet²⁹ y caso Falun Gong.³⁰ Se trata de un precepto polémico, al disponerse un decreto de sobreseimiento que corresponde a los tribunales y porque se ha objetado que con el mismo se produce una vulneración del principio de irretroactividad de las leyes restrictivas de derechos, consagrado por el Artículo 9.3 de la Constitución española.³¹

En lo que afecta al núcleo duro de los crímenes internacionales, las resoluciones de los tribunales españoles permiten analizar las posiciones encontradas sobre la

27 “La extensión de la jurisdicción española más allá de los límites territoriales españoles y debe venir legitimada y justificada por la existencia de un tratado internacional que lo prevea o autorice, el consenso de la comunidad internacional”.

28 Disposición Transitoria Única de la Ley 1/2014, de 13 de marzo.

29 AUDIENCIA NACIONAL, Sala de lo Penal, Auto N° 38/2014, de 2 de julio de 2014, que acuerda por mayoría el sobreseimiento y archivo de la causa (Centro de Documentación del Poder Judicial (CENDOJ)). Roj: AAN 216/2014. Id. Cendoj: 28079229912014200002.

30 AUDIENCIA NACIONAL, Sala de lo Penal, Auto N° 44/2014, de 15 de julio de 2014, (Roj: AAN 215/2014. Id. Cendoj: 28079229912014200001). Los hechos de esta causa, relativos al genocidio y torturas de los miembros del grupo Falun Gong, están siendo objeto de instrucción en Argentina, en aplicación del principio de jurisdicción universal, desde que el 17 de abril de 2013 la Cámara de Casación Penal argentina decidiera reabrir la causa que había sido archivada por Resolución de la Cámara Federal de Apelaciones, de 21 de diciembre de 2010, ante la circunstancia de que en España estaba abierto el caso, ahora archivado. SALA I, C/N° 44.196. “Luo Gan s-archivo”. Juzgado N° 9, Secretaría N° 17. Expediente N° 17.885/05, Disponible en <www.pjn.gov.ar/.../00006/00045723.pdf> [Consulta: 09/08/2014].

31 Aunque los casos Tíbet y Falun Gong han sido señalados a primera vista como causantes de la reforma, el afán restrictivo del legislador produjo efectos, a todas luces no deseados, en lo que atañe a determinados crímenes internacionales en sentido amplio; esto motivó el archivo de las causas tramitadas en España contra el delito internacional de tráfico marítimo de drogas, estupefacientes y otras sustancias psicotrópicas cometido en aguas internacionales. La actual normativa contempla este delito internacional y los distintos condicionantes para el ejercicio de la jurisdicción española desde una doble perspectiva. Por un lado, de forma específica, cuando el mismo tiene lugar en los espacios marinos, en cuyo caso la jurisdicción española será competente en los supuestos previstos en los tratados ratificados por España o en actos normativos de una organización internacional de la que España sea parte. Por otro lado, con carácter general, sin atender al espacio de comisión del delito, en cuyo caso la afirmación de la jurisdicción española exige que “el procedimiento se dirija contra un español” o “trate de la realización de actos de ejecución de uno de estos delitos o de constitución de un grupo u organización criminal con miras a su comisión en territorio español”. En unos discutidos autos, la Audiencia Nacional —órgano jurisdiccional que ostenta la competencia objetiva de la jurisdicción española extraterritorial— interpretó esta doble regulación como condiciones que debían concurrir en forma sucesiva y cumulativa, al considerar que la remisión a la normativa internacional convencional que efectúa la ley cuando este delito es cometido en aguas internacionales no sirve para entender establecida la jurisdicción española para supuestos en los que, como los enjuiciados, el convenio internacional acogiera el establecimiento de la competencia de forma facultativa, pero no obligatoria. Vid. AUDIENCIA NACIONAL, Sala de lo Penal, Autos N° 21/2014, de 6 de mayo de 2014 (Roj: AAN 104/2014. Id. Cendoj: 28079220022014200001) y N° 37/2014, de 30 de junio de 2014 (Roj: AAN 157/2014. Id. Cendoj: 28079220022014200005), dictados por el Pleno de la de la Audiencia Nacional, que alcanza esta

cuestión de la existencia o no, desde el Derecho Internacional prevalente sobre la norma interna, de un deber para los Estados de su persecución sobre la base del principio de jurisdicción universal y de si este deber tiene origen consuetudinario o convencional.

Para los crímenes de genocidio, lesa humanidad o contra las personas y los bienes protegidos en caso de conflicto armado, el establecimiento de la jurisdicción española precisa ahora que el procedimiento se dirija contra un español o contra un extranjero que resida habitualmente en España —en interpretación extensa de la nacionalidad activa— o que se encontrara en España una vez que, solicitada su extradición, esta hubiera sido denegada por las autoridades españolas.³² De esta manera, la circunstancia de la existencia de víctimas españolas resulta indiferente como elemento que legitime la jurisdicción española. Con ello desaparece el principio de personalidad pasiva en protección de las víctimas, pese a tratarse de un vínculo de conexión admitido por el Derecho Internacional, con mayor aceptación en los últimos años.³³

En la eliminación del principio de personalidad pasiva han tenido particular influencia las mencionadas presiones del Gobierno de China, acrecentadas desde que la Audiencia Nacional española dictara orden internacional de detención y decreto de prisión provisional, entre otros, contra el expresidente chino Jiang Zemin y el exprimer ministro Li Peng. Estas actuaciones tuvieron lugar durante la instrucción de la causa del denominado caso Tíbet, cuyo origen fue la querrela interpuesta en 2005 en ejercicio de la acción popular y en la que también figuraba como acusación particular una víctima de nacionalidad española. La reforma de 2014 ha supuesto, como se ha dicho, el archivo judicial de esta causa.³⁴

conclusión tras confrontar los nuevos condicionantes jurisdiccionales españoles con los Artículos 4.1.b) ii y 17 de la Convención de las Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas, de 20 de septiembre de 1988. Este criterio ha sido casado por el Tribunal Supremo español y estableció que la nueva ley permite mantener la competencia sobre este tipo de delitos, por cuanto la referencia legal a los “supuestos previstos por los tratados ratificados por España” implica una atribución jurisdiccional automática, por más que, para el caso concreto, el tratado la provea como meramente facultativa para el Estado. Sin embargo, en el ínterin y por mor de la citada Disposición Transitoria, más de una cincuentena de presuntos narcotraficantes internacionales fueron puestos en libertad en España. *Vid.*, TRIBUNAL SUPREMO, Sentencia Nº 592/2014, de 24 de julio de 2014 (Roj: STS 3082/2014. Id. Cendoj: 28079129912014100001).

32 Subapartado a) del Artículo 23.4 de la Ley 1/2014, de 13 de marzo.

33 *Cfr.* ASAMBLEA GENERAL, “Informe de la Comisión de Derecho Internacional, 58º período de sesiones”, Documento de las Naciones Unidas, Suplemento Nº 10 (A/61/10) Anexo E, 61º período de sesiones 2006, p. 587. La circunstancia de desatención de la nacionalidad española de las víctimas, en caso de genocidio y crímenes de guerra y lesa humanidad, ha provocado la admisión a trámite, el 22 de julio de 2014, por el Tribunal Constitucional, de recurso de inconstitucionalidad contra la ley (CORTE DE APELACIONES, Asunto Nº 3754/14, de 19 de junio de 2014.) inconstitucionalidad que también es mantenida desde el sector judicial que persigue el mantenimiento de la jurisdicción española sobre los más graves crímenes internacionales, como obligación de Derecho Internacional consuetudinario.

34 *Vid. supra* nota 29.

En consecuencia, 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.³⁵

III. Las líneas jurisprudenciales de interpretación del principio de jurisdicción universal en España

La reforma legal de 2009 provocó el archivo de las causas judiciales que no se ajustaban a sus nuevos límites.³⁶ Incluso antes de su entrada en vigor, la interpretación restrictiva del principio de subsidiariedad anticipada por el Tribunal Supremo y avalada por la mayoría de la Audiencia Nacional había dado lugar al sobreseimiento de la causa abierta por el bombardeo israelí a Gaza.³⁷ La Ley de 2009 recogió y avanzó en la línea restrictiva de la jurisdicción universal, apoyada en su día por el Tribunal Supremo español,³⁸ pero se opuso a la jurisprudencia establecida por el Tribunal Constitucional español en dos trascendentales resoluciones.

35 “[...] los tribunales españoles [...] aplicaban, y lo siguen haciendo, el principio de jurisdicción universal de forma pacífica, y sin controversia alguna adicional a la propia de cualquier procedimiento judicial, cuando se trataba [...] por ejemplo, los delitos de falsificación de moneda o los delitos de tráfico ilegal de drogas [...]. Los problemas surgen cuando nuestros tribunales comienzan a aplicar el principio de jurisdicción universal respecto [a] genocidio, los crímenes de lesa humanidad, la tortura o el terrorismo, [...] 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”. OLLÉ SESÉ, M., *Justicia universal para crímenes internacionales*, La Ley, Madrid, 2008, p. 202.

36 Así, el denominado caso de los Seis de Bush, instruido por torturas en la base militar estadounidense de Guantánamo, archivado por AUDIENCIA NACIONAL, Sala de lo Penal, Auto de 23 de marzo de 2012, (Roj: AAN 29/2012. Id Cendoj: 28079220012012200001); o el caso Birmania, que denunció los crímenes de guerra, crímenes contra la humanidad, torturas y terrorismo cometidos en Birmania entre 1998 y 2008, con inadmisión de la querrela confirmada por la AUDIENCIA NACIONAL, Sala de lo Penal, Auto Nº 204/2010, de 6 de septiembre de 2010 de la Secc. 4a, (Roj: AAN 131/2010. Id Cendoj: 28079220042010200001).

37 AUDIENCIA NACIONAL, Sala de lo Penal, Auto Nº 1/09, de 9 de julio de 2009, (Roj: AAN 129/2009. Id. Cendoj: 28079220022009200001).

38 En TRIBUNAL SUPREMO, Sala de lo Penal, Sentencia 327/2003, de 25 de febrero de 2003, sobre el genocidio de Guatemala (Id Cendoj: 28079120012003102585), con doctrina reiterada en TRIBUNAL SUPREMO, Sala de lo Penal, Sentencia 319/2004, de 8 de marzo de 2004 (Id Cendoj: 28079120012004100254), el Tribunal afirma que el Convenio para la prevención y sanción del genocidio, de 9 de diciembre de 1948, no puede interpretarse como consagración de la jurisdicción universal y “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. Sin duda existe un consenso internacional respecto a la necesidad de perseguir esta clase de hechos, pero los acuerdos entre Estados no han establecido la jurisdicción ilimitada de cualquiera de ellos sobre hechos ocurridos en el territorio de otro Estado”.

La primera es su sentencia de 26 de septiembre de 2005, que confirmó la competencia de la jurisdicción española para enjuiciar delitos de genocidio, terrorismo y torturas cometidos en Guatemala y corrigió el criterio del Tribunal Supremo.³⁹ En esta sentencia, el Tribunal Constitucional afirmó que:

- a) De la Convención para la Prevención y Sanción del Genocidio se desprende más una obligación que una prohibición de intervención unilateral de los Estados en la persecución universal y evitación de la impunidad de tal crimen de Derecho Internacional, que “preside el espíritu del Convenio y que forma parte del Derecho consuetudinario internacional (e incluso del *ius cogens*, según la mejor doctrina)”.⁴⁰ El Tribunal Constitucional subrayó que otra interpretación del Artículo VI de la Convención, aunque este solo se refiere a la obligación de enjuiciamiento del Estado del territorio o a su enjuiciamiento por un tribunal internacional, resulta contraria al espíritu de la Convención, pues llevaría a la consecuencia de que formar parte del Convenio traería unas limitaciones para combatir el delito que no tendrían los Estados que no hubieran ratificado la Convención.
- b) Someter a la jurisdicción universal a “una restricción de tan hondo calado” —en referencia a los vínculos de conexión exigidos— contradice el fundamento y los fines inherentes a la Institución, que:

[...] resulta alterada hasta hacer irreconocible el principio de jurisdicción universal según es concebido desde el Derecho internacional [...]. 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. Del mismo modo la concepción de la jurisdicción universal en el Derecho internacional actualmente vigente no se configura en torno a vínculos de conexión fundados en particulares intereses estatales.⁴¹

39 *Vid. supra* nota 41.

40 TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, Sentencia 237/2005, de 26 de septiembre de 2005. (BOE, Núm. 258 de 28 de octubre de 2005), fundamento de Derecho quinto.

41 TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, Sentencia N° 237/2005, Op. cit.

- c) En cuanto a la cuestión de la concurrencia o subsidiariedad, tras someter el criterio del Tribunal Supremo al control de constitucionalidad, el Tribunal Constitucional manifestó:

[...] una interpretación enormemente restrictiva de la regla de subsidiariedad [...], hasta el punto de venir a exigir la prueba del rechazo efectivo de la denuncia por los Tribunales guatemaltecos [...] conlleva una vulneración del derecho a acceder a la jurisdicción reconocido en el art. 24.1 CE como expresión primera del derecho a la tutela efectiva de Jueces y Tribunales. De una parte [...] con la exigencia de prueba de hechos negativos se enfrenta al actor a la necesidad de acometer una tarea de imposible cumplimiento, a efectuar una *probatio* diabólica. De otra parte, con ello se frustra la propia finalidad de la jurisdicción universal [...], por cuanto sería precisamente la inactividad judicial del Estado donde tuvieron lugar los hechos[...] la que bloquearía la jurisdicción internacional de un tercer Estado y abocaría a la impunidad del genocidio. En suma, tan rigorista restricción de la jurisdicción universal, en franca contradicción con la regla hermenéutica *pro actione*, se hace acreedora de reproche constitucional.⁴²

Dos años después, en el archivado caso Falun Gong⁴³ el Tribunal Constitucional consideró vulnerado el derecho constitucional a la tutela judicial efectiva, en su vertiente del derecho de acceso a la jurisdicción, por cuanto apreció la imposibilidad de la jurisdicción territorial en China y de la actuación de la Corte Penal Internacional, porque este Estado no ratificó su Estatuto y era miembro permanente del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, con derecho de veto sobre cualquier decisión de remisión de la situación a la Corte. En consecuencia, según el Tribunal Constitucional, para el posible enjuiciamiento de los delitos denunciados, esta situación no dejaba otra salida a las víctimas que la vía de la jurisdicción universal.⁴⁴

Ahora, tras la reforma de 2014, los votos particulares en la decisión de archivo de la instrucción de la causa sobre el Tíbet ponen en evidencia la persistencia de la pugna y del enfrentamiento dialéctico de dos posturas contrarias en el propio seno de la Audiencia Nacional. La posición mayoritaria en el Auto judicial de 2 de julio de 2014⁴⁵ ha sostenido la ausencia de jurisdicción, toda vez que, confrontado el

42 TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, Sentencia 237/2005, Op. cit., fundamento de Derecho cuarto.

43 Vid. *supra* nota 30.

44 TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, Sentencia Nº 227/2007, de 22 de octubre de 2007, (BOE, Núm. 284, de 27 de noviembre de 2007).

45 Vid. *supra* nota 29.

supuesto de hecho con los nuevos condicionantes legales que, afirma, han conformado la jurisdicción española con respecto a lo dispuesto en los tratados internacionales, constata la ausencia de los vínculos exigidos. Se señala que:

- a) En los Convenios de Ginebra de 1949, no existe disposición expresa que imponga el ejercicio de la jurisdicción de los Estados parte con independencia del lugar de comisión del crimen; en concreto no lo hace el Artículo 146 del IV Convenio,⁴⁶ pues no aprecia que se establezca una persecución universal obligatoria de los crímenes.⁴⁷
- b) En el resto de tratados internacionales existentes tampoco se constata esta obligación, sino que los mismos utilizan criterios de atribución de jurisdicción que conforman una reacción ordenada contra la impunidad, sin que alguno de ellos exprese que cada Estado pueda perseguir los crímenes que contemplan, sin límite y con acogida exclusiva a su legislación interna, a cuyo ámbito se circunscribe la jurisdicción universal como una opción de política legislativa criminal.

El voto particular a esta resolución muestra su disenso del mayoritario, bajo la consideración de que:

- a) Al margen de los particulares y nuevos condicionantes legales para el establecimiento de la jurisdicción sobre los crímenes de genocidio, lesa humanidad o contra las personas y los bienes protegidos en caso de conflicto armado, en su Artículo 23.4.p la reforma legal mantiene una cláusula de salvaguarda del Derecho Internacional convencional. Según esta cláusula, la jurisdicción española mantendría su competencia sobre cualquier otro delito cometido fuera del territorio nacional “cuya persecución se imponga con carácter obligatorio por un tratado vigente para España o por otros actos normativos

⁴⁶ Téngase en cuenta que la mayoritaria adhesión a los cuatro convenios de Ginebra, de 12 de agosto de 1949, con 194 Estados parte y a sus protocolos adicionales, los configura como Derecho Internacional general. El Artículo 146 del IV Convenio de Ginebra relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra dispone: “Las Altas Partes Contratantes se comprometen a tomar las oportunas medidas legislativas para determinar las adecuadas sanciones penales que se han de aplicar a las personas que hayan cometido, o dado orden de cometer, una cualquiera de las infracciones graves contra el presente Convenio [...]. Cada una de las Partes Contratantes tendrá la obligación de buscar a las personas 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 [...]”. CICR, “IV. Convenio de Ginebra relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra, 1949”, Disponible en <<http://www.icrc.org/spa/resources/documents/treaty/treaty-gc-4-5tdkyk.htm>> [Consulta: 13.05.2014].

⁴⁷ En apoyo de este razonamiento, la resolución judicial hace cita de los considerandos 123 y 131 de ASAMBLEA GENERAL, “The Scope and Application of the Principle of universal Jurisdiction”, Informe del Secretario General de Naciones Unidas A/66/93, 20 de junio de 2011.

de una Organización Internacional de la que España sea miembro, en los supuestos y condiciones que se determine en los mismos”.⁴⁸

- b) Sin lugar a dudas, el Artículo 146 del IV Convenio de Ginebra impone la jurisdicción obligatoria de los Estados parte, con independencia del lugar de comisión del crimen, como se recoge en el informe del Secretario General de Naciones Unidas citado por la mayoría de manera descontextualizada. Esta obligatoriedad es, por lo demás, asumida por unanimidad desde el Derecho Internacional respecto al núcleo duro de los crímenes internacionales.

El criterio defendido por este segundo sector de magistrados de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional es seguido también por la mayoría de los jueces instructores de este Tribunal.⁴⁹ Así, por ejemplo, el caso Couso, instruido por crímenes de guerra cometidos por militares estadounidenses con motivo del asesinato de un periodista español en 2003 durante la guerra de Irak, se mantiene abierto a la espera de resolución del Órgano superior. Si bien reconoce el juez instructor que, en aplicación de la nueva ley nacional en vigor, la causa debería archivarse porque ni los imputados —tres militares del Ejército estadounidense— son nacionales españoles ni se encuentran en España, ha considerado que en el mismo resulta de aplicación el IV Convenio de Ginebra sobre protección de personas civiles en tiempos de guerra. Este último, que se antepone y prevalece como norma internacional sobre la española, establece la obligación de perseguir y enjuiciar a los culpables de los crímenes de guerra, ante la única y exclusiva circunstancia de que el hecho constituya un crimen de guerra.⁵⁰

Con resoluciones judiciales que defienden la competencia de la jurisdicción española, permanecen abiertos el caso Carmelo Soria,⁵¹ el caso Ruanda⁵² y el caso El

48 El voto particular considera que esta cláusula evidencia la incongruencia de la afirmación mayoritaria, en orden a que no existe tratado internacional alguno que imponga a los Estados un ejercicio obligatorio de su jurisdicción sobre crímenes internacionales.

49 No por todos. *Vid.* Auto 73/2014, nota 51.

50 AUDIENCIA NACIONAL, Juzgado Central de Instrucción Núm. 1, Auto Nº 72/2014, de 19 de marzo de 2014, en el sumario 27/2007, (Id Cendoj: 28079270012014200001).

51 Instruido por secuestro, tortura y asesinato de este diplomático español en Chile. AUDIENCIA NACIONAL, Juzgado Central de Instrucción Nº 5, Auto sumario 19/1997-D, Pieza III, de 23 de mayo de 2014, establece que no procede la aplicación de la Disposición Transitoria Única de la Ley Orgánica 1/2014, de 13 de marzo, en el momento actual de la instrucción.

52 Con víctimas españolas en el genocidio. AUDIENCIA NACIONAL, Juzgado Central de Instrucción Nº 4, Auto (sumario 3/2008), dictado el 23 de septiembre de 2014; da por concluido el sumario y lo eleva a la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, con el apoyo de la Fiscalía para el mantenimiento de la competencia por crímenes de terrorismo.

Salvador.⁵³ Otras se encuentran pendientes de resolución, aunque bajo presupuestos de hecho que pueden conducir a su archivo.⁵⁴

En definitiva, son dos marcados y diferenciados sectores de pensamiento en orden a la concepción del alcance y contenido de la jurisdicción universal, que han concluido en España con el triunfo, por el momento, de la postura restrictiva. Esta misma disputa puede trasladarse al debate internacional sobre el principio de universalidad, si se considera que el ejemplo español refleja la fragilidad de este principio y puede ser precedente añadido para que otros Estados se conduzcan por similar camino reductor.

IV. Extrapoliación del caso español al ámbito universal

A. Una práctica reducida del principio de jurisdicción universal

Existen algunas resoluciones de tribunales internacionales que avalan el ejercicio de una jurisdicción universal pura, es decir, exenta de cualquier otro vínculo de conexión con el Estado del foro⁵⁵ y también un número considerable de pronunciamientos desde las jurisdicciones nacionales, entre los más recientes, el del Tribunal Penal de París, que el 14 de marzo de 2014 condenó al exoficial ruandés Simbi-kangwa por genocidio y crímenes contra la humanidad.⁵⁶ Sin embargo, en general

53 En esta causa, AUDIENCIA NACIONAL, Juzgado Central de Instrucción N° 6, Auto N° 73/2014, de 31 de marzo de 2014 (Id Cendoj: 28079270062014200001) había decretado el archivo parcial por falta de jurisdicción con respecto a la imputación por crímenes de lesa humanidad y mantuvo el sumario exclusivamente por la acusación de terrorismo, por cuanto cinco de las víctimas eran de nacionalidad española y la ley actual sí contempla la nacionalidad de la víctima como criterio de atribución de la jurisdicción española para este delito. El Pleno de la Audiencia Nacional avaló, el 3 de octubre de 2014, el mantenimiento de esta causa íntegra, no solo por delito de terrorismo, sino además por crímenes de lesa humanidad, porque se consideran conexos al de terrorismo.

54 Así el caso Mauthausen sobre los campos de concentración nazis. Aunque existen víctimas de nacionalidad española, la nueva ley desatiende este criterio como vínculo de conexión para afirmar la jurisdicción de ese país en los asuntos de genocidio y crímenes de lesa humanidad. La decisión sobre su destino fue aplazada en el Pleno de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional celebrado el 3 de octubre de 2014.

55 Como ejemplo, TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, Sentencia N° 74613/01 de 12 de julio de 2007 en la causa *Jorgic vs. Alemania* (ECHR-2007-II). El Tribunal Europeo de Derechos Humanos consideró que, conforme al Artículo I de la Convención para la prevención y la sanción del delito de genocidio, a las partes contratantes les incumbe la obligación *erga omnes* de prevenir y sancionar el genocidio, cuya prohibición forma parte del *ius cogens*. Por ello, el Tribunal consideró razonable el argumento de los tribunales nacionales según el cual el objeto de la Convención sobre el Genocidio, expresado en ese artículo, no excluía la jurisdicción para sancionar el genocidio en Estados cuya legislación establece la extraterritorialidad a ese respecto. También la citada sentencia del Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia (*Vid. supra* nota 3), en cuanto a que cualquier Estado puede investigar, perseguir y castigar o extraditar a individuos acusados de tortura que se encuentran en un territorio bajo su jurisdicción.

56 COUR D'ASSISES DE PARIS, 2eme Section, N° 13/0033, arrêt criminel du 14 mars 2014.

son escasos y, en su gran mayoría,⁵⁷ la jurisdicción universal no ha sido el único fundamento para la afirmación de la jurisdicción del Estado, sino que se ha hecho acompañar de otros vínculos como el de nacionalidad pasiva,⁵⁸ nacionalidad activa⁵⁹ y el de la residencia habitual del presunto criminal.⁶⁰ En consecuencia, se puede

- 57 Francia sí condenó por torturas al nacional mauritano Eli Ould Dah, en atención a la jurisdicción universal y a la sola presencia en su territorio del acusado al inicio de la instrucción. Su condena se produjo en rebeldía, cuestión sobre la que se pronunció el Tribunal Europeo de Derechos Humanos el 17 de marzo de 2009 y rechazó que esta circunstancia vulnerara el principio de legalidad penal. Cfr. NACIONES UNIDAS, "Portée et Application du principe de compétence universelle", Informe aportado por la Misión Permanente de Francia en Naciones Unidas, en cumplimiento de la Res. 64/117 de la Asamblea General, de 16 de diciembre de 2009. En Argentina se instruye en el Juzgado Nacional en lo Criminal y Correccional N° 1 de la República Argentina, causa N° 4591/2010, por genocidio y/o crímenes de lesa humanidad cometidos en España en el período comprendido entre el 17 de julio de 1936 y el 15 de junio de 1977. De este proceso, en una muestra de cooperación judicial, cabe destacar la toma de declaración a una serie de víctimas por juzgados de instrucción españoles, en atención a los exhortos cursados por la titular del Juzgado instructor argentino. La trascendencia de este acontecimiento es relatada por Ana Messuti, abogada de la querrela argentina en MESSUTI, A., "Un viaje esperado", en *Revista de Estudios y Cultura*, Núm. 62, 2014, pp. 41-43.
- 58 En Italia fueron condenados a cadena perpetua el 6 de diciembre de 2000 por el Tribunal Penal de Roma, Carlos Guillermo Suárez Masón y Santiago Omar Riveros, entre otros, como responsables de la desaparición y la muerte de siete ciudadanos italo-argentinos y la desaparición del hijo recién nacido de una de las asesinadas, Laura Estela Carlotto, durante la dictadura militar en Argentina, entre 1976 y 1983. TRIBUNAL PENAL DE ROMA, "Redatta scheda pel casellario", N° 3402/92 R.G.N.R., N° 21/99 e 3/2000. R.G.G.I.P., N° 40/2000 del Registro Inserz. Sentenze.
- 59 Es el caso de Suiza, que el 6 de junio de 2014 dictó sentencia de condena a cadena perpetua a Erwin Sperisen, guatemalteco que ostenta la doble nacionalidad, por los asesinatos cometidos en Guatemala en 2006 durante la toma del centro penitenciario de Pavón; asimismo, el 19 de junio de 2014, la Corte de Apelación suiza condenó a Stanislas Mbanenade por complicidad en crimen de genocidio y graves violaciones del Artículo 3 común a los Convenios de Ginebra, tras rechazar su extradición a Ruanda, por causa de la adquisición de la nacionalidad suiza en 2008. TRIAL, "Erwin Sperisen", Disponible en <<http://www.trial-ch.org/guatemala-esp/sperisen.html>> [Consulta: 10.08.2014].
- 60 Simbikangwa llevaba tres años en la isla francesa de Mayotte. Con el vínculo de conexión de la residencia habitual del presunto autor, sin carácter exhaustivo; también en Suiza fue condenado el ruandés Fulgence Niyonteze el 26 de mayo de 2000, por crímenes de guerra. TRIBUNAL MILITAIRE D'APPEL, 1ª, Arrêt du 26 mai 2000. Esta sentencia fue confirmada por el TRIBUNAL MILITAIRE DE CASSATION, Arrêt du 27 avril 2001 (Entscheidungen des MKG, 12. Band/Arrêts du TMC, 12ème volume. Sentence del TMC, 12º volumen. En Dinamarca, por crímenes de genocidio y crímenes contra la humanidad en Ruanda, en 2006 se iniciaron procesos judiciales contra Sylvère Ahorugeze y en 2010 contra Emmanuel Mbarushimana. ALLAFRICA, "Rwanda: Denmark Extradites Genocide Suspect", Disponible en <<http://allafrica.com/stories/201407040649.html>> [Consulta: 20.08.2014]. En Finlandia, la primera sentencia de condena en ejercicio del principio de jurisdicción universal se produjo el 11 de junio de 2010, al declarar a François Bazaramba culpable de genocidio en Ruanda y condenarlo a cadena perpetua. TRIBUNAL DE DISTRITO DE PORVOO (actual Tribunal de Distrito de Ita-Uusimaa), "Caso N° R 09/404, ICD, Prosecutor v. François Bazaramba", Disponible en <<http://www.internationalcrimesdatabase.org/Case/973/Bazaramba/>> [Consulta: 20.09.2014]. En Noruega, el caso Repak continúa contra dos nacionales ruandeses la instrucción iniciada en 2007 por genocidio. Cfr. GAHIMA, G., *Transitional justice in Rwanda. Accountability for Atrocity*. Routledge, Abingdon, Oxon, 2013, p. 209. El 14 de febrero de 2013 fue condenado Sadi Bugingo, residente en Noruega desde 2002, por crímenes de guerra y conspiración al genocidio. CORTE DE DISTRITO DE OSLO, T-OSLO-2012-106377, Public Prosecutor v. Sadi Bugingo. En Canadá, Désiré Munyaneza, de nacionalidad ruandesa, fue declarado culpable de crímenes de guerra, crímenes contra la humanidad y genocidio por el Tribunal Superior de Quebec, el 22 de mayo de 2009. Jacques Mungwarere, ruandés que obtuvo asilo en Canadá en 2002, fue enjuiciado por crímenes de lesa humanidad y genocidio cometidos en Ruanda y declarado no culpable por la Corte Superior de Justicia de Ontario, el 5 de julio de 2013. DEPARTMENT OF JUSTICE, "Court Proceedings", Disponible en <<http://www.justice.gc.ca/eng/cj-jp/wc-cdg/succ-real.html>> [Consulta: 20.09.2014].

afirmar que, aunque la jurisdicción universal es estimada como una herramienta importante para lucha contra la impunidad⁶¹ y también se ha defendido que su primera legitimidad se encuentra en el Derecho Internacional consuetudinario,⁶² hoy por hoy su concepción pura no es admitida por los Estados.

Como en el caso español, una premisa deber ser destacada: la polémica en la práctica de la jurisdicción universal queda centrada cuando, sobre su fundamento, se persigue el núcleo duro de los crímenes internacionales. En sentido amplio, los crímenes internacionales presentan menos dificultades desde el punto de vista del ánimo de los Estados de emprender acciones legales contra ellos con base en la jurisdicción universal.⁶³ En este aspecto se advierte que, cuanto más vitales son los intereses a proteger por la comunidad internacional, más decrece el consenso en torno a su ordenación jurídica.⁶⁴ Trasladada esta idea al ámbito del Derecho Internacional Penal, esos intereses vitales, necesitados de una solidaridad suprema por parte de la comunidad internacional, no son otros que la protección de los derechos básicos e inalienables de los seres humanos frente a graves violaciones.

B. El núcleo duro de los crímenes internacionales

La *opinio iuris* de un buen número de Estados es muy recelosa frente a la admisión de la jurisdicción universal y muestra discrepancias sobre su fundamento consuetudinario o limitado al derecho convencional ratificado y en el que, salvo los Convenios

61 Comentarios de la Comisión de Derecho de Internacional al Artículo 8 del Proyecto de Código de Crímenes. ASAMBLEA GENERAL, “A/51/10, Informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor realizada en su 48º periodo de sesiones”, en NACIONES UNIDAS, *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*, Vol. II, Segunda parte. A/CN.4/SER.A/1996/Add.1 (Part 2) 1996.

62 “La compétence universelle est fondée en premier lieu sur le droit international coutumier” Resolución de Cracovia del IDI, de 26 de agosto de 2005. El 18 de octubre de 2012, el Comité Internacional de la Cruz Roja vino a declarar ante la Sexta Comisión de Naciones Unidas que la práctica de los Estados ha contribuido a consolidar una norma consuetudinaria en virtud de la cual los Estados tienen derecho a conferir a sus tribunales nacionales la jurisdicción universal en materia de crímenes de guerra. CICR, “Alcance y aplicación del principio de la jurisdicción universal. Declaración del CICR ante las Naciones Unidas, 2012”, Disponible en <<http://www.icrc.org/spa/resources/documents/statement/2012/united-nations-universal-jurisdiction-statement-2012-10-18.htm>> [Consulta: 20.09.2014].

63 Cfr. INTERNATIONAL LAW ASSOCIATION (ILA), “London Conference (2000), Committee on International Human Rights Law and Practice, ‘Final Report on the exercise of universal jurisdiction in respect of gross human rights offences’”. Disponible en <www.ila-hq.org> [Consulta: 13.07.2014].

64 Cuando el orden internacional se enfrenta a las “solidaridades supremas”, aquellas que protegen los intereses vitales de la comunidad internacional, estas se debilitan a medida que se incrementa la trascendencia de las cuestiones tratadas, lo que lleva a una paradoja en relación con la efectividad del Derecho Internacional: las partes más sólidas del Derecho Internacional son las cuestiones más alejadas de los problemas verdaderamente importantes, mientras que las partes más débiles son las que contemplan esos intereses vitales. Cfr. DE VISSCHER, C., *Teorías y realidades en Derecho Internacional Pública*, Bosch, Barcelona, 1962, pp. 95 y ss. En otras palabras, se produce lo que se ha denominado el “desfallecimiento” del Derecho Internacional como factor en la toma de decisiones, según estas van afectando a intereses vitales o esenciales. Cfr. REMIRO BROTONS, A. et al., *Derecho Internacional*, McGraw-Hill, Madrid, 1997, p. 9.

de Ginebra de 1949, no se reconoce una plasmación clara del principio, menos aún de su carácter obligatorio.⁶⁵

Esta *opinio iuris* reduce el ejercicio del principio de jurisdicción universal a los casos de los más graves crímenes, sobre cuyo elenco tampoco existe acuerdo concreto, aunque en su mayoría se consideran incluidos el genocidio, la tortura y los crímenes de guerra y de lesa humanidad.⁶⁶

Al respecto, la Comisión de Derecho Internacional (CDI), en defensa de la facultad de los Estados de proceder al amparo del principio de jurisdicción universal, instauró el mismo en el Artículo 8 de su Proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad para el crimen de genocidio, crímenes de lesa humanidad, delitos contra el personal de las Naciones Unidas y el personal asociado y crímenes de guerra.⁶⁷

En el año 2000, la Asociación de Derecho Internacional (ILA) identificó como crímenes internacionales que implican graves violaciones de los derechos humanos el genocidio, los crímenes de guerra y de lesa humanidad y la tortura.⁶⁸ En 2001, los Principios de Princeton establecieron como crímenes graves de Derecho Internacional sujetos a la jurisdicción universal, sin perjuicio de otros delitos internacionales, la piratería, la esclavitud, los crímenes de guerra, los crímenes contra la paz, los crímenes de lesa humanidad, el genocidio y la tortura.⁶⁹ A su vez, en 2005, el Instituto de Derecho Internacional (IDI) encontró el fundamento de la jurisdicción universal en el Derecho Internacional consuetudinario para los crímenes de genocidio, crímenes de lesa humanidad y violaciones graves de los Convenios de Ginebra de 1949 sobre la protección de las víctimas de guerra o de otras violacio-

65 El estado de la cuestión sobre los crímenes objeto de la jurisdicción universal se refleja en las Actas de la Sexta Comisión de Asuntos Jurídicos de Naciones Unidas, que recogen las observaciones de los Estados sobre el Tema 86 del programa: alcance y aplicación del principio de la jurisdicción universal. Como ejemplo, A/C.6.65/SR.10, 11, 12 y A/C.6/68/SR. 14. Asimismo, el Informe del Secretario General sobre el mismo tema, de 26 de junio de 2013 (A/68/113). BASSIOUNI, C., "Jurisdicción universal para crímenes internacionales: perspectivas históricas y práctica contemporánea", en *Virginia Journal of International Law Association*, 2001, 42 Va. J. Int' L. 81, p. 20, que respalda la existencia de una teoría independiente de la jurisdicción universal, como obligación de Derecho Internacional consuetudinario en relación con los crímenes internacionales de *ius cogens* y la considera sometida a unas directrices de aplicación para evitar conflictos jurisdiccionales, interrupciones del orden global y abusos en su empleo que determinen, a la postre, una denegación de justicia y conculcación de las prioridades jurisdiccionales.

66 *Vid. supra* nota 66.

67 En los comentarios al Artículo 8 del Proyecto, la Comisión de Derecho Internacional afirma que con el empleo en el Artículo 8 de la frase "sea cuales fueran el lugar de comisión de esos crímenes y sus autores", tiene como finalidad "despejar toda duda en cuanto a la existencia de una jurisdicción universal respecto de esos crímenes". *Cfr.* NACIONES UNIDAS, "A/51/10, Informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor realizada en su 48º período de sesiones", en *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*, Vol. II, Segunda parte. A/CN.4/SER.A/1996/Add.1 (Part 2) 1996, pp. 31-32.

68 INTERNATIONAL LAW ASSOCIATION (ILA), *Op. cit.*

69 Principio 1, apartados 2 y 3 y principio 2, documentos de la Asamblea General de Naciones Unidas (A/56/677).

nes graves del Derecho Internacional Humanitario cometidas durante un conflicto armado internacional o no internacional.⁷⁰

C. Rechazo de un modelo de jurisdicción universal puro

La CDI considera a la jurisdicción universal, por sí misma, como uno de los principios o vínculos legitimadores, junto con el de la territorialidad objetiva, de la doctrina de los efectos, del principio protector, de la personalidad activa y la personalidad pasiva.⁷¹ En este sentido, la CDI sitúa el principio de jurisdicción universal en el mismo punto de los otros posibles vínculos de conexión.

Por su parte, las instituciones de doctrina señaladas acogen el ejercicio de la jurisdicción universal en atención exclusiva a la grave naturaleza del crimen internacional. Mantienen que, en defecto de su persecución por el Estado donde se cometieron los crímenes, cada Estado tiene jurisdicción para perseguirlos y castigarlos, independientemente de la nacionalidad de la víctima o del perpetrador y del lugar de comisión del delito, porque se trata de crímenes en contra de la conciencia del mundo civilizado y, por tanto, cada Nación tiene interés en su castigo en aras de la justicia; sus tribunales actúan en nombre de la comunidad internacional. La única conexión que puede ser necesaria es la presencia física del presunto delincuente en ese Estado para proceder a su enjuiciamiento.⁷² Además, aunque convienen en la necesaria presencia del acusado en el territorio del Estado, expresan que el ejercicio de la jurisdicción universal permite desarrollar actos de investigación⁷³ en ausencia del presunto perpetrador del crimen, que pueden dar lugar a una solicitud de extradición a fin de lograr su presencia.

Esta afirmación es completada con el reconocimiento de la prioridad de la jurisdicción del Estado en donde se cometió el crimen,⁷⁴ de forma que la jurisdicción universal estaría regida por el principio de subsidiariedad, salvo que dicho Estado territorial carezca de la voluntad o de la capacidad para la persecución del crimen.⁷⁵ También son defendidos determinados criterios de ordenación de la jurisdicción, en caso de existencia de un conflicto entre jurisdicciones de Estados en

70 INSTITUTO DE DERECHO INTERNACIONAL, "Resolución de Cracovia", Op. cit.

71 "Todo ejercicio de la jurisdicción extraterritorial, para ser válido en derecho internacional, debe basarse en al menos uno de los principios mencionados. Para determinar la validez de la jurisdicción extraterritorial en un caso determinado, puede ser aplicable más de uno de los principios mencionados, según las circunstancias". ASAMBLEA GENERAL, "Informe de la Comisión de Derecho Internacional, 58º período de sesiones", Documento de las Naciones Unidas, Suplemento N° 10 (A/61/10) Anexo E, 61º período de sesiones 2006, pp. 581-602.

72 INTERNATIONAL LAW ASSOCIATION (ILA), Op. cit.

73 INSTITUTO DE DERECHO INTERNACIONAL, "Resolución de Cracovia", Op. cit., apartado 3.b).

74 INTERNATIONAL LAW ASSOCIATION (ILA), Op. cit.

75 INSTITUTO DE DERECHO INTERNACIONAL, "Resolución de Cracovia", Op. cit., apartado 3.c).

los que concurra una relación más directa con el crimen en cuestión.⁷⁶ Por último, se sostiene la conveniencia de establecer garantías contra el posible abuso de la jurisdicción universal destinadas a proteger los derechos del acusado, ante el reconocimiento de la existencia de una “profunda preocupación de que algunos Estados puedan abusar de la jurisdicción universal para incoar juicios con motivaciones políticas”.⁷⁷ Se acoje el hecho de que, “en la medida en que se ejerza la jurisdicción universal y en que se observe que se ejerce en forma razonada, legítima y ordenada, la jurisdicción universal se hará acreedora de una mayor aceptación”.⁷⁸

Sin embargo, cuando se atiende a la *opinio iuris* de los Estados, como mucho se puede afirmar que esta favorece un principio de jurisdicción universal conectado con estos otros vínculos jurisdiccionales tradicionales,⁷⁹ sujeto a condiciones tales, que reconducen el principio a su concepción relativa o restringida, a efectos de poner fin a prácticas estatales, con frecuencia consideradas como abusivas.

Ante esta situación, a partir de los informes de la Sexta Comisión de Asuntos Jurídicos,⁸⁰ la Asamblea General de Naciones Unidas viene constatando la diversidad de opiniones de los Estados, en el sentido de que “la mejor forma de garantizar la legitimidad y credibilidad del ejercicio de la jurisdicción universal es que esta se aplique de manera responsable y sensata con arreglo al Derecho Internacional”.⁸¹ Asimismo, desde el Consejo de Europa se reconocen las dificultades para alcanzar un consenso internacional sobre la aplicación del principio de jurisdicción universal.⁸²

Al insistir en la idea, ocurre que, respecto a los más graves crímenes internacionales, son sobre todo las razones de orden político las que llevan a los Estados a reducir y limitar esta práctica, para evitar conflictos y tensiones con otros Estados que ven amenazada su soberanía cuando resultan afectados por la jurisdicción universal de tribunales estatales extranjeros. De esta forma, se contribuye a una proliferación de casos de conflictos de jurisdicción negativos más que de

76 ASAMBLEA GENERAL, Principio 8 de los de Princeton, Documento de Naciones Unidas A/56/67.

77 ASAMBLEA GENERAL, “Texto de los Principios de Princeton sobre la Jurisdicción Universal”, Op. cit.

78 Cfr. Comentarios que acompañan a los Principios de Princeton, Op. cit., pp. 20-21.

79 Vid. *supra* notas 56-58.

80 Derivados del punto 86 del Programa Alcance y aplicación del principio de la jurisdicción universal.

81 A/RES/68/117, de 16 de diciembre de 2013.

82 El 13 de junio de 2012, el Comité de ministros del Consejo de Europa aprobó una respuesta titulada “La obligación de los Estados miembros y observadores del Consejo de Europa de cooperar en el enjuiciamiento de los crímenes de guerra”, donde afirma que “varios Estados miembros del Consejo de Europa han reconocido el principio de la jurisdicción universal. Sin embargo, no hay consenso internacional sobre la definición y el alcance de ese principio [...]. Por tanto, todavía queda mucho por hacer en el ámbito de los ordenamientos jurídicos internos para garantizar la eficacia y eficiencia del ejercicio de la jurisdicción”. COMITÉ DE MINISTROS DEL CONSEJO DE EUROPA, “CM/AS (2012) Rec1953final”, Disponible en <www.coe.int> [Consulta: 13.07.2014].

conflictos positivos entre posibles jurisdicciones concurrentes.⁸³ Ello da lugar a que ni el Estado de jurisdicción territorial —la natural, por ser la del lugar de comisión del crimen— ni algún otro acometa el enjuiciamiento extraterritorial con fundamento en la jurisdicción universal, lo que incrementa los índices de impunidad, sobre cuya necesidad de eliminación no hay discrepancia.

Con todo ello, las reticencias y cautelas de los Estados en el plano teórico se han traducido, en la práctica, en una marcada oposición y fuertes presiones frente a Estados que actúan conforme a la jurisdicción universal, lo que ha influenciado cambios normativos internos reductores del principio, como ya se mencionó en el caso Bélgica, en 2003; en Suiza, en 2003; en Francia, en 2010 y, más recientemente, en el examinado caso español. Esto muestra que la jurisdicción universal es un principio frágil y amenazado porque, en el actual estadio de evolución del Derecho Internacional Penal, su alcance, contenido y sus límites aún no están consensuados.

D. El principio de jurisdicción universal a partir de la obligación de extraditar o juzgar (*aut dedere aut iudicare*)

Aunque sobrepasa los márgenes del presente estudio, estimo necesaria la mención a la asunción por los Estados de la obligación de extraditar o juzgar (*aut dedere aut iudicare*). Cuando la CDI recoge el principio de jurisdicción universal en el citado Artículo 8 del Proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad, lo hace como corolario de la obligación *aut dedere aut iudicare*, expresada en el Artículo 9 del Proyecto, en virtud de la cual se impone al Estado parte, en cuyo territorio se halle la persona que se presume ha cometido el crimen, el deber de conceder su extradición o de juzgarla.⁸⁴

Con ocasión de sus trabajos sobre “La obligación de extraditar o juzgar (*aut dedere aut iudicare*)”, la CDI considera que esta obligación y el principio de jurisdicción universal son instituciones inextricablemente vinculadas,⁸⁵ puesto que “el establecimiento de la jurisdicción es ‘un paso previo lógico’ a la aplicación de una obligación de extraditar o juzgar a un presunto infractor que se encuentre en el territorio de un Estado”.⁸⁶ En consecuencia, para la CDI, “cuando el crimen ha sido cometido presuntamente en el extranjero sin vínculo alguno con el Estado del

83 RODRÍGUEZ GARCÍA, N., “De la extensión y límites de la jurisdicción a la prevención y resolución de conflictos de jurisdicciones penales” en A. PÉREZ CEPEDA (dir.), *El principio de justicia universal: fundamento y límites*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, pp. 156-157.

84 *Vid. supra* nota 65.

85 *Cfr.* ASAMBLEA GENERAL, “Informe de la Comisión de Derecho Internacional, 63º período de sesiones”, Documento de las Naciones Unidas, Suplemento Nº 10 (A/66/10), 66º período de sesiones 2011.

86 *Cfr.* ASAMBLEA GENERAL, “Informe de la Comisión de Derecho Internacional, 65º período de sesiones”, Documento de las Naciones Unidas, Suplemento Nº 10 (A/68/10), párr. 22.

foro, la obligación de extraditar o juzgar reflejará necesariamente el ejercicio de la jurisdicción universal⁸⁷.

La fórmula obligatoria *aut dedere aut iudicare*, incluida de modo paradigmático⁸⁸ en el Artículo 5.3 de la Convención contra la tortura y otros tratos crueles, inhumanos y degradantes, de 10 de diciembre de 1984, conduce a otra fundamental línea de actuación de los Estados para poner cerco a la impunidad desde el Derecho Internacional convencional. Así, según el alcance y contenido que se otorgue a la opción alternativa de extraditar, dentro de la obligación *aut dedere aut iudicare*, resultará ampliado el deber de los Estados de perseguir al presunto autor del crimen internacional que se halle en su territorio, con el fundamento de la jurisdicción universal. En este sentido, se viene entendiendo que el nacimiento de la obligación alternativa del enjuiciamiento no exige una previa demanda de extradición y una posterior denegación de dicha extradición, sino que la obligación de juzgar surge de forma independiente y automática, de forma que solo cesa en caso de producirse la extradición.

En relación con el crimen de tortura, esta circunstancia ha sido examinada por la Corte Internacional de Justicia en su fallo de 20 de julio de 2012, dictado en la causa relativa a Cuestiones referentes a la obligación de juzgar o extraditar (Bélgica c. Senegal), donde consideró que el Artículo 7.1 de la Convención impone al Estado concernido el deber de someter el asunto a sus autoridades competentes para el ejercicio de la acción penal, independientemente de la existencia previa de una demanda de extradición contra el sospechoso. Como contrapartida, señala la Corte, si el Estado del territorio donde se encuentra el sospechoso es requerido con una demanda de extradición en los casos previstos por la Convención, puede liberarse de su obligación de enjuiciar, al dar acogida a la demanda de extradición. Resulta, entonces, que la extradición y el enjuiciamiento no constituyen dos elementos de la alternativa: la extradición es una opción ofrecida por la Convención

87 Ibid.

88 Esta obligación también se encuentra establecida en la Convención internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas, de 20 de diciembre de 2006, que ya incluye como tercera alternativa, la entrega del sospechoso a la Corte Penal Internacional. Sin embargo, no está regulada en relación con los crímenes contra la humanidad ni los crímenes de guerra que no son infracciones graves o sobre los cometidos con motivo de un conflicto armado de carácter no internacional, por lo que se considera rudimentario el régimen instituido para el crimen de genocidio en la Convención de 1948. La CDI determina que “el actual régimen convencional que regula la obligación de extraditar o juzgar presenta importantes lagunas que tal vez haya que llenar”. Cfr. Informe de la Comisión de Derecho Internacional, de 2014, en su 66º período de sesiones, en conclusión de sus trabajos iniciados en 2005 sobre el tema “La obligación de extraditar o juzgar (*aut dedere aut iudicare*)”. ASAMBLEA GENERAL, “Informe de la Comisión de Derecho Internacional, 66º período de sesiones”, Documento de las Naciones Unidas, Suplemento Nº 10 (A/69/10), 69º período de sesiones, 2014, párrs. 57-65, pp. 159-160.

al Estado, mientras el enjuiciamiento es una obligación internacional prevista por la Convención y su incumplimiento genera la responsabilidad del Estado por hecho ilícito.⁸⁹

Esta perspectiva del contenido de la obligación *aut dedere aut iudicare* abre una forma real y efectiva de abordar el ejercicio del principio de jurisdicción universal, habida cuenta de que, para acometer bajo su fundamento un enjuiciamiento, se requiere la presencia del acusado en el territorio del Estado que lo pretende. Esta presencia, por sí misma, activaría no ya un derecho, como los Estados conciben el ejercicio del principio de jurisdicción universal, sino una obligación de enjuiciamiento para el Estado en donde se encuentra el sospechoso.

Es cierto que el principio de jurisdicción universal tiene mayor amplitud que la fórmula *aut dedere aut iudicare*, puesto que, como se ha dicho, en defecto de esa presencia, constituye título suficiente 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 del Estado de nacionalidad de su presunto autor, es más que probable que rechace la extradición.⁹⁰

Estamos, en definitiva, ante placas tectónicas en plena fricción: la del Derecho Internacional asentado en las clásicas relaciones interestatales, aun modulado por los modelos de cooperación internacional y la pujante, pero frágil y débil, por momentos, del Derecho Internacional Humanitario y del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Desde el Derecho Internacional Penal ha de alcanzarse un cauce jurídico internacional de estabilidad reductor de esta fricción y que, en cuanto a las graves violaciones de los derechos humanos, desplace el concepto de soberanía estatal al de soberanía universal.

89 CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, “Questions concernant l’obligation de poursuivre ou d’extrader Belgique c. Sénégal”, arrêt, C.I.J. Recueil 2012, p. 422, párrs. 94 y 95. El voto particular del magistrado Yusuf a esta sentencia mostró categorías diferenciadas en el tratamiento dado por los tratados a la obligación y una de ellas —el caso de la Convención sobre la Tortura— es la de los tratados cuyas cláusulas imponen la obligación de someter a enjuiciamiento, con la extradición como obligación sobrevenida si el Estado no lo hace. *Vid.* voto particular a la sentencia de la CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, “Cuestiones referentes a la obligación de juzgar o extraditar (Bélgica c. Senegal)”, formulado por el magistrado Yusuf, párrs. 19 a 22.

90 Es lo que ha ocurrido en España ante la demanda de extradición presentada desde Argentina, donde el Juzgado Nacional en lo Criminal y Correccional N° 1 de la República Argentina, en la causa número 4591/2010, (*Vid. supra* nota 55), cursó el 19 de septiembre de 2013 orden internacional de detención a efectos de extradición contra el nacional español Antonio González Pacheco. La Audiencia Nacional resolvió el 24 de abril de 2014 la denegación de la extradición por extinción de la responsabilidad criminal. Esta denegación se fundamentó en que la imputación al requerido de extradición lo era por torturas, prescritas según el Código Penal español. AUDIENCIA NACIONAL, Sección Tercera de la Sala de lo Penal, Auto N° 14/2014, CENDOJ, Roj: AAN 89/2014. Id: 28079220032014200001.

V. Conclusiones

El título de la jurisdicción universal es hoy más necesario que nunca, pese al avance que ha supuesto la instauración de una justicia internacional penal permanente. Sin embargo, el voluntarismo estatal preponderante en las relaciones internacionales hace que la comunidad internacional aún no esté preparada o dispuesta para asumir en definitiva este mecanismo complementario de la jurisdicción universal en la lucha contra la impunidad, lo que lo convierte en un instrumento de extrema fragilidad, por mucho que sea demandado desde instancias internacionales y amplios sectores sociales.

La brecha de impunidad continúa y, por momentos, se abre aún más, mientras las víctimas continúan yendo de foro en foro en busca de amparo, reconocimiento, verdad, realización de responsabilidad y reparación frente a los grandes crímenes internacionales, como elementos que conforman el derecho a la justicia.

Urge cimentar consistentemente la jurisdicción universal, no solo desde el Derecho Internacional convencional, sino también desde el Derecho Internacional general. Su refuerzo puede venir desde dos vías: por un lado, su asunción práctica y su admisión generalizada desde el consenso internacional, lo que parece muy improbable a corto y mediano plazo; por otro, su restricción, de forma que su ejercicio acomodado a los escuetos mínimos admitidos en la actualidad haga disminuir los conflictos internacionales que pudieran suscitarse con su ejercicio. Esta última parece la forma más realista, si no deseada, de abordar la cuestión. Puede que, asentada la jurisdicción universal en esta vía, con el tiempo se pueda avanzar hacia la primera. Matizar y limitar el principio de jurisdicción universal es quizás la única forma de asegurar su supervivencia.

No obstante, esas limitaciones deben restringirse a las estrictas exigencias del Derecho Internacional, cuya evolución conduce a una concepción cada vez más extensa de la jurisdicción universal. Así lo muestran los más recientes instrumentos convencionales multilaterales que vienen ya instituyendo, además de una cierta obligación de jurisdicción para los Estados parte, una facultad amplia de establecimiento de esa jurisdicción, sin olvidar el principio *aut dedere aut iudicare*, que no debe ser desatendido por los Estados, en cumplimiento de la obligación general de cooperación en la lucha contra la impunidad.

La reforma legal española supone una evidente involución de la jurisdicción universal en España, que desaprovecha las oportunidades de jurisdicción facultativa que ofrece el Derecho Internacional convencional y desconoce el Derecho Internacional consuetudinario. Con ello se priva a las víctimas de los crímenes de genocidio, de guerra y de lesa humanidad, incluso si tienen nacionalidad española, de invocar el principio de jurisdicción universal que, para esta categoría de crímenes de *ius cogens*, aparece como una obligación general que incumbe a todos los Estados.

El “margen protector” de la Corte Penal Internacional

The “Protective Edge” of the International Criminal Court

“A margem protetora” da Corte Penal Internacional

Ana Elena Abello Jiménez*

Fecha de recepción: 30 de julio de 2014.

Fecha de aprobación: 27 de febrero de 2015.

Doi:

Para citar este artículo: ABELLO JIMÉNEZ, A. E., “El ‘margen protector’ de la Corte Penal Internacional”, *Anuario Iberoamericano de Derecho Internacional Penal*, Anidip, vol. 3, 2015, pp. 124-143.

Doi:

Resumen

La CPI fue creada con el fin de acabar con la impunidad y prevenir los crímenes más atroces contra la humanidad. Para desempeñar sus funciones, depende en gran medida de la cooperación de los Estados parte, lo cual la obliga a actuar con cierta prudencia, pero sin abstenerse de investigar y juzgar. Desde que Palestina reconoció la jurisdicción de la CPI, en enero de 2009, su población civil ha sufrido violencia sistemática y a gran escala en las operaciones Plomo fundido (2009), Pilar defensivo (2012) y Margen protector (2014) del Ejército israelí. En abril de 2012, la Fiscalía de la CPI decidió no abrir una investigación, porque correspondía a la Asamblea General de la ONU determinar si Palestina tenía o no la condición de Estado. Meses después, la propia Asamblea General reconoció a Palestina como Estado no miembro observador de la ONU, tras su previo reconocimiento por la Unesco y la Corte Internacional de Justicia. Con ello se despejaron los últimos obstáculos para que la CPI ejerciera su jurisdicción sobre una situación que continúa dejando miles de víctimas, pues, ¿qué sentido tiene que exista una Corte que contemple, sin inmutarse, la sucesión de delitos atroces?

Palabras clave: Palestina, Israel, Corte Penal Internacional, jurisdicción, Organización de Naciones Unidas, Artículo 12(3) Estatuto de Roma.

* Abogada, especialista en Ciencias Penales y Criminológicas, especialista en Responsabilidad y Daño Resarcible, de la Universidad Externado de Colombia. LLM en Derecho Internacional de los Derechos Humanos y Justicia Criminal, de la Universidad de Utrecht. Asesora del vicefiscal general de Colombia.

Abstract

The ICC was created with the aim of finishing impunity and preventing the most heinous crimes against humanity. To achieve its goals it largely depends on the cooperation of States parties, which requires certain prudence but by no means implies refraining from investigating and judging. Since Palestine recognized ICC jurisdiction on January 2009, its civil population has suffered systematic and large scale violence in the operations by the Israel Defense Forces Cast lead (2009), Pillar of defense (2012) and Protective edge (2014). On April 2012 the Office of the Prosecutor decided not to open investigation considering it was the UN General Assembly duty to determine if Palestine was a State or not. Months thereafter, the General Assembly recognized Palestine as a non-member observer State, following the previous recognition of the Unesco and the International Court of Justice. The last obstacles were then cleared, so the ICC may exercise its jurisdiction on a situation that, unfortunately, continues leaving thousands of victims. Otherwise, what sense does it make to have a Court that watches undeterred horrible crimes?

Keywords: Palestine, Israel, International Criminal Court, jurisdiction, United Nations, Article 12(3) Rome Statute.

Resumo

A CPI foi criada com o fim de acabar com a impunidade e prevenir os crimes mais atrozos contra a humanidade. Para realizar suas funções depende em grande medida da cooperação dos Estados parte, o qual a obriga a atuar com certa prudência, mas de nenhuma maneira a se abster de pesquisar e julgar. Desde que a Palestina reconheceu a jurisdição da CPI em janeiro de 2009, sua população civil tem sofrido violência sistemática e a grande escala nas operações do exército israelense “chumbo fundido” (2009), “pilar defensivo” (2012) e “margem protetora” (2014). Em abril de 2012 a Promotoria da CPI decidiu não abrir uma pesquisa porque correspondia à Assembleia Geral da ONU determinar se a Palestina tem ou não a condição de Estado. Meses depois, a própria Assembleia Geral reconheceu à Palestina como Estado no membro observador da ONU, seguindo seu prévio reconhecimento pela UNESCO e a Corte Internacional de Justiça. Com isto, aclararam-se os últimos obstáculos para que a CPI exerça sua jurisdição sobre uma situação que desgraçadamente continua deixando milhares de vítimas na atualidade. Do contrário, que sentido tem que exista uma Corte que contemple sem imutar-se a sucessão de delitos atrozos?

Palavras-chave: Palestina, Israel, Corte Penal Internacional, Jurisdição, Organização de Nações Unidas, Artigo 12(3) Estatuto de Roma.

I. Introducción

La operación Margen protector¹ del Ejército israelí, desarrollada entre el 8 de julio y el 26 de agosto de 2014, dejó un saldo de 2.139 palestinos asesinados en la Franja de Gaza, en su mayoría civiles, de los cuales más de 490 eran niños y niñas (4 niños palestinos fueron asesinados por cada hora que duró la operación).² Alrededor de 11.000 palestinos resultaron heridos;³ de ellos, 3.374 son niños y alrededor de 1.000 quedarán con una discapacidad permanente.⁴ Durante la operación, la planta de energía de Gaza fue derribada, por lo que los servicios de electricidad, agua y sanidad tuvieron que ser suspendidos.⁵ Además, las bombas destruyeron numerosas casas, lo que dejó 100.000 palestinos sin hogar y 540.000 desplazados.⁶ Escuelas de la ONU, que servían de refugio a miles de palestinos, fueron bombardeadas en varias ocasiones, así como decenas de facilidades médicas y mezquitas.⁷ Por su parte, casi 4.500 cohetes explosivos fueron lanzados desde Palestina a Israel; 224 cayeron en áreas residenciales de Israel y terminaron con la vida de 70 israelíes, 6 de los cuales eran civiles, uno de ellos, niño.⁸

Aunque esta horrorosa descripción suena a un acontecimiento sacado de los anales de la historia, es la narración de un conflicto vigente en pleno siglo XXI, a pesar del amplio desarrollo del Derecho Internacional de los Derechos Humanos (DIDH), el Derecho Internacional Humanitario (DIH) y el Derecho Internacional Penal (DIP). En este sentido, resulta paradójico recordar que, hace casi setenta años, la sociedad internacional afirmó la importancia de prevenir la reproducción de este tipo de situaciones, mediante la creación del Derecho Internacional Penal.⁹ Sin embargo, la mayor parte de la inversión en investigación y desarrollo mundial sigue

1 Vid. THE JERUSALEM POST, “50 Days of Israel’s Gaza Operation, Protective Edge-by the Numbers”, Disponible en <<http://www.jpost.com/Operation-Protective-Edge/50-days-of-Israelis-Gaza-operation-Protective-Edge-by-the-numbers-372574>> [Consulta: 09.11.2014].

2 Vid. YNETNEWS, “Operation Protective Edge in Numbers”, Disponible en <<http://www.ynetnews.com/articles/0,7340,L-4564678,00.html>> [Consulta: 09.11.2014].

3 Ibid.

4 UNITED NATIONS OFFICE FOR THE COORDINATION OF HUMANITARIAN AFFAIRS, “Occupied Palestinian Territory: Gaza Emergency, Situation Report (as of 4 September 2014, 08:00 hrs)”, Disponible en <http://www.ochaopt.org/documents/ocha_opt_sitrep_04_09_2014.pdf> [Consulta: 10.11.2014].

5 Vid. ICRC BLOG, “Gaza: Water in the Land of Fire”, Disponible en <<http://blogs.icrc.org/ilot/2014/07/15/gaza-water-in-the-line-of-fire/>> [Consulta: 10.11.2014].

6 *Supra* nota 3.

7 Vid. INSTITUTE FOR MIDDLE EAST UNDERSTANDING, “50 Days of Dead and Destruction: Israel’s ‘Operation Protective Edge’”, Disponible en <<http://imeu.org/article/50-days-of-death-destruction-israels-operation-protective-edge>> [Consulta: 01.02.2015].

8 *Supra* nota 3.

9 Cfr. BLEWITT, G., “The Importance of a Retributive Approach to Justice”, en D. BLUMENTHAL y T. MCCORMACK (eds.), *The Legacy of Nuremberg: Civilising Influence or Institutionalised Vengeance?*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden-Boston, 2008, p. 46.

relacionada con el uso militar.¹⁰ Hoy, a pesar de que contamos con una Corte Penal Internacional (CPI),¹¹ el conflicto palestino-israelí continúa desarrollándose con altos grados de violencia contra la población civil. Ante esta realidad, el presente ensayo analiza la función de la CPI frente al mismo.

II. La comisión de crímenes de la competencia de la CPI en el conflicto palestino-israelí: los informes Goldstone y Falk

Han sido muchas las resoluciones en las que la Asamblea General de la ONU ha llamado al cese de la ocupación¹² y la violencia, en especial contra la población civil,¹³ en el conflicto palestino-israelí. En 1968 se creó el Comité Especial para investigar las prácticas israelíes que afectaban los derechos humanos del pueblo palestino y otros habitantes árabes de los territorios ocupados.¹⁴ Años después, en 1975, se creó el Comité de la ONU para el ejercicio de los derechos inalienables del pueblo palestino¹⁵ y en 1977 la División para los derechos palestinos.¹⁶ El propio Consejo de Seguridad ha proferido más de setenta resoluciones que

- 10 Vid. OLASOLO, H., "Dignidad humana, Derecho Internacional Penal y justicia transicional", en *Estudios socio-jurídicos*, Vol. 16, Núm. 2, Bogotá, 2014, p. 7.
- 11 Para numerosos autores, el legado de Nuremberg es la CPI. Cfr. OVERY, R., "The Nuremberg Trials: International Law in the Making", en P. SANDS (ed.), *From Nuremberg to The Hague, The Future of International Criminal Justice*, Cambridge University Press, 2003, p. 9. También Cfr. CRAWFORD, J., "The Drafting of the Rome Statute", en P. SANDS (ed.), *From Nuremberg to The Hague, The future of International Criminal Justice*, Cambridge University Press, 2003, p. 112.
- 12 Por ejemplo, Vid. ASAMBLEA GENERAL, ONU, "A/RES/ES-7/1, Credentials of Representatives to the Seventh Emergency Special Session of the General Assembly", Disponible en <<http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/NL8/203/77/PDF/NL820377.pdf?OpenElement>> [Consulta: 01.08.2014]. También Vid. ASAMBLEA GENERAL, ONU, "A/RES/ES-7/6, Question of Palestine", Disponible en <http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/ES-7/6> [Consulta: 01.08.2014], también Vid. Asamblea General, ONU, "A/RES/3376 (XXX), Question of Palestine", Disponible en <<http://www.worldlii.org/int/other/UNGARsn/1975/20.pdf>> [Consulta: 01.08.2014].
- 13 Por ejemplo Vid. ASAMBLEA GENERAL, ONU, "A/RES/ES-10/16, Illegal Israeli Actions in Occupied East Jerusalem and the Rest of the Occupied Palestinian Territory", Disponible en <http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/ES-10/16> [Consulta: 01.08.2014], también Vid. ASAMBLEA GENERAL, ONU, "A/RES/ES-7/9, Question of Palestine", Disponible en <<http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/NL8/204/07/PDF/NL820407.pdf?OpenElement>> [Consulta: 01.08.2014], también Vid. ASAMBLEA GENERAL, ONU, "A/RES/ES-7/5, Question of Palestine", Disponible en <<http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/NL8/203/83/PDF/NL820383.pdf?OpenElement>> [Consulta: 01.08.2014].
- 14 ASAMBLEA GENERAL, ONU, "A/RES/2443 (XXIII), Respect for and Implementatios of Human Rights in Occupied Territories", Disponible en <[http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/2443\(XXIII\)&Lang=E&Area=RESOLUTION](http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/2443(XXIII)&Lang=E&Area=RESOLUTION)> [Consulta: 01.08.2014].
- 15 ASAMBLEA GENERAL, ONU, A/RES/3376 (XXX), Op. cit., Disponible en <<http://www.worldlii.org/int/other/UNGARsn/1975/20.pdf>> [Consulta: 01.08.2014]. Vid. ASAMBLEA GENERAL, ONU, A/RES/ES-7/1, Op. cit., Disponible en <<http://daccess-dds-ny.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/NR0/209/73/IMG/NR020973.pdf?OpenElement>> [Consulta: 01.08.2014].
- 16 ASAMBLEA GENERAL, ONU, "A/RES/32/40 (A+B), Credentials of Representatives to the Thirty-second sesión of the General Assembly", Disponible en <http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/32/40&Lang=E&Area=RESOLUTION> [Consulta: 01.08.2014].

señalan las violaciones de Israel al Derecho Internacional.¹⁷ Por su parte, la Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos de la ONU ha presentado seis informes periódicos sobre la situación de Palestina¹⁸ y desde 1993 se ha establecido un relator especial sobre la situación de derechos humanos en los territorios ocupados de Palestina.¹⁹ Hace poco, se creó una comisión para investigar las presuntas violaciones de derechos humanos y DIH ocurridas durante la operación Margen protector, desde mediados de junio de 2014.²⁰

A pesar de las acciones de la ONU, lo cierto es que ya van muchos años sin que mejore la situación en el conflicto palestino-israelí,²¹ como lo refleja la operación mencionada.²² Lamentablemente, esta no es la excepción, sino la regla general del tipo de violencia generada en dicho conflicto, como lo muestran las operaciones Plomo fundido y Pilar defensivo, llevadas a cabo por el Ejército israelí en 2009 y 2013. En la primera murieron 1.434 palestinos, 960 de los cuales eran civiles y 13 israelíes, entre los que se encontraban 3 civiles. Asimismo, hubo 5.503 palestinos

- 17 HAMMOND, J., "Rogue State: Israeli Violations of U.N. Security Council Resolutions", *Foreign Policy Journal*, Disponible en <<http://www.foreignpolicyjournal.com/2010/01/27/rogue-state-israeli-violations-of-u-n-security-council-resolutions/view-all/>> [Consulta: 01.08.2014].
- 18 CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS, ONU, "A/HRC/19/20, Report of the United Nations High Commissioner for Human Rights on the implementation of Human Rights Council resolutions S-9/1 and S-12/1", Disponible en <http://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/HRCouncil/RegularSession/Session19/A-HRC-19-20_en.pdf> [Consulta: 01.08.2014], CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS, ONU, "A/HRC/16/71", Disponible en <<http://unispal.un.org/UNISPAL.NSF/0/3697D9A1770E0CF98525784D006E-01DA>>, [Consulta: 01.08.2014], CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS, ONU, "A/HRC/13/54", Disponible en <<http://unispal.un.org/pdfs/AHRC1354.pdf>> [Consulta: 01.08.2014], CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS, ONU, "A/HRC/12/37", Disponible en <<http://unispal.un.org/UNISPAL.NSF/0/71266F-7CD47BBDEA85257615004D8635>> [Consulta: 01.08.2014], CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS, ONU, "A/HRC/22/35", Disponible en <http://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/HRCouncil/RegularSession/Session22/A.HRC.22.35_AUV.pdf> [Consulta: 01.08.2014], CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS, ONU, "A/HRC/25/40", Disponible en <<http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G14/101/77/PDF/G1410177.pdf?OpenElement>> [Consulta: 31.01.2015].
- 19 René Felber (1993-1995), Hannu Halinen (1995-1999), Giorgio Giacomelli (1999-2001), John Dugard (2001-2008), Richard Falk (2008-2014), Makarim Wibisono (2014-2020).
- 20 ASAMBLEA GENERAL, ONU, "A/HRC/RES/S-21/1, 21st Special Session of the Human Rights Council on the Human Rights Situation in the Occupied Palestinian Territory, Including East Jerusalem", Disponible en <<http://www.ohchr.org/EN/HRBodies/HRC/SpecialSessions/Session21/Pages/21stSpecialSession.aspx>> [Consulta: 31.01.2015].
- 21 La décima sesión de emergencia de la ONU constituida en 1997 refleja esta situación, al haber pasado de ser una sesión en la que se discuten asuntos urgentes, a convertirse en una conferencia intermitente para discutir asuntos del mayor interés de la comunidad internacional. *Vid.* TOMUSCHAT, C., "Introductory Note, Uniting for Peace, General Assembly Resolution 377 (V), United Nations Audiovisual Gallery of International Law", Disponible en <<http://legal.un.org/avl/ha/ufp/ufp.html>> [Consulta: 01.08.2014]. Las sesiones especiales de emergencia ocurren siempre que el Consejo de Seguridad por falta de unanimidad de sus miembros permanentes deja de cumplir su principal responsabilidad que es el mantenimiento de la paz y seguridad a pesar de haber una amenaza. Puede ser activada por el voto de los miembros permanentes del Consejo de Seguridad o por la mayoría de los miembros de la Asamblea General. *Vid.* GENERAL ASSEMBLY OF THE UNITED NATIONS, "Emergency Special Sessions", Disponible en <<http://www.un.org/en/ga/sessions/emergency.shtml>> [Consulta: 01.08.2014].
- 22 Esta operación duró 50 días y dejó más de 2.200 muertos. *Supra* nota 3.

heridos.²³ En la segunda, que duró solo una semana, murieron 174 palestinos; de ellos, 101 eran civiles (33 niños) y 1.000 resultaron heridos. Entre los israelíes, 6 civiles perdieron la vida, 4 de ellos niños y alrededor de 239 resultaron heridos.²⁴ Se destruyeron 13 instalaciones médicas y 3 hospitales fueron alcanzados por los ataques.²⁵ Fueron desplazados 2.300 palestinos.²⁶

Para nuestro análisis, resulta de particular importancia la operación Plomo fundido, pues para la época en la que ocurría, el ministro de Justicia del Gobierno de Palestina hizo una declaración escrita para reconocer la jurisdicción de la CPI en su territorio sobre los crímenes cometidos desde el 1 de julio de 2002, de conformidad con el Artículo 12(3) del Estatuto de Roma (ER).²⁷ Sobre la operación Plomo fundido se elaboró un informe, conocido como Informe Goldstone, en virtud de la misión de investigación que le fue asignada por el alto comisionado de los Derechos Humanos de la ONU.²⁸ En él se abordaron con amplitud las infracciones a las normas del DIH y del DIDH cometidas por las autoridades palestinas y, sobre todo, por las autoridades israelíes y fue claro en señalar que Israel había violado la normatividad de la Convención sobre los Derechos del Niño, la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer y, en especial, la IV Convención de Ginebra sobre la protección de la población civil en tiempos de guerra.²⁹

El Informe Goldstone no solo afirmó que las Fuerzas Armadas israelíes cometieron homicidios y torturas contra la población civil, destrucción de sus propiedades y utilización de escudos humanos —hechos todos ellos constitutivos de crímenes de guerra—, sino que, subrayó, también privaron a la población palestina de los medios básicos de subsistencia, empleo, agua, vivienda, libertad de circulación y acceso a recursos efectivos, lo que, según el propio Informe, podría dar lugar al crimen de lesa

23 CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS, ONU, “A/HRC/13/53/Rev.1, Report of the Special Rapporteur on the Situation of Human Rights in the Palestinian Territories Occupied since 1967”, párr. 3, Disponible en <<http://www.arabhumanrights.org/publications/countries/palestine/rapporteurs/a-hrc-13-53-rev1-2010e.pdf>> [Consulta: 01.08.2014].

24 CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS, ONU, “A/HRC/22/35/Add.1”, párr. 6, Disponible en <http://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/HRCouncil/RegularSession/Session22/A.HRC.22.35.Add.1_AV.pdf> [Consulta: 01.08.2014].

25 Ibid., párr. 25.

26 Ibid., párr. 31.

27 Vid. MINISTRO DE JUSTICIA DE LA AUTORIDAD PALESTINA, “Declaración reconociendo la jurisdicción de la CPI”, 21 de enero de 2009, Disponible en <<http://www.icc-cpi.int/nr/rdonlyres/74eee201-0fed-4481-95d4-c8071087102c/279777/20090122palestiniandeclaration2.pdf>> [Consulta: 01.08.2014].

28 CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS, ONU, “A/HRC/12/48, Human Rights in Palestine and Other Occupied Arab Territories, Report of the United Nations Fact-Finding Mission on The Gaza Conflict”, Disponible en <<http://www2.ohchr.org/english/bodies/hrcouncil/docs/12session/A-HRC-12-48.pdf>> [Consulta: 01.08.2014].

29 Ibid., párr. 1933 y 1934.

humanidad de persecución.³⁰ Asimismo, señaló la responsabilidad de las autoridades palestinas por fallar en la toma de medidas necesarias para proteger a la población civil de los ataques de los grupos armados que operan en su territorio.³¹

Este documento hizo una referencia explícita a la necesidad de declarar y cesar la impunidad, ya que cada vez que se publica un informe sobre la situación de la población civil y no se toma acción al respecto, se refuerza a Israel y su idea de ser intocable. La falta de responsabilidad genera impunidad y afecta la credibilidad de la ONU y de la comunidad internacional.³² El Informe también subrayó que la comunidad internacional tiene la obligación no solo de respetar, sino de asegurar el cumplimiento del DIH,³³ de la misma manera que la Corte Internacional de Justicia lo había reconocido en su opinión consultiva sobre las consecuencias legales de la construcción de un muro en el territorio ocupado de Palestina.³⁴ No obstante, la comunidad internacional ha permanecido en silencio y ha fallado en la toma de medidas para proteger a la población civil de la Franja de Gaza y en general del territorio ocupado de Palestina.³⁵ Todo ello en consideración de que, según el Informe, el sistema judicial de Israel no cumple con los estándares internacionales para investigar las graves violaciones al DIDH y al DIH, pues no ofrece la opción de un recurso pronto y efectivo ni garantiza la imparcialidad e independencia.³⁶

El Informe Goldstone concluyó afirmando que las graves violaciones ocurridas durante la operación Plomo fundido se encontraban dentro de la jurisdicción material de la CPI y que la investigación y el enjuiciamiento de los responsables podrían ayudar a poner fin a las mismas, a proteger a la población civil y a restaurar y a mantener la paz.³⁷ En consecuencia, se recomendó que la Fiscalía de la CPI respondiera a la mayor brevedad posible a la solicitud hecha por Palestina en su declaración del Artículo 12(3) del ER, para que la Fiscalía de la CPI procediera a abrir una investigación al respecto, en atención a los intereses de la paz y la justicia en la región y la rendición de cuentas a las víctimas.³⁸ Además, recomendó que los Estados parte de las Convenciones de Ginebra iniciaran indagaciones en sus tribunales nacionales, en consideración del principio de jurisdicción universal.³⁹

30 Ibid., párr. 1935 y 1936.

31 Ibid., párr. 1955.

32 Ibid., párr. 1957.

33 Ibid., párr. 1912.

34 CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, "Opinión Consultiva sobre la Construcción de un muro en el territorio ocupado de Palestina", par. 163(d), Disponible en <<http://www.icj-cij.org/docket/files/131/1671.pdf>> [Consulta: 01.08.2014].

35 *Supra* nota 29, par. 1916.

36 Ibid., párr. 1959.

37 Ibid., párr. 1966.

38 Ibid., párr. 1970.

39 Ibid., párr. 1975.

En el año 2009, el relator especial sobre la situación de derechos humanos en los territorios ocupados de Palestina, Richard Falk, presentó su primer informe, en el que se refirió a la operación Plomo fundido denunciada ante la CPI. Señaló que el uso de la fuerza por parte de Israel fue ilegal y, si se tiene en cuenta el preexistente bloqueo a Gaza, podrían haberse cometido crímenes de guerra y de lesa humanidad, por lo que recomendó investigar a fondo para encontrar a los responsables y sugirió como opción la remisión del Consejo de Seguridad de la ONU a la CPI.⁴⁰ Este texto no pudo ser elaborado como parte de la misión de observación, pues el relator especial fue detenido y expulsado de Israel durante su visita en 2008.⁴¹ Falk presentó múltiples informes durante su mandato y en ninguno de ellos contó con la cooperación de Israel.⁴²

En 2010, Falk reafirmó los hallazgos del Informe Goldstone y pidió que se llevaran a cabo sus recomendaciones, a pesar de las críticas de Israel y la autoridad palestina.⁴³ En informes posteriores reiteró la inminente necesidad de seguir las recomendaciones de Goldstone e incluso sugirió apoyar la campaña de boicot a Israel como mecanismo para lograr el respeto de los derechos humanos del pueblo palestino.⁴⁴

En 2012, Falk presentó un informe sobre la operación militar Pilar defensivo, en el que insistió en la terrible condición de la población civil palestina debido al ataque israelí, al bloqueo de Gaza y a la ocupación de los territorios que se ha prolongado por casi medio siglo.⁴⁵

En enero de 2014 entregó su último informe; en primer lugar, señaló que, después del reconocimiento de Palestina como Estado observador no miembro de la Asamblea General de la ONU, lo correcto era dejar de referirse a ella como “los territorios

40 CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS, ONU, “A/HRC/10/20, Report of the Special Rapporteur on the Situation of Human Rights in the Palestinian Territories Occupied since 1967”, Disponible en <<http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G09/122/19/PDF/G0912219.pdf?OpenElement>> [Consulta: 01.01.2015].

41 Ibid., párr. 1.

42 Vid. CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS, ONU, “A/HRC/16/72, Report of the Special Rapporteur on the Situation of Human Rights in the Palestinian Territories Occupied since 1967”, Disponible en <<http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G11/101/90/PDF/G1110190.pdf?OpenElement>> [Consulta: 01.01.2015]; ASAMBLEA GENERAL, ONU, “A/66/358”, Disponible en <<http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N11/495/52/PDF/N1149552.pdf?OpenElement>> [Consulta: 01.01.2015]; CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS, ONU, “A/HRC/20/32”, Disponible en <<http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G12/136/56/PDF/G1213656.pdf?OpenElement>> [Consulta: 01.01.2015]; ASAMBLEA GENERAL, ONU, “A/67/379”, Disponible en <<http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N12/515/86/PDF/N1251586.pdf?OpenElement>> [Consulta: 01.01.2015].

43 *Supra* nota 24, párr. 14.

44 ASAMBLEA GENERAL, ONU, “A/65/331, “Situation of Human Rights in the Palestinian Territories Occupied since 1967”, Disponible en <<http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N10/498/94/PDF/N1049894.pdf?OpenElement>> [Consulta: 01.01.2015].

45 CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS, ONU, “A/HRC/23/21, Report of the Special Rapporteur on the Situation of Human Rights in the Palestinian Territories Occupied since 1967”, Disponible en <http://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/HRCouncil/RegularSession/Session23/A-HRC-23%20-21_en.pdf> [Consulta: 01.01.2015].

ocupados de Palestina”, porque esta denominación pareciera legitimar la ocupación ilegal a la que ha sido sometida durante 45 años y encaja con los aparentes fines colonialistas y de limpieza étnica de Israel.⁴⁶ Afirmó que esta aceptación por parte de la ONU abre las puertas a Palestina para admitir la jurisdicción de la CPI, con el fin de que se investiguen los actos cometidos en su territorio desde 2009, en virtud de las más de 400 comunicaciones recibidas por la Fiscalía de la CPI.⁴⁷

En este informe indicó que, durante los seis años de su mandato, la Franja de Gaza soportó dos operaciones militares —Plomo fundido, en 2009 y Pilar defensivo, en 2012—, unido al bloqueo ilegal de Israel desde mediados de 2007, lo cual ha sido devastador para la población civil.⁴⁸ Por esta razón, las recomendaciones no solo van dirigidas a la ONU, sino también a la comunidad internacional, que debe investigar las actividades financieras de las empresas de sus países que se benefician de la ocupación israelí en Palestina e imponer las sanciones respectivas, como la prohibición de importaciones de productos obtenidos en los asentamientos israelíes.⁴⁹

El relator especial actual, Makarim Wibisono, ofreció su primer informe en agosto de 2014, en el que manifestó su preocupación por las graves violaciones a derechos humanos ocurridas durante la operación Margen protector⁵⁰ y se comprometió a colaborar en la atribución de responsabilidad por estas violaciones y en la prevención de su repetición.⁵¹

III. Naturaleza jurídica y alcance de las declaraciones del Artículo 12(3) del Estatuto de Roma

El 22 de enero de 2009, el Gobierno de Palestina presentó su declaración, de conformidad con el Artículo 12(3) ER, en virtud de la cual el fiscal de la CPI decidió iniciar un examen preliminar.⁵² Esta declaración reconoció a la CPI la jurisdicción para investigar todos los crímenes ocurridos en el territorio de Palestina desde el 1 de julio de 2002.

46 CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS, ONU, “A/HRC/25/67, Report of the Special Rapporteur on the Situation of Human Rights in the Palestinian Territories Occupied since 1967”, párr. 4, Disponible en <<http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G14/101/98/PDF/G1410198.pdf?OpenElement>> [Consulta: 01.01.2015].

47 Ibid., párr. 80.

48 Ibid., párr. 8, 9 y 48.

49 Ibid., párr. 81(d),(e).

50 ASAMBLEA GENERAL ONU, “A/69/301, Report of the Special Rapporteur on the Situation of Human Rights in the Palestinian Territories Occupied since 1967”, pars. 20 a 23, Disponible en <<http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N14/501/90/PDF/N1450190.pdf?OpenElement>> [Consulta: 31.01.2015].

51 Ibid., párr. 24.

52 *Supra* nota 28.

El Artículo 12(3) del ER permite a un Estado no parte aceptar la jurisdicción de la CPI sobre una determinada situación que haya surgido en su territorio desde el 1 de julio de 2002. Esta posibilidad también está abierta a Estados parte con respecto a situaciones producidas en su territorio o en la que hayan intervenido sus nacionales luego del 1 de julio de 2002 y con anterioridad a la fecha de entrada en vigor del Estatuto de Roma para el Estado del que se trate.⁵³

En consecuencia, el Estado que emite una declaración del Artículo 12(3) del ER establece el marco temporal para el que atribuye jurisdicción a la Corte, con el único límite de que la situación se hubiera producido después de la entrada en vigor del ER, el 1 de julio de 2002. En el caso de Palestina, esto significa que la atribución de jurisdicción a la CPI bien podría entenderse desde el 1 de julio de 2002, que es la fecha indicada en su declaración, hacia el futuro, pues no recoge una fecha límite. Así ocurrió con la primera declaración presentada por Costa de Marfil que, sin ser parte del Estatuto, aceptó el 18 de abril de 2003 la jurisdicción de la CPI por los crímenes cometidos dentro de su territorio desde el 19 de septiembre de 2002.⁵⁴ El 14 de diciembre de 2010 y el 3 de mayo de 2011, la Presidencia de Costa de Marfil confirmó la atribución de jurisdicción a la CPI desde el 19 de septiembre de 2002.⁵⁵

Diferente fue lo ocurrido con la declaración de Ucrania, en la que estableció un marco temporal específico y cerró, en principio, la posibilidad de que la CPI conociera de acontecimientos ocurridos antes del 21 de noviembre de 2013 y después del 22 de febrero de 2014.⁵⁶

La declaración del Artículo 12(3) no activa *per se* la jurisdicción de la CPI. Por el contrario, ese Artículo⁵⁷ se refiere a las condiciones previas para el ejercicio de la competencia y el Artículo 13 del ER⁵⁸ establece taxativamente los casos en los que la CPI podrá ejercer su competencia.⁵⁹ Estos son: la remisión de un Estado parte, la

53 Estatuto de Roma de 1998, Artículo 11, Disponible en <[http://legal.un.org/icc/statute/spanish/rome_statute\(s\).pdf](http://legal.un.org/icc/statute/spanish/rome_statute(s).pdf)> [Consulta: 01.08.2014].

54 MINISTRO DE ESTADO Y ASUNTOS INTERNACIONALES DE COSTA DE MARFIL, "Declaración aceptando la jurisdicción de la CPI". Disponible en <<http://www.icc-cpi.int/NR/rdonlyres/FF9939C2-8E97-4463-934C-BC8F351BA013/279779/ICDE1.pdf>> [Consulta: 01.08.2014].

55 PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA DE COSTA DE MARFIL, "Declaración confirmando la aceptación de la jurisdicción de la CPI", Disponible en <<http://www.icc-cpi.int/NR/rdonlyres/498E8FEB-7A72-4005-A209-C14BA374804F/0/ReconCPI.pdf>> [Consulta: 31.01.2015].

56 EMBAJADA DE UCRANIA, "Declaración aceptando la jurisdicción de la CPI", Disponible en <http://www.icc-cpi.int/en_menus/icc/press%20and%20media/press%20releases/Documents/997/declarationRecognitionJurisdiction09-04-2014.pdf> [Consulta: 01.08.2014].

57 *Supra* nota 55, art. 12.

58 *Ibid.*, art. 13.

59 INTERNATIONAL CRIMINAL COURT, "Pre-Trial Chamber I, Decision on the Corrigendum of the Challenge to the Jurisdiction of the International Criminal Court on the Basis of Articles 12(3), 19(2), 21(3), 55 and 59 of the Rome Statute Filed by the Defence for President Gbagbo (ICC-02/11-01/11-129)", 15 august 2012, párr. 57, Disponible en <<http://www.icc-cpi.int/iccdocs/doc/doc1454492.pdf>> [Consulta: 09.11.2014].

remisión del Consejo de Seguridad de la ONU o la decisión del fiscal. Al no estar contemplada de manera expresa la declaración de un Estado no parte como uno de los mecanismos que activan la jurisdicción de la CPI, debe interpretarse que, en estos casos, será necesario que el fiscal decida investigar *motu proprio*.

El Artículo 15 del ER⁶⁰ regula la facultad del fiscal de abrir una investigación cuando no existe remisión del Estado parte ni del Consejo de Seguridad de la ONU y es el único supuesto en el que se requiere la autorización de la Sala de Cuestiones Preliminares (SCP). De tal manera, el procedimiento para los Estados parte que remiten una situación a la CPI es más expedito, porque el fiscal puede abrir la investigación de modo autónomo.

Si tenemos en cuenta la regla 44 de las Reglas de Procedimiento y Prueba (RPP) de la CPI, que señala que a solicitud del fiscal, el secretario podrá preguntar a un Estado no parte si tiene intenciones de hacer la declaración del Artículo 12(3) del ER, podremos entender que esta disposición ha sido contemplada en el Estatuto de Roma para que la CPI cumpla efectivamente con su propósito de poner fin a la impunidad de los crímenes más graves que azotan a la humanidad, cuando la Fiscalía se ha percatado de la comisión de crímenes establecidos en el Artículo 5 del ER, pero el Estado territorial y el de nacionalidad de los presuntos responsables no son parte del ER.⁶¹

En lo que lleva la CPI ha habido tres declaraciones del Artículo 12(3), por Costa de Marfil, Palestina y Ucrania. En todas ellas, la Fiscalía ha iniciado un examen preliminar, en aplicación de sus criterios de política criminal.⁶² Algunos autores consideran que la sola declaración del Artículo 12(3) ER no obliga a la Fiscalía a iniciar un examen preliminar, ya que no es uno de los mecanismos que activa la jurisdicción de la CPI.⁶³ No obstante, si bien es cierto que la Fiscalía actúa *motu proprio* en estos eventos, su política sobre exámenes preliminares establece que en las declaraciones del Artículo 12(3) la Fiscalía abrirá un examen preliminar sobre la situación, pero esto no genera una obligación automática de iniciar una investigación.⁶⁴

60 *Supra* nota 55, art. 15.

61 *Vid.* STAHN, C., EL ZEYDI, M., y OLASOLO, H., "The International Criminal Court's *Ad Hoc* Jurisdiction Revisited", en *American Journal of International Law*, American Society of International Law, Vol. 99, Núm. 2, 2005, p. 421.

62 OFFICE OF THE PROSECUTOR, "Policy Paper on Preliminary Examinations", November 2013, Disponible en <http://www.icc-cpi.int/en_menus/icc/press%20and%20media/press%20releases/Documents/OTP%20Preliminary%20Examinations/OTP%20-%20Policy%20Paper%20Preliminary%20Examinations%202013.pdf> [Consulta: 08.11.2014].

63 *Supra* nota 62, p. 3.

64 *Supra* nota 63, párr. 76.

De las tres situaciones mencionadas, la única en la que la Fiscalía ha solicitado a la Sala de Cuestiones Preliminares la autorización para iniciar una investigación es la de Costa de Marfil. Dicha solicitud fue presentada el 23 de junio de 2011 y en ella definía el marco temporal de la situación que se deseaba investigar: la violencia poselectoral ocurrida desde el 28 de noviembre de 2010.⁶⁵ En su decisión de 3 de octubre de 2011, la SCP III consideró que, de acuerdo con los precedentes en la CPI,⁶⁶ si se trata de crímenes continuados que corresponden al mismo contexto, se pueden incluir a pesar de haber ocurrido con posterioridad a la solicitud de apertura de investigación de la Fiscalía, como en este caso.⁶⁷

En cuanto a delitos cometidos con anterioridad al 28 de noviembre de 2010, la SCP III expresó que la Fiscalía debía ofrecer más detalles para determinar si procedía la autorización.⁶⁸ Esta información fue presentada un mes después y, con base en ella, el 22 de febrero de 2012 la SCP III decidió extender el marco temporal, al aducir que, a pesar de que los índices de violencia entre el 19 de septiembre de 2002 y el 28 de noviembre de 2010 tuvieron distintas intensidades en diversas zonas y tiempos, debía tratarse como una sola situación, porque todo es parte de una sola disputa política prolongada.⁶⁹

Esta decisión fue controvertida por la defensa de Laurent Gbagbo e indicó que la declaración inicial presentada por Costa de Marfil el 18 de abril de 2003 solo hacía referencia a los hechos ocurridos el 19 de septiembre de 2002, en el contexto del fallido golpe de Estado. Sin embargo, la SCP III señaló que la regla 44 RPP advierte que la declaración supone la aceptación de la jurisdicción de la CPI sobre los delitos del Artículo 5 ER relevantes en la situación. Esto significa que la declaración no puede ser usada como una herramienta política, por lo que la Corte verificará que el marco temporal contenga los hechos objetivos relacionados con la misma situación.⁷⁰

65 INTERNATIONAL CRIMINAL COURT, "Pre-Trial Chamber III, Decision Pursuant to Article 15 of the Rome Statute on the Authorization of an Investigation into the Situation in the Republic of Côte d'Ivoire", 3 oct 2011. Disponible en <<http://www.icc-cpi.int/iccdocs/doc/doc1240553.pdf>> [Consulta: 09.11.2014].

66 Vid. INTERNATIONAL CRIMINAL COURT, "Pre-Trial Chamber II, Decision Pursuant to Article 15 of the Rome Statute on the Authorization of an Investigation into the Situation in the Republic of Kenya", 31 mar 2010, par. 206. Disponible en <<http://www.icc-cpi.int/iccdocs/doc/doc854562.pdf>> [consulta: 09.11.2014]. También Vid. INTERNATIONAL CRIMINAL COURT, "Pre-Trial Chamber I, Decision on the Prosecutor's Application for a Warrant of Arrest against Callixte Mbarushimana, 28 sept 2010, par. 6", Disponible en <<http://www.icclamberg.com/Caselaw/DRC/Mbarushimana/PTCI/1.pdf>> [Consulta: 09.11.2014].

67 *Supra* nota 66, párr. 184, 185 y 213.

68 *Ibid.*

69 INTERNATIONAL CRIMINAL COURT, "Pre-Trial Chamber III, Decision on the "Prosecutor's Provision of further Information Regarding Potentially Relevant Crimes Committed between 2002 and 2010", 22 feb 2012, pars. 36 a 38. Disponible en <<http://www.icc-cpi.int/iccdocs/doc/doc1341467.pdf>> [Consulta: 09.11.2014].

70 *Supra* nota 63, párrs. 59 y 60.

La Sala de Apelaciones confirmó esta decisión y manifestó que no puede asimilarse la declaración del Artículo 12(3) del ER a la remisión de una situación por un Estado. En la declaración, salvo que se estipule expresamente, la aceptación de jurisdicción no se limita a una situación o eventos específicos⁷¹ y puede interpretarse que incluye crímenes aún no cometidos,⁷² entre otras cosas, en virtud de la función preventiva de la CPI.⁷³

En suma, si bien la declaración del Artículo 12(3) genera el inicio de un examen preliminar, cuando la Fiscalía desea abrir una investigación debe solicitar la autorización de la Sala de Cuestiones Preliminares. El Estado declarante será, en principio, el que marque la pauta sobre el marco temporal y la situación, pero no podrá utilizarla como un instrumento político. En consecuencia, cuando se trate de declaraciones que no contienen una fecha de cierre del marco temporal, como en el caso de Costa de Marfil y Palestina, la declaración se interpretará con amplitud y de conformidad con las evidencias objetivas para investigar todos los delitos cometidos en el contexto de la situación de la que se trate.

IV. La decisión de la Fiscalía de la CPI de cerrar el examen preliminar sobre la situación en Palestina

A pesar de la recomendación del Informe Goldstone y de haber recibido más de cuatrocientas comunicaciones sobre los presuntos crímenes cometidos en Palestina bajo su jurisdicción,⁷⁴ la Fiscalía de la CPI se demoró más de tres años en decidir sobre la apertura o no de una investigación. Para entonces, Palestina había sido reconocida como Estado por más de 130 países en sus relaciones bilaterales, así como por algunas organizaciones internacionales, incluidas ciertas agencias especializadas de la ONU, como la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (Unesco).⁷⁵ Asimismo, la Corte Internacional de Justicia había invitado al Gobierno palestino a presentar sus observaciones en el marco de las

71 INTERNATIONAL CRIMINAL COURT, "Appeals Chamber, Judgment on the Appeal of Mr. Laurent Kouddou Gbagbo against the Decision of Pre-Trial Chamber I on Jurisdiction and Stay of the Proceedings", 12 dec 2012, pars. 1 y 81, Disponible en <<http://www.icc-cpi.int/iccdocs/doc/doc1526463.pdf>> [Consulta: 09.11.2014].

72 Ibid., párr. 80.

73 Ibid., párr. 83.

74 OFFICE OF THE PROSECUTOR, "Preliminary Examination: Closed decision not to proceed, Palestine", Disponible en http://www.icc-cpi.int/en_menus/icc/structure%20of%20the%20court/office%20of%20the%20prosecutor/comm%20and%20ref/pe-cdnp/palestine/Pages/palestine.aspx [Consulta: 08.11.2014].

75 OFFICE OF THE PROSECUTOR, "International Criminal Court, Situation in Palestine", Disponible en <<http://www.icc-cpi.int/NR/rdonlyres/C6162BBF-FEB9-4FAF-AFA9-836106D2694A/284387/Situation-in-Palestine030412ENG.pdf>> [Consulta: 01.08.2014]. Vid. CENTRO DE NOTICIAS ONU, "Unesco admite a Palestina como Estado miembro", Disponible en <<http://www.un.org/spanish/News/story.asp?newsID=22130#U9RS9vl5OSo>> [Consulta: 01.08.2014].

actuaciones relativas a su opinión consultiva sobre la construcción de un muro en el territorio ocupado de Palestina, lo que, según el Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, está reservado a Estados y organizaciones internacionales.⁷⁶

Aunque los elementos mencionados parecían apuntar a la consideración de Palestina como un “Estado”, para considerar válida su declaración de reconocimiento de la competencia de la CPI conforme al Artículo 12(3) del ER, lo cierto es que el entonces fiscal de la CPI, Luis Moreno Ocampo, decidió declararse incompetente para reconocer a Palestina como un Estado, porque esto le correspondía a la Asamblea General de la ONU.⁷⁷

Con ello se perdió una oportunidad histórica para hacer primar los principios del Derecho Internacional, en particular el principio de humanidad, que propende por el respeto de la persona humana en todas las circunstancias y en todo momento.⁷⁸ En nuestra opinión, la ausencia de una decisión concreta por parte de la Asamblea General no impedía que se pudiera asumir que Palestina reuniera todas las condiciones para ser reconocida como Estado para los efectos del Estatuto de Roma.⁷⁹

Ya que la CPI tiene la facultad de determinar los límites de su propia jurisdicción y competencia,⁸⁰ la Fiscalía ha debido interpretar el término “Estado” de modo que permitiera al tratado cumplir con sus objetivos,⁸¹ en particular el de impedir que los crímenes más graves que afectan a la comunidad internacional queden impunes y se prevenga la comisión de otros.⁸² El alto número de Gobiernos que, para la fecha, habían aceptado a Palestina como Estado, así como el reconocimiento, implícito o explícito, por la Unesco y la propia Corte Internacional de Justicia, constituían, sin duda, una poderosa razón para interpretar el Artículo 12(3) del ER en este sentido. Además, la práctica de las organizaciones internacionales ha interpretado el concepto de Estado en su sentido amplio, incluidos los cuasiestados, por ejemplo, las

76 CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, Estatuto de 1945, art. 66, Disponible en <<http://www.icj-cij.org/homepage/sp/icjstatute.php>> [Consulta: 01.08.2014].

77 *Supra* nota 76.

78 CANÇADO, A., *International Law for Humankind: Towards a New Jus Gentium*, Vol. 6, Martinus Nijhoff Publishers, Boston, 2010, pp. 59, 63, 148, 276.

79 ORGANIZACIÓN DE ESTADOS AMERICANOS, “Convención de Montevideo de 1933, art. 1”, Disponible en <<http://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/a-40.html>> [Consulta: 01.08.2014]. Estos criterios, por sí solos, otorgan la calidad de Estado sin que sea necesario el reconocimiento de otros Estados u organizaciones, pues de hacerlo, sería una situación que viene dada de hecho. *Vid.* BENOLIEL, D., y PERRY, R., “Israel, Palestine and the ICC”, en *Michigan Journal of International Law*, Vol. 32, Núm. 1, 2010, pp. 73-127.

80 *Supra* nota 55.

81 ORGANIZACIÓN DE NACIONES UNIDAS, “Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969, art. 31(1)”, Disponible en <<http://www.derechos.org/nizkor/ley/viena.html>> [Consulta: 01.08.2014].

82 *Cfr.* OFFICE OF THE PROSECUTOR, “International Criminal Court, Situation in Palestine, Summary of Submissions on whether the Declaration Lodged by the Palestinian National Authority Meets Statutory Requirements”, par. 23, Disponible en <<http://www.icc-cpi.int/NR/rdonlyres/553F5F08-2A84-43E9-8197-6211B5636FEA/282852/PALESTINEFINAL201010272.pdf>> [Consulta: 01.08.2014].

Islas Cook, que suscribieron el Estatuto de Roma⁸³ a pesar de no tener la calidad de Estado miembro de la ONU.⁸⁴

En última instancia, la Fiscalía de la CPI también hubiera podido llevar el asunto a la Asamblea de los Estados parte de la CPI.⁸⁵ Esto habría permitido a los propios Estados parte pronunciarse sobre el reconocimiento a Palestina de la condición de Estado para los efectos del Estatuto de Roma.

V. La situación posterior al cierre del examen preliminar sobre la situación en Palestina

El 29 de noviembre de 2012, apenas medio año después de la decisión de la Fiscalía de la CPI de cerrar el examen preliminar sobre la situación en Palestina, la Asamblea General lo reconoció como un Estado no miembro observador de la ONU.⁸⁶ Antes de esta Resolución, Palestina había sido admitido como observador, aunque no en la calidad de Estado.⁸⁷

Esto ha representado un avance significativo; sin embargo, sigue pendiente la decisión del Consejo de Seguridad sobre la solicitud de Palestina acerca de ser reconocido como Estado parte de la ONU.⁸⁸ Al ser Estados Unidos aliado estratégico de Israel y miembro permanente del Consejo de Seguridad, es muy probable que su voto sea negativo, como de hecho ha ocurrido cuando la ONU reconoció a Palestina como Estado no miembro observador o cuando la Unesco afirmó la condición de Estado de Palestina. En este último caso, Estados Unidos amenazó

83 Las Islas Cook depositaron el instrumento de adhesión el 18 de julio de 2008. *Vid.* CORTE PENAL INTERNACIONAL, “Assembly of the States Parties, State Parties to the Rome Statute, Asia-Pacific States, Cook Islands”, Disponible en <http://www.icc-cpi.int/en_menus/asp/states%20parties/asian%20states/Pages/cook%20islands.aspx> [Consulta: 19.07.2015].

84 WORSTER, W., “The Exercise of Jurisdiction by the International Criminal Court over Palestine”, en *American University International Law Review*, Vol. 26, Núm. 5, 2012, pp. 1153-1207.

85 *Supra* nota 55, art. 112(2)(g): La Asamblea de Estados Parte “desempeñará las demás funciones que procedan en virtud del presente Estatuto y las Reglas de Procedimiento y Prueba”.

86 ORGANIZACIÓN DE NACIONES UNIDAS, ASAMBLEA GENERAL, “A/RES/67/19”, Disponible en <http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/67/19> [Consulta: 01.08.2014].

87 En 1974, la Resolución 3237 XXIX de la ONU reconoció a la Organización para la Liberación de Palestina (OLP) como observador. En 1988, la Resolución 43/177 de la ONU reconoció la proclamación del Estado Palestino y modificó la denominación ante la ONU, de OLP a Palestina y mantuvo su calidad de observador. ORGANIZACIÓN DE NACIONES UNIDAS, ASAMBLEA GENERAL, “A/RES/43/”, Disponible en <<http://www.cinu.org.mx/biblioteca/documentos/palestina/ares43177.pdf>> [Consulta: 01.08.2014]. Sobre la evolución de Palestina en la ONU, *Vid.* EDEN, P., “Palestinian Statehood: Trapped between Rhetoric and Realpolitik”, en *International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 62, Núm. 1, 2013, pp. 225-239.

88 Palestina solicitó ser miembro de la ONU el 23 de septiembre de 2011. CENTRO DE NOTICIAS ONU, “Autoridad Palestina entrega solicitud de ingreso a la ONU como Estado”, Disponible en <http://www.un.org/spanish/News/story.asp?NewsID=21855#.U9uyd_m9YXs> [Consulta: 01.08.2014].

con retirarse de la Organización y puso fin a su respaldo económico, lo que disminuyó el presupuesto de la Unesco en un 22%.⁸⁹

A pesar de estas dificultades, el reconocimiento por la Asamblea General de la condición de Estado no miembro observador de Palestina eliminó la premisa sobre la que la Fiscalía de la CPI basó su decisión de cerrar el examen preliminar. En consecuencia, ante este substancial cambio de circunstancias, pensamos que la Fiscalía no solo tenía la capacidad, sino también la obligación de reabrir su examen preliminar de la situación en Palestina y luego proceder a su investigación.

El Estatuto de Roma no distingue entre clases de Estados para reconocer la jurisdicción de la CPI conforme al Artículo 12(3) del ER o de ratificar el Estatuto de Roma. Por lo tanto, el mero reconocimiento de Palestina como Estado por la Asamblea General debería ser suficiente para que Palestina pudiera ejecutar cualquiera de estas dos acciones, puesto que no es necesario que sea aceptada por el Consejo de Seguridad como Estado miembro de la ONU.

Esta nueva situación no pasó inadvertida para un atento observador como Richard Falk, quien en el informe final de su relatoría, en enero de 2014, reafirmó las graves violaciones al DIH y los DH cometidas en el conflicto palestino-israelí y subrayó que, con su reconocimiento como Estado no miembro de la ONU, Palestina se encuentra, ahora sí, en condiciones de admitir la jurisdicción de la CPI.⁹⁰

Entendemos que la Fiscalía de la CPI podría haberse basado en el reconocimiento de jurisdicción presentado el 21 de enero de 2009 para reiniciar su examen preliminar. No solo no existía impedimento formal que lo prohibiera, pues dicha declaración continuaba vigente mientras Palestina no emitiera una declaración que indicara lo contrario,⁹¹ sino que esta interpretación venía avalada por el alto

89 De hecho, desde 2012, Estados Unidos aprobó una ley federal que impide dar recursos a la ONU o a cualquiera de sus agencias especializadas que reconozca la categoría de Estado a Palestina. THE WASHINGTON POST, "Unesco Votes to Admit Palestine; U. S. Cuts off Funding", Disponible en <http://www.washingtonpost.com/world/national-security/unesco-votes-to-admit-palestine-over-us-objections/2011/10/31/gIQAmlYZM_story.html> [Consulta: 01.08.2014]. En noviembre de 2013 venció el plazo para pagar y, al no hacerlo, Estados Unidos perdió su derecho al voto en la Unesco; lo mismo ocurrió con Israel. THE GUARDIAN, "US Loses Unesco Rights after Stopping Funds over Palestine Decision", Disponible en <<http://www.theguardian.com/world/2013/nov/08/us-unesco-voting-funds-palestine-decision>> [Consulta: 01.08.2014].

90 *Supra* nota 48, párr. 80.

91 Costa de Marfil presentó un escrito el 14 de diciembre de 2010 que confirma la declaración hecha el 18 de abril de 2003 en la que aceptó la jurisdicción de la CPI. Esta es una declaración voluntaria, de acuerdo con el cambio de Gobierno en el país, pero de ninguna manera necesaria para asegurar la vigencia de la primera declaración. *Vid. Supra* nota 56. El 4 de mayo de 2011, el mismo presidente envió una carta a la CPI para solicitar que investigara los crímenes ocurridos en todo el territorio desde el 28 de noviembre de 2010. *Vid.* CORTE PENAL INTERNACIONAL, "OTP Weekly Briefing, 11-16 May, issue no. 87", Disponible en <http://www.icc-cpi.int/NR/rdonlyres/3836B9AF-B0DC-4F94-A4A8-4115E95AE76E/283329/OTPWeeklyBriefing_1116May201187.pdf> [Consulta: 09.11.2014]. La Sala confirmó que, desde el punto de vista legal, estas declaraciones son innecesarias, pero de todos modos evidencian la voluntad de Costa de Marfil de aceptar la jurisdicción de la CPI. *Vid. Supra* nota 50, párr. 66.

número de comunicaciones recibidas por la Fiscalía de la CPI sobre los crímenes de guerra y de lesa humanidad cometidos en Palestina.

La Fiscalía de la CPI no compartió este argumento, ya que consideró que la resolución de la Asamblea General que reconoce a Palestina como Estado en 2012 no saneó la invalidez de la declaración del Artículo 12(3) del ER presentada con anterioridad por Palestina en el año de 2009.⁹² En consecuencia, la Fiscalía consideró en ese momento que no había una base legal para iniciar un nuevo examen preliminar.⁹³

Además, es importante recordar que, aun cuando Israel no es parte del Estatuto de Roma,⁹⁴ se encontraba en examen preliminar la situación generada por su ataque en aguas internacionales contra las naves de ayuda humanitaria enviadas a Gaza que navegaban bajo pabellón de diferentes Estados parte del Estatuto de Roma, como Comoros,⁹⁵ Grecia y Camboya.⁹⁶ El 6 de noviembre de 2014, la fiscal de la CPI anunció el cierre del examen preliminar y expresó que, aunque se cometieron crímenes bajo la jurisdicción de la CPI, en particular crímenes de guerra en el marco de un conflicto armado internacional, estos no representaban la suficiente gravedad para abrir investigación.⁹⁷ Creemos que el umbral de la gravedad es necesario, pero otra vez se perdió una importante oportunidad para investigar la situación, porque la destrucción de las flotillas ha debido analizarse en el contexto del conflicto armado internacional palestino-israelí y no como un hecho aislado en el que murieron diez personas.

En todo caso, la propia Fiscalía ha reconocido que las comunicaciones consideradas fuera de la jurisdicción de la CPI pueden ser revisadas a la luz de nueva

92 *Supra* nota 66.

93 *Ibid.*, párr. 239.

94 Israel firmó el Estatuto de Roma el 31 de diciembre de 2000, pero el 28 de agosto de 2002 manifestó por escrito su deseo de no convertirse en un Estado parte. *Vid.* GENEVA ACADEMY OF INTERNATIONAL HUMANITARIAN LAW AND HUMAN RIGHTS, "Rule of Law in Armed Conflict Projects, Israel", Disponible en <http://www.geneva-academy.ch/RULAC/international_treaties.php?id_state=113> [Consulta: 10.11.2014].

95 CORTE PENAL INTERNACIONAL, "Comoros remitió la situación a la CPI", Disponible en <<http://www.icc-cpi.int/iccdocs/otp/Referral-from-Comoros.pdf>> [Consulta: 01.08.2014].

96 Comoros ratificó el ER el 18 de agosto de 2006, Camboya lo hizo el 11 de abril de 2002 y Grecia, el 15 de mayo de 2002. CORTE PENAL INTERNACIONAL, "Report on Preliminary Examination Activities 2013", Disponible en <http://www.icc-cpi.int/en_menus/icc/press%20and%20media/press%20releases/Documents/OTP%20Preliminary%20Examinations/OTP%20-%20Report%20%20Preliminary%20Examination%20Activities%202013.PDF> [Consulta: 08.11.2014].

97 CORTE PENAL INTERNACIONAL, "Statement of the Prosecutor of the International Criminal Court, Fatou Bensouda, on Concluding the Preliminary Examination of the Situation Referred by the Union of Comoros: Rome Statute Legal Requirements have not been met", Disponible en <http://www.icc-cpi.int/en_menus/icc/structure%20of%20the%20court/offce%20of%20the%20prosecutor/reports%20and%20statements/statement/Pages/otp-statement-06-11-2014.aspx> [Consulta: 19.07.2015].

información o circunstancia, aun aquella que afecte a su propia jurisdicción.⁹⁸ Por esta razón, el Gobierno de Palestina, de conformidad con el Artículo 12(3) del ER, presentó el 1 de enero de 2015, una nueva declaración que acepta la jurisdicción de la CPI sobre los crímenes cometidos en el territorio ocupado de Palestina y Jerusalén desde el 13 de junio de 2014, durante la operación Margen protector. Al tener en cuenta que además decidió acceder al ER el 2 de enero de 2015, la Fiscalía de la CPI optó por abrir examen preliminar el 16 de enero de 2015, al considerar que Palestina ha sido reconocida como Estado, independientemente de que solo sea observador y no miembro de la ONU. Se superó la razón por la cual se había decidido cerrar el examen preliminar basado en la declaración del 22 de enero de 2009, aun que no con efectos retroactivos.⁹⁹

El Gobierno de Palestina aceptó la jurisdicción de la CPI antes de acceder al ER con el fin de expandir el marco temporal y la remontó a hechos ocurridos seis meses antes de la declaración, esto es, sin atarse a la fecha de acceso al tratado. Quizás eligió ratificar el ER de manera adicional, para que la Fiscalía tenga la facultad de iniciar investigación *motu proprio*, sin necesidad de solicitar autorización a la SCP, como correspondería si solo contara con la declaración del Artículo 12(3) ER.

VI. Observaciones finales

Al asumir su jurisdicción sobre Palestina, tal vez habrá muchas dificultades prácticas para investigar, ya que la CPI no cuenta con una policía judicial independiente y debe acudir a la cooperación internacional para la mayor parte de sus acciones de campo.¹⁰⁰ En este sentido, conviene recordar que, a pesar de ser un Estado parte de

98 OFFICE OF THE PROSECUTOR, "International Criminal Court, Policy Paper on Preliminary Examinations", par. 79, Disponible en <http://www.icc-cpi.int/en_menus/icc/press%20and%20media/press%20releases/Documents/OTP%20Preliminary%20Examinations/OTP%20-%20Policy%20Paper%20Preliminary%20Examinations%20%202013.pdf> [Consulta: 01.08.2014].

99 OFFICE OF THE PROSECUTOR, "International Criminal Court, The Prosecutor of the International Criminal Court, Fatou Bensouda, Opens a Preliminary Examination of the Situation in Palestine", Disponible en <http://www.icc-cpi.int/en_menus/icc/press%20and%20media/press%20releases/Pages/pr1083.aspx> [Consulta: 01.02.2015].

100 *Supra* nota 55, art. 54(3)(c),(d), art. 57(3)(d),(e), art. 86 a 101, art. 112. También CORTE PENAL INTERNACIONAL, "ICC-ASP/3/Res.1, Texto negociado del proyecto de Acuerdo de relación entre la Corte Penal Internacional y las Naciones Unidas, Artículos 3 y 15 a 18", Disponible en <http://www.icc-cpi.int/NR/rdonlyres/3EBEACA5-0EAC-4685-950F-1488CF56BE64/0/ICCASP3Res1_Spanish.pdf> [Consulta: 01.08.2014].

la ONU, Israel no ha colaborado con las misiones de investigación autorizadas por dicha Organización.¹⁰¹

Sin embargo, los obstáculos prácticos no pueden justificar que la CPI no active su jurisdicción. Así, por ejemplo, en Uganda existen hoy cuatro órdenes de arresto pendientes de materializarse.¹⁰² Algo similar ocurre en las situaciones remitidas por el Consejo de Seguridad, en las que los Estados no han aceptado voluntariamente la jurisdicción de la CPI. En Darfur hay cuatro órdenes de arresto pendientes,¹⁰³ mientras en Libia sigue pendiente la orden de arresto contra Saif Al-Islam Gadafi.¹⁰⁴ El hecho de que exista un proceso abierto envía, en nuestra opinión, un mensaje importante a la comunidad internacional, en el sentido de que se están tomando las acciones necesarias para que no reine la impunidad.

El conflicto palestino-israelí sigue vigente, en medio de una tensión permanente.¹⁰⁵ Aunque la operación Margen protector terminó, la ocupación de Palestina continúa y esporádicamente se lanzan misiles sobre Israel,¹⁰⁶ lo que en cualquier momento puede generar una respuesta militar igual o más devastadora que las operaciones anteriores.

Aunque consideramos que la CPI ha podido asumir su jurisdicción desde la declaración del 22 de enero de 2009 y que, en cualquier caso, ante el posterior reconocimiento de Palestina como Estado de la ONU podría haberse valido de esa declaración con retroactividad, estimamos que abrir el examen preliminar sobre los hechos ocurridos desde el 13 de junio de 2014 es un paso muy importante en la historia del conflicto palestino-israelí.

101 Solo colaboró en 1993 con el relator especial sobre la Situación de los Derechos Humanos en los territorios ocupados de Palestina desde 1967. Después de esa misión, la cooperación cesó debido a las reservas de Israel sobre los informes de los relatores y solo les permitían acceso a los territorios de Israel y Palestina, salvo con el quinto relator especial, Richard Falk, con quien terminaron todo contacto durante los seis años de su mandato. *Vid.* UNITED NATIONS, GENERAL ASSEMBLY, “A/69/301, Report of the Special Rapporteur on the Situation of Human Rights in the Palestinian Territories Occupied since 1967”, 11 August 2014, párr. 7 y 14, Disponible en <<http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N14/501/90/PDF/N1450190.pdf?OpenElement>> [Consulta: 10.11.2014].

102 *Vid.* INTERNATIONAL CRIMINAL COURT, “Situation in Uganda”, Disponible en <http://www.icc-cpi.int/en_menus/icc/situations%20and%20cases/situations/situation%20icc%200204/Pages/situation%20index.aspx> [Consulta: 01.08.2014].

103 *Vid.* INTERNATIONAL CRIMINAL COURT, “Situation in Darfur”, Disponible en <http://www.icc-cpi.int/en_menus/icc/situations%20and%20cases/situations/situation%20icc%200205/Pages/situation%20icc-0205.aspx> [Consulta: 01.08.2014].

104 *Vid.* INTERNATIONAL CRIMINAL COURT, “Situation in Libya”, Disponible en <http://www.icc-cpi.int/en_menus/icc/situations%20and%20cases/situations/icc0111/related%20cases/icc01110111/Pages/icc01110111.aspx> [Consulta: 01.08.2014].

105 Una encuesta reveló que 92% de los judíos israelíes consideraron justificada la operación Margen protector, 48% estuvo de acuerdo con los medios usados y 45% consideró que la potencia fue muy poca. TIME NETWORK, “Poll: 92% of Israeli Jews Say Operation Protection Edge Was Justified”, Disponible en <<http://time.com/3144232/israeli-jews-poll-gaza-protective-edge/>> [Consulta: 19.07.2015].

106 THE TIMES OF ISRAEL, “Southern Leader Urges IDF Response to Gaza Rocket”, Disponible en <<http://www.timesofisrael.com/eshkol-council-head-urges-idf-response-to-gaza-rocket/>> [Consulta: 19.07.2015].

Comprendemos que la CPI tiene una titánica labor y que procura respetar la voluntad de Palestina, que optó por hacer una nueva declaración en la que no se refirió a la operación Plomo fundido, sino a la más reciente y sangrienta operación Margen protector.¹⁰⁷

Consideramos que la paz solo puede alcanzarse con justicia y confiamos en que, independientemente de los resultados del examen preliminar sobre Palestina, con la sola activación del “margen protector” de la CPI se genera un efecto preventivo en la comisión de nuevos crímenes de guerra y de lesa humanidad por parte del Ejército israelí y de los grupos insurgentes palestinos y, después de tantos años, se origine una nueva historia que no esté escrita con la sangre de la población civil.

107 Vid. THE TIMES OF ISRAEL, “ICC Drive is one-way ticket to ‘divorce’, Says PA Diplomat”, Disponible en <<http://www.timesofisrael.com/icc-drive-is-one-way-ticket-to-divorce-says-pa-diplomat/>> [Consulta: 19.07.2015].

SECCIÓN DE REPORTE DE JURISPRUDENCIA

**Esta sección ha sido realizada con el acompañamiento
de la profesora Andrea Mateus Rugeles**

CORTE PENAL INTERNACIONAL

A. Observaciones sobre la situación en la República Democrática del Congo, Caso de la Fiscalía c. Thomas Lubanga Dyilo, Sentencia sobre la apelación de la Fiscalía y Thomas Lubanga Dyilo frente a la decisión relativa a la pena, de conformidad con el Artículo 76 del Estatuto de Roma, de 1 de diciembre de 2014

Steffany Serebrenik Beltrán

B. Situación en Libia, Caso de la Fiscalía c. Saif Al Islam Gaddafi y Abdullah Al Senussi. Análisis de la decisión sobre la apelación de Abdullah Al-Senussi frente a la decisión de la Sala de Cuestiones Preliminares I, del 11 de octubre de 2013, denominada “Decisión sobre la admisibilidad del caso en contra de Abdullah Al-Senussi”

Paula Viviana Fierro Barreto

A. Observaciones sobre la situación en la República Democrática del Congo, Caso de la Fiscalía c. Thomas Lubanga Dyilo,

Sentencia sobre la apelación de la Fiscalía y Thomas Lubanga Dyilo frente a la decisión relativa a la pena, de conformidad con el Artículo 76 del Estatuto de Roma, de 1 de diciembre de 2014*

Steffany Serebrenik Beltrán**

Mediante sentencia del 1 de diciembre de 2014, la Sala de Apelaciones de la Corte Penal Internacional (en adelante, la Sala) confirmó la decisión de la Sala de Primera Instancia del 10 de julio de 2012 relativa a la pena impuesta a Thomas Lubanga Dyilo. En dicha decisión se condenó al señor Lubanga a catorce años de prisión por la comisión, en calidad de coautor mediato, del crimen de reclutamiento y alistamiento de niños menores de 15 años en las Fuerzas Patrióticas para la liberación del Congo, así como por su utilización para participación activa en las hostilidades. Todo esto se presentó en el contexto de un conflicto armado no internacional que tuvo lugar entre el 1 de septiembre de 2002 y el 13 de agosto de 2003.¹

* CORTE PENAL INTERNACIONAL, Sentencia N° ICC-01/04-01/06 A 4 A 6, de 1 de diciembre de 2014, Situación en la República Democrática del Congo en el caso de la Fiscalía vs. Thomas Lubanga Dyilo, Sentencia sobre la apelación de la Fiscalía y Thomas Lubanga Dyilo frente a la decisión relativa a la pena de conformidad con el Artículo 76 del Estatuto de Roma.

** Estudiante de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario. Correo electrónico: Serebrenik.steffany@urosario.edu.co

1 El señor Thomas Lubanga Dyilo había sido condenado por sentencia de 13 de marzo de 2012. Puede verse CORTE PENAL INTERNACIONAL, Sala de Cuestiones Preliminares I, Sentencia ICC-01/04-01/06, de 13 de marzo 2012, Situación de la República Democrática del Congo en el caso de la Fiscalía vs. Thomas Lubanga Dyilo, Sentencia conforme al Artículo 74 del Estatuto de Roma. En la confirmación de cargos contra el Señor Lubanga de 29 de enero de 2007, la Sala de Cuestiones Preliminares estableció que había un conflicto armado mixto, ya que entre septiembre de 2002 y el 2 de junio de 2003 era internacional y entre el 2 de junio y el 13 de agosto de 2003 era no internacional. No obstante, en la

En la sentencia de apelación, la Sala negó los alegatos objeto del recurso de la Fiscalía de la CPI (en adelante, la Fiscalía) respecto a la desproporcionalidad manifiesta entre la pena impuesta y la gravedad del crimen cometido, la alegada falla de la Sala de Primera Instancia al no considerar el abuso de poder como una circunstancia de agravación y la errada valoración del elemento cognoscitivo para efectos de la culpabilidad. Asimismo, la Sala negó los alegatos objeto del recurso de apelación, por parte de la defensa, referentes a los errores con respecto a la valoración de la escala y generalidad de los crímenes cometidos, la argüida violación de sus derechos fundamentales y la supuesta falla en la determinación del tiempo de la pena al no considerar el período de detención del señor Thomas Lubanga Dyilo en la República Democrática del Congo.

Por la importancia a efectos de la aplicación de las penas en el marco del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, esta reseña se enfocará en la revisión realizada por la Sala en relación con los dos primeros alegatos de la Fiscalía: la manifiesta desproporción entre la pena impuesta y la gravedad del crimen y la no consideración del abuso de poder como una circunstancia agravante.

En cuanto al problema de la desproporción, la Sala encontró que el apelante plantea su análisis a partir de la existencia de dos problemas jurídicos. El primero de ellos consiste en determinar si, para establecer la gravedad del crimen cometido, es necesario tener en cuenta todos los factores contenidos en la Regla 145 de procedimiento y prueba,² según lo dispuesto en el Artículo 78 del Estatuto de

sentencia de 13 de marzo de 2012, la Sala de Primera Instancia se reservó el derecho a volver a analizar tal categorización del conflicto, puesto que afirmó que la participación de Uganda no puede ser tal que de septiembre a junio el conflicto sea de índole internacional, puesto que tal participación no se entendía como un control efectivo suficiente en el marco del desarrollo del conflicto; además, se estableció que los grupos armados que lo protagonizaron no se encontraban cobijados por el apoyo del Estado ya mencionado y por tanto se concluyó que el conflicto suscitado en su totalidad es de carácter no internacional, como quedó establecido en el párrafo 567 de dicha decisión.

- 2 Regla 145. Imposición de la pena. 1. La Corte, al imponer una pena de conformidad con el párrafo 1 del artículo 78: a) tendrá presente que la totalidad de la pena de reclusión o multa, según proceda, que se imponga con arreglo al Artículo 77 debe reflejar las circunstancias que eximen de responsabilidad penal; b) ponderará todos los factores pertinentes, entre ellos, los atenuantes y los agravantes y tendrá en cuenta las circunstancias del condenado y las del crimen; c) además de los factores mencionados en el párrafo 1 del Artículo 78, tendrá en cuenta, entre otras cosas, la magnitud del daño causado, en particular a las víctimas y sus familiares, la índole de la conducta ilícita y los medios empleados para perpetrar el crimen, el grado de participación del condenado, el grado de intencionalidad, las circunstancias de modo, tiempo y lugar y la edad, instrucción y condición social y económica del condenado. 2. Además de los factores mencionados en la regla precedente, la Corte tendrá en cuenta, según proceda: a) circunstancias atenuantes como las siguientes: i) las circunstancias que no lleguen a constituir causales de exoneración de la responsabilidad penal, como la capacidad mental sustancialmente disminuida o la coacción; ii) la conducta del condenado después del acto, con inclusión de lo que haya hecho por resarcir a las víctimas o cooperar con la Corte; b) como circunstancias agravantes: i) cualquier condena anterior por crímenes de la competencia de la Corte o de naturaleza similar; ii) el abuso de poder o del cargo oficial; iii) que el crimen se hubiera cometido cuando la víctima estaba especialmente indefensa; iv) que el crimen se hubiera cometido con especial crueldad o hubiera provocado muchas víctimas; v) que el crimen se hubiera

Roma.³ Para solucionarlo, la Sala consideró que la gravedad “puede, pero no debe” estipularse a partir de todos los criterios enunciativos contenidos en dicha Regla. Además, la ausencia de mención expresa de alguno de los factores, por parte de la Sala de Primera Instancia, no implica que no hubieran sido estudiados para la toma de la decisión o que esta sea errónea, puesto que la decisión será adecuada siempre y cuando la Sala de Primera Instancia hubiera considerado al menos uno de tales criterios para adoptarla.⁴ Con base en lo anterior, la Sala concluyó que la Sala de Primera Instancia sí tuvo en cuenta los factores “relevantes y suficientes” para tomar la decisión en el caso concreto.

El segundo problema jurídico hace referencia a que si al fijar la pena en concordancia con la gravedad del crimen cometido se debe llegar al mismo resultado adoptado en otras sentencias de casos con similares circunstancias. Con este planteamiento, la Fiscalía ha tratado de lograr una pena mayor, como la impuesta en el caso RUF por el Tribunal Especial para Sierra Leona.⁵ Sin embargo, la Sala desechó esta argumentación y solucionó el problema suscitado al aplicar una regla decantada por el Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia en la apelación del caso Strugar.⁶ Afirmó que, si bien las decisiones anteriores pueden ser utilizadas como guía, la asistencia que estas prestan debe ser limitada a las circunstancias

cometido por cualquier motivo que entrañe discriminación por algunas de las causales a las que se hace referencia en el párrafo 3 del Artículo 21; vi) otras circunstancias que, aunque no se hubieran enumerado, por su naturaleza fueran semejantes a las mencionadas. 3. Podrá imponerse la pena de reclusión a perpetuidad cuando lo justifiquen la extrema gravedad del crimen y las circunstancias personales del condenado, puestas de manifiesto por la existencia de una o más circunstancias agravantes.

- 3 Artículo 78. Imposición de la pena 1. Al imponer una pena, la Corte tendrá en cuenta, de conformidad con las Reglas de Procedimiento y Prueba, factores tales como la gravedad del crimen y las circunstancias personales del condenado. 2. La Corte, al imponer una pena de reclusión, abonará el tiempo que, por orden suya, haya estado detenido el condenado. La Corte podrá abonar cualquier otro período de detención cumplido en relación con la conducta constitutiva del delito. 3. Cuando una persona haya sido declarada culpable de más de un crimen, la Corte impondrá una pena para cada uno de ellos y una pena común en la que se especifique la duración total de la reclusión. La pena no será inferior a la más alta de cada una de las penas impuestas y no excederá de treinta años de reclusión o de una pena de reclusión a perpetuidad de conformidad con el párrafo 1.b del Artículo 77.
- 4 CORTE PENAL INTERNACIONAL, Sentencia N° ICC-01/04-01/06 A 4 A 6, de 1 de diciembre de 2014, Situación en la República Democrática del Congo en el caso de la Fiscalía vs. Thomas Lubanga Dyilo, Sentencia sobre la apelación de la Fiscalía y Thomas Lubanga Dyilo frente a la decisión relativa a la pena de conformidad con el artículo 76 del Estatuto de Roma, para 64.
- 5 Según la Fiscalía de la Corte Penal Internacional, este caso presenta ciertas circunstancias similares al caso Lubanga. Los comandantes del Frente Revolucionario Unido de Sierra Leona (RUF), Issa Hassan Sessay y Moris Kallon, fueron sentenciados a 50 y 35 años de prisión, respectivamente. La similitud con el caso Lubanga, hace referencia a la gravedad de los crímenes cometidos al cumplir con los elementos contextuales de los crímenes de guerra, en específico cometidos contra menores de edad. CORTE PENAL INTERNACIONAL, Sentencia N° ICC-01/04-01/06 A 4 A 6, de 1 de diciembre de 2014, Situación en la República Democrática del Congo en el caso de la Fiscalía vs. Thomas Lubanga Dyilo, Sentencia sobre la apelación de la Fiscalía y Thomas Lubanga Dyilo frente a la decisión relativa a la pena de conformidad con el artículo 76 del Estatuto de Roma, pie de página 123.
- 6 TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA LA EX YUGOSLAVIA, Sala de apelaciones, Caso N° IT-01-42-A, de 17 de julio de 2008, Fiscalía vs. Pavle Strugar, para 345-346.

individuales del acusado y del caso, sin posibilidad de hacer un idéntico traspaso del resultado de una decisión a otra.⁷

Por último, sobre la petición de la Fiscalía de considerar el abuso de autoridad del señor Lubanga como una circunstancia de agravación de la pena, la Sala expresó, en concordancia con la jurisprudencia del Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia y del Tribunal Penal Internacional para Ruanda,⁸ que este criterio comprende no solo la autoridad que se posee, sino además la forma en que esta es ejercida. Ahora bien, la propia Sala encontró que, de acuerdo con el lenguaje y las expresiones utilizadas por la Sala de Primera Instancia I, se tuvieron en cuenta ambos componentes para el análisis.

La Sala subrayó que las Salas de Primera Instancia tienen discrecionalidad para tratar la problemática sobre el abuso de poder desde la perspectiva de la gravedad del crimen o como una circunstancia específica de agravación de la pena. En el caso concreto, la Sala subrayó que dicha problemática fue tratada desde la perspectiva del criterio de gravedad del crimen y no como una circunstancia de agravación de la pena. De esta manera, la Sala de Primera Instancia consideró el hecho de que el señor Lubanga utilizaba niños de 15 años de edad para fortalecer su ejército personal, así como su grado de participación y conocimiento dentro de la estructura jerárquica, lo que le permitía estar en posición para cometer este tipo de abusos. En consecuencia, la Sala confirmó la decisión de primera instancia, a partir del entendimiento de que un mismo factor no puede ser valorado doblemente, desde distintas perspectivas, a efectos de la determinación de la pena.

7 CORTE PENAL INTERNACIONAL, Sentencia N° ICC-01/04-01/06 A 4 A 6, Op. cit., párr. 76.

8 Al respecto, puede verse TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA LA EXYUGOSLAVIA, Sentencia de apelación, Caso N° IT-03-72-A, de 18 de julio de 2005, Fiscalía vs. Milan Babić, párr. 80. TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA LA EXYUGOSLAVIA, Sentencia de apelación, Caso N° ICTR-01-71-A, de 16 de enero de 2007, Fiscalía vs. Emmanuel Ndinabahizi, párr. 136. TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA LA EXYUGOSLAVIA, Sentencia de apelación, Caso N° IT-02-61-A, de 20 julio de 2005, Fiscalía vs. Miroslav Deronjić, párr. 67.

B. Situación en Libia, Caso de la Fiscalía c. Saif Al Islam Gaddafi y Abdullah Al-Senussi

Análisis de la decisión sobre la apelación de Abdullah Al-Senussi frente a la decisión de la Sala de Cuestiones Preliminares I, del 11 de octubre de 2013, denominada “Decisión sobre la admisibilidad del caso en contra de Abdullah Al-Senussi”*

Paula Viviana Fierro Barreto**

I. Antecedentes

El 24 de junio de 2014, la Sala de Apelaciones (en adelante, Sala) de la Corte Penal Internacional (en adelante, CPI o Corte) confirmó la decisión que declaró la inadmisibilidad del caso en contra de Abdullah Al-Senussi, en la situación de Libia, emitida el 11 de octubre de 2013 por la Sala de Cuestiones Preliminares I (en adelante, SCP I). El señor Al-Senussi estaba siendo investigado como autor mediato, a luz del Artículo 25.3.a del Estatuto de Roma (en adelante, ER), por la comisión de asesinatos y acto de persecución como crímenes de lesa humanidad presuntamente ocurridos entre el 15 de febrero y, al menos, hasta el 20 de febrero de 2011, con ocasión de la represión a los opositores del régimen de Muammar Gaddafi en Bengasi. Respecto a la misma situación de Libia, en el año 2013 la SCP I se había pronunciado sobre la admisibilidad del caso en contra de Saif Al Islam Gaddafi.

* CORTE PENAL INTERNACIONAL, Situación en Libia, caso de la Fiscalía contra Saif Al Islam Gaddafi y Al-Senussi, “Decisión sobre la admisibilidad del caso en contra de Abdullah Al-Senussi”, [En línea], 24 de julio 2014. Disponible en <<http://www.icc-cpi.int/iccdocs/doc/doc1807073.pdf>> [Consulta: 03.03.2015].

** Estudiante de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario. Correo electrónico: fierro.paula@urosario.edu.co

La SCP I declaró inadmisibile el caso en contra del señor Al-Senussi, con base en el análisis de admisibilidad del Artículo 17 del ER. La Sala aplicó el test del “mismo caso”, decantado en su decisión del 24 de febrero de 2006 en el caso de Thomas Lubanga Dyilo.¹ Dicho test tiene dos componentes: i) el mismo sujeto, y ii) la misma conducta. En cuanto al segundo componente, la Sala reiteró lo que había establecido en la decisión de admisibilidad de Gaddafi sobre el estándar de prueba consistente en “un grado suficiente claro y específico para probar”.²

En la decisión de Al-Senussi, la SCP I constató que, conforme a la evidencia aportada por el Estado, las autoridades competentes de Libia estaban tomando medidas concretas y progresivas en relación con la responsabilidad penal del señor Al-Senussi por la “misma conducta” investigada por la Corte.³ Tras determinar esta primera parte del test, la Sala procedió a establecer si el Estado tenía la disposición y la capacidad para llevar a cabo el procedimiento; cualquiera de los dos escenarios era suficiente para declarar admisible el caso. La SCP I concluyó que Libia tenía disposición, debido a que la investigación se había adelantado de manera adecuada y que los problemas relativos a la representación legal del acusado no implicaban una falta de voluntad del Estado. Por otro lado, la capacidad de aprehender y tener bajo custodia de autoridades libias al señor Al-Senussi, de obtener evidencia y testimonios y de aplicar los procedimientos pese a la situación de seguridad que afrontaba Libia, demostraban la capacidad del Estado en los términos del Artículo 17 ER.

II. Decisión de apelación

La defensa de Al-Senussi apeló la decisión de primera instancia en la que se declaró la inadmisibilidad del caso. La apelación se basó en tres alegatos que fueron objeto de análisis por la Sala, como se refiere a continuación.

En primer término, la Sala se refirió a la solicitud de apreciar pruebas adicionales no disponibles previamente y que, de acuerdo con la defensa, demostraban la falta de disposición y de capacidad de Libia para ejecutar los procedimientos en contra de Al-Senussi. La Sala retomó lo dicho en la decisión sobre la apelación de la decisión de admisibilidad del caso de Gaddafi⁴ y dejó claro que no consideraría documentos que no hubieran sido presentados ante la Sala de Cuestiones Preliminares en la respectiva etapa.

1 CORTE PENAL INTERNACIONAL, Sala de Cuestiones Preliminares I, “Situation in the Democratic Republic of the Congo in the Case of the Prosecutor vs. Thomas Lubanga”, párr. 31.

2 CORTE PENAL INTERNACIONAL, Sala de Cuestiones Preliminares I, párr. 66 (VI).

3 Ibid., párr. 167.

4 SALA APELACIONES, *Prosecutor vs. Saif Al-Islam Gaddafi and Abdullah Al-Senussi*, Decisión sobre la apelación de Libia en contra de la decisión de la Sala de Cuestiones Preliminares del 31 de mayo de 2013 titulada “Decisión en la admisibilidad del caso en contra de Saif Al-Islam Gaddafi”, 24 de mayo de 2014, ICC-01/11-01/11-547-Red, párr. 43.

En segunda medida, la Sala abordó la petición de la defensa respecto al alegado error en el que incurrió la SCP I, al concluir que Libia estaba haciendo una investigación en el “mismo caso” presentado ante la Corte. La Sala comenzó su análisis subrayando que no es necesario analizar cada uno de los “incidentes” o “eventos” para establecer que se trata de un “mismo caso”, si bien estos pueden constituir un indicador relevante para afirmar la existencia de un “mismo caso”. A continuación procedió a revisar los “incidentes” o “eventos” de las conductas investigadas por el Estado, para afirmar que tenían similitud con aquellos llevados ante la Corte, lo que permitió concluir que se trataba de un “mismo caso”. Además, indicó que, a pesar de que no existe un crimen de “persecución” en el Código Penal libio, hay disposiciones que cubren sustancialmente la misma conducta.

En tercer lugar, la Sala abordó las alegaciones de la defensa sobre los posibles errores de hecho y de Derecho en los que podía haber incurrido la SCP al determinar la disposición y capacidad de Libia para actuar en contra de Al-Senussi. En cuanto a la posible falta de disposición, rechazó los alegatos de la defensa y confirmó lo señalado por la SCP I, en el sentido de que el Estado libio estaba efectuando un juicio justo e imparcial que garantizaba los derechos procesales del señor Al-Senussi, pese a la falta de comunicación entre el procesado y el defensor y de las circunstancias de seguridad del Estado.

La Sala procedió de la misma manera en relación con la presunta falta de capacidad, al confirmar que el Estado libio podía controlar la situación de seguridad de los jueces, del centro de detención donde se encontraba el señor Al-Senussi y la recolección de pruebas y testimonios, así este no tuviera contacto con su defensa y las condiciones de seguridad del Estado fueran graves.

En consecuencia, la Sala concluyó que la SCP I actuó correctamente al afirmar la inadmisibilidad del caso Al-Senussi, porque se evidenciaban diferencias notables en cuanto al material probatorio y a las circunstancias fácticas del caso Gaddafi, cuya admisibilidad ya había afirmado.⁵

5 SALA APELACIONES, *Prosecutor vs Saif Al-Islam Gaddafi and Abdullah Al-Senussi*, decisión sobre la apelación de Abdullah Al-Senussi frente a la decisión de la Sala de Cuestiones Preliminares de Libia en contra de la decisión de la Sala de Cuestiones Preliminares I de 11 de octubre de 2013 titulada “Decisión en la admisibilidad del caso en contra de Al-Senussi”, 24 de julio de 2014, ICC-01/11-01/11-565, párr. 94.

SECCIÓN DE REPORTE DE DOCTRINA

CÁRDENAS ARAVENA, Claudia y FERNÁNDEZ NEIRA, Karinna
(EDS.), *La Corte Penal Internacional y sus primeros 10 años,
un enfoque práctico*, Legal Publishing, Santiago de Chile,
2013, ISBN: 978-956-346-387-3, 642 P.
Dalila B. Seoane

Reseñas bibliográficas

CÁRDENAS ARAVENA, Claudia y FERNÁNDEZ NEIRA, Karinna (eds.), *La Corte Penal Internacional y sus primeros 10 años, un enfoque práctico*, Legal Publishing, Santiago de Chile, 2013, ISBN: 978-956-346-387-3, 642 p.

Dalila B. Seoane*

Esta obra es el resultado de la labor colectiva de jóvenes investigadores, funcionarios de la Corte Penal Internacional, renombrados profesores, académicos y miembros de organismos de derechos humanos. En los veinte artículos que la componen se fusiona, por un lado, el análisis jurisprudencial de los precedentes más relevantes de la Corte en su primer decenio y, por otro, la crítica razonada sobre cómo ha repercutido —y repercute— la labor práctica del Tribunal en la comunidad internacional.

El libro se estructura en tres partes. En la primera, “Jurisprudencia de la Corte Penal Internacional”, se desarrolla un profuso examen de las decisiones del Tribunal en sus diez años de historia. El segundo capítulo, “Comentario crítico del trabajo de la Corte Penal Internacional, a 10 años del inicio de sus labores”, aborda la labor de la Corte, incluidos aquellos aspectos sobre los que más se ha polemizado desde su vigencia, así como los problemas y desafíos en los países donde ha focalizado su labor. Por último, la tercera parte, “Chile y la Corte Penal Internacional”, ahonda en las particularidades de ese país para la ratificación del Estatuto de Roma, en sus relaciones de cooperación con la Corte Penal Internacional y en la gravitación que ha tenido el establecimiento de este Tribunal permanente en algunos aspectos de la política criminal chilena.

* Abogada de la Universidad de Buenos Aires (Argentina). Profesora de Derecho Internacional Penal y Derecho Internacional Humanitario en la misma Universidad e integrante de la Unidad de asistencia para causas por violaciones a los derechos humanos durante el terrorismo de Estado en la Argentina, dependiente del Ministerio Público Fiscal.

En el primer tramo del libro, Néstor Nicolás Morales Palma¹ repasa los principios aplicables para el inicio de una investigación ante la Corte, los parámetros que reglan la actuación de las Salas para autorizar la apertura de una investigación y las facultades de la Fiscalía para impulsarla de oficio. Por su parte, Francisco Jara Bustos² dedica su análisis a una de las figuras que históricamente han sido relegadas en el Derecho Internacional Penal: las víctimas. Ello, aun cuando la expresa previsión legal de estos participantes en el Estatuto de Roma no hubiera agotado la problemática que surge en torno a la delimitación de su intervención en el proceso internacional. Para responder algunos interrogantes, el autor focaliza su trabajo en el desarrollo jurisprudencial de la Corte en torno a tres ejes: participación, protección y reparación de las víctimas.

Respecto a crímenes internacionales, Natalia Concha Manso³ aborda las aristas del delito de genocidio, un aspecto no muy desarrollado en los pronunciamientos del Tribunal. Para sanear esta ausencia, la autora propone el análisis de algunos elementos de ese crimen a la luz de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, interpretación por demás pertinente en función del Artículo 21 del Estatuto de Roma. Por otro lado, Pablo Beltrán Carpentier⁴ analiza el *chapeau* de los crímenes de lesa humanidad y los estándares que la jurisprudencia de la Corte Penal Internacional ha cimentado durante sus primeros diez años de vigencia.

Le sigue la contribución de María José Chible Villadangos,⁵ quien dedica su análisis a la primera sentencia condenatoria de la Corte en el caso contra Thomas Lubanga Dyilo, en particular, por el crimen de guerra de reclutamiento, alistamiento y utilización de menores de 15 años para participar de modo activo en las hostilidades, señalado en el Estatuto de Roma. En cuanto a la participación activa en las hostilidades, la autora analiza tanto el voto mayoritario como la opinión separada de la jueza Elizabeth Odio Benito.

- 1 MORALES, N., "El estándar para el inicio de una investigación ante la Corte Penal Internacional", en CÁRDENAS ARAVENA, C, y FERNÁNDEZ NEIRA, K, (eds.), *La Corte Penal Internacional y sus primeros 10 años, un enfoque práctico*, Legal Publishing, Santiago de Chile, 2013, pp. 5-15.
- 2 JARA, F., "Los derechos de las víctimas. Un análisis jurisprudencial a la participación de las víctimas en el procedimiento ante la Corte Penal Internacional", en CÁRDENAS ARAVENA, C., y FERNÁNDEZ NEIRA, K., (eds.), Op. cit., pp. 17-34.
- 3 CONCHA, N., "El genocidio ante la Corte Penal Internacional y un acercamiento a América Latina", en CÁRDENAS ARAVENA, C., y FERNÁNDEZ NEIRA, K., (eds.), Op. cit., pp. 35-47.
- 4 BELTRÁN, P., "Requisitos comunes a todo crimen de lesa humanidad", en CÁRDENAS ARAVENA, C., y FERNÁNDEZ NEIRA, K., (eds.), Op. cit., pp. 49-59.
- 5 CHIBLE, M.J., "El crimen de guerra de reclutar, alistar y utilizar a menores de 15 años para participar activamente en las hostilidades según la Corte Penal Internacional", en CÁRDENAS ARAVENA, C., y FERNÁNDEZ NEIRA, K., (eds.), Op. cit., pp. 61-73.

Nicolás Acevedo Vega⁶ examina el concepto de coautoría para la atribución de responsabilidad penal recogido por las Salas de la Corte. Para ello, desarrolla con suma claridad los principios del voto mayoritario y la opinión separada del juez Adrian Fulford en la confirmación de cargos contra Lubanga Dyilo. En la misma línea, Francisco Gómez Muñoz⁷ analiza, por un lado, cómo se ha receptado en la jurisprudencia de la Corte la responsabilidad penal del Artículo 25.3.d del Estatuto de Roma y, por otro, los elementos característicos de esta forma de participación criminal, que ha sido polémica desde los trabajos preparatorios.

A continuación, Camila Guerrero Martínez⁸ trata la responsabilidad de los jefes y superiores, derivada del Artículo 28 del Estatuto, a la luz de la confirmación de cargos contra Jean Pierre Bemba Gombo. En un minucioso estudio, la autora presenta las particularidades derivadas de una imputación subsidiaria al Artículo 25 del mismo instrumento, las atribuciones de la Sala en torno a la modificación de cargos y los estándares receptados en el primer caso de responsabilidad del superior ante la Corte.

El último trabajo de esta sección pertenece al profesor Kai Ambos,⁹ quien hace una revisión integral de la sentencia contra Lubanga Dyilo. Con suma precisión se abordan las diversas temáticas que corresponden a la condena del exlíder de la Unión de Patriotas Congolese y del Frente Patriota para la Liberación del Congo, los alcances de la intervención de las víctimas en el proceso penal internacional, la calificación del conflicto armado, las características del crimen de guerra de reclutamiento, alistamiento y utilización para participar de modo activo en las hostilidades y las posturas de los magistrados en torno a la responsabilidad penal individual de Lubanga Dyilo. El profuso análisis y la claridad expositiva del autor tornan a este trabajo en una lectura obligatoria para una comprensión global de la primera sentencia de la Corte Penal Internacional.

Volker Nerlich¹⁰ abre la segunda parte del libro, signado por el abordaje crítico de la puesta en marcha del Estatuto de Roma. El autor hace un estudio pragmático de los

6 ACEVEDO, N., “La coautoría en las resoluciones de la Corte Penal Internacional”, en CÁRDENAS ARAVENA, C., y FERNÁNDEZ NEIRA, K., (eds.), Op. cit., pp. 75-89.

7 GÓMEZ, F., “La responsabilidad penal residual del Artículo 25(3)(d) del Estatuto de Roma en la jurisprudencia de la Corte Penal Internacional”, en CÁRDENAS ARAVENA, C., y FERNÁNDEZ NEIRA, K., (eds.), Op. cit., pp. 91-103.

8 GUERRERO, C., “La responsabilidad del superior en la Corte Penal Internacional: situación de la República Centroafricana en el caso de la Fiscalía vs. Jean-Pierre Bemba”, en CÁRDENAS ARAVENA, C., y FERNÁNDEZ NEIRA, K., (eds.), Op. cit., pp. 105-124.

9 AMBOS, K., “El primer fallo de la Corte Penal Internacional (prosecutor vs. Lubanga): un análisis integral de las cuestiones jurídicas”, en CÁRDENAS ARAVENA, C., y FERNÁNDEZ NEIRA, K., (eds.), Op. cit., pp. 125-175.

10 NERLICH, V., “La Corte Penal Internacional 2002-2012”, en CÁRDENAS ARAVENA, C., y FERNÁNDEZ NEIRA, K., (eds.), Op. cit., pp. 181-197.

diez años de historia del primer tribunal penal permanente: un balance inicial de los avatares con los que se ha topado desde su establecimiento y los desafíos que vienen. Por su parte, Florian Jessberger y Julia Geneuss¹¹ aportan una visión interesante de las funciones de la Corte, no solo como un Tribunal penal *stricto sensu*, sino de la problemática derivada de sus roles como “Corte guardián” y “Corte de Seguridad”, un enfoque atractivo para evaluar críticamente los aspectos de una Corte polifacética. Le sigue la contribución de Rod Rastan,¹² quien profundiza en las definiciones de los términos utilizados en el Estatuto de Roma para el inicio de una investigación y la admisibilidad de casos ante la Corte Penal y su interrelación con los conceptos de complementariedad, jurisdicción y gravedad.

El trabajo de Antonio Segovia Arancibia y Marcelo Contreras Rojas¹³ hace eco de la tensión existente entre el ideal de justicia que motiva la creación de un tribunal penal permanente frente a los crímenes más atroces y los criterios que imponen la realidad y la coyuntura política. Todos estos intereses no siempre tienen la misma dirección ni aspiran al mismo resultado, pero su ponderación recae en un mismo sujeto: la Corte Penal Internacional.

A continuación, a la luz de las decisiones sobre la situación de la República de Kenia, Gerhard Werle y Boris Burghardt¹⁴ indagan las características que debe revestir la “organización” vinculada a la comisión de los crímenes de lesa humanidad. Los autores se adentran en distintos medios de interpretación para determinar si resulta exigible que dicha “organización” sea “cuasiestatal” o si, por el contrario, ese requerimiento excede el marco establecido por el Estatuto de Roma para la persecución de tales crímenes.

Abogados Sin Fronteras Canadá¹⁵ polemiza sobre el caso colombiano que, desde junio de 2004, se encuentra bajo examen preliminar de la Fiscalía. Lejos de considerarlo como un ejemplo exitoso de complementariedad positiva, el trabajo plantea una crítica reflexiva sobre las consecuencias que acarrea la ausencia de la apertura de una investigación en Colombia y cómo esto impacta, por un lado, en la perse-

11 JESSBERGER, F., y GENEUSS, J., “Las múltiples caras de la Corte Penal Internacional”, en CÁRDENAS ARAVENA, C., y FERNÁNDEZ NEIRA, K., (eds.), Op. cit., pp. 199-217.

12 RASTAN, R., “Situación y caso, definiendo los parámetros”, en CÁRDENAS ARAVENA, C., y FERNÁNDEZ NEIRA, K., (eds.), Op. cit., pp. 219-264.

13 SEGOVIA, A., y CONTRERAS, M., “El principio de complementariedad y el ejercicio de la competencia en el Estatuto de Roma. Una visión crítica”, en CÁRDENAS ARAVENA, C., y FERNÁNDEZ NEIRA, K., (eds.), Op. cit., pp. 265-302.

14 WERLE, G., y BURGHARDT, B., “¿Requieren los crímenes de lesa humanidad de la participación de un Estado o de una organización ‘cuasiestatal’?”, en CÁRDENAS ARAVENA, C., y FERNÁNDEZ NEIRA, K., (eds.), Op. cit., pp. 303-327.

15 ABOGADOS SIN FRONTERAS CANADÁ, “CPI y Colombia: tiempo de actuar en positivo”, en CÁRDENAS ARAVENA, C., y FERNÁNDEZ NEIRA, K., (eds.), Op. cit., pp. 329-359.

cución de los máximos responsables de la comisión de crímenes internacionales en dicho territorio y, por otro, en la credibilidad de los órganos de la Corte Penal.

También en torno al caso colombiano, el profesor Héctor Olasolo Alonso¹⁶ pondera las diferentes estrategias adoptadas por la Fiscalía en relación con los criterios para la admisibilidad de casos. Para el profesor Olasolo Alonso, el análisis que se expone en este trabajo —eco de la voluntad y la independencia de los operadores judiciales colombianos en el complejo entramado político, social y económico en el que se insertan— arroja como resultado la necesaria justificación de un tratamiento diferenciado por parte de la Fiscalía en Colombia. El tema continúa desarrollándose en el texto de Jimena Reyes,¹⁷ en el que se cuestiona el accionar de la Fiscalía en Colombia y la necesidad de que ésta reconsidere las decisiones en materia de complementariedad positiva que lleva en el país. Este redireccionamiento de la política criminal hacia la apertura de una investigación del caso colombiano podría, según la autora, redundar en nuevas y genuinas estrategias de justicia local.

La contribución de Mariana Pena¹⁸ aborda de manera integral los alcances de la intervención de las víctimas en el proceso ante la Corte Penal. Ciertamente es que el reconocimiento de estos participantes en el Estatuto de Roma resulta una pieza fundamental en el sistema de justicia internacional; sin embargo, esto no siempre es suficiente para que sus derechos sean efectivos. La autora desmenuza los mecanismos existentes y su implementación en la práctica para que en el acceso a la justicia de los principales beneficiarios no se conviertan en una verdadera quimera.

La tercera parte del libro se inaugura con el trabajo de una de las editoras de esta obra. Karinna Fernández Neira¹⁹ examina el sinuoso camino de Chile para la ratificación del Estatuto de Roma, signado por los condicionamientos para la reforma constitucional y el activo papel de Corte Suprema por medio de sus pronunciamientos. Es un intrincado proceso que aún no está exento de desafíos para la sanción de los responsables por graves violaciones a los derechos humanos. Por último, a modo de cierre del volumen, el texto de Beatriz Contreras Reyes y

16 OLASOLO, H., “El principio de complementariedad y las estrategias de actuación de la Corte Penal Internacional en la fase de examen preliminar: ¿por qué la Corte Penal Internacional mantiene su examen preliminar, pero no abre una investigación sobre la situación en Colombia?”, en CÁRDENAS ARAVENA, C., y FERNÁNDEZ NEIRA, K., (eds.), Op. cit., pp. 361-418.

17 REYES, J., “Límites de la estrategia de complementariedad positiva desarrollada desde la Fiscalía de la CPI en el caso colombiano”, en CÁRDENAS ARAVENA, C., y FERNÁNDEZ NEIRA, K., (eds.), Op. cit., pp. 419-437.

18 PENA, M., “Acceso a la justicia por parte de las víctimas ante la Corte Penal Internacional: aspectos prácticos y desafíos”, en CÁRDENAS ARAVENA, C., y FERNÁNDEZ NEIRA, K., (eds.), Op. cit., pp. 439-467.

19 FERNÁNDEZ, K., “Proceso de ratificación e implementación del Estatuto de Roma en Chile y la jurisprudencia chilena relativa a crímenes de carácter internacional”, en CÁRDENAS ARAVENA, C., y FERNÁNDEZ NEIRA, K., (eds.), Op. cit., pp. 473-513.

Karina Fernández Neira²⁰ analiza un pilar fundamental para la operatividad de la Corte Penal: los principios y alcances de la cooperación internacional. Además de describir algunas experiencias en el Derecho comparado, las autoras hacen foco en el caso de Chile y cómo la ausencia de un marco normativo que implemente mecanismos eficientes de cooperación puede atentar contra la persecución de los crímenes más graves para la comunidad internacional.

Como se advertirá, la heterogeneidad de los temas abordados en el marco del Derecho Internacional Penal y la profundidad de cada una de las contribuciones, junto con el esfuerzo de traducción de varios de los trabajos por parte de una de las editoras, convierten a esta obra en un aporte rico para el mundo jurídico hispanohablante en una materia que suele estar dominada por la pluma anglosajona.

20 CONTRERAS, B., y FERNÁNDEZ, K., "La obligación de cooperar con la Corte Penal Internacional, el caso chileno", en CÁRDENAS ARAVENA, C, y FERNÁNDEZ NEIRA, K, (eds.), *Op. cit.*, pp. 515-550.

Listado de jurados nacionales e internacionales: III Edición del Certamen de Ensayos Blattmann, Odio Benito y Steiner

Jurado internacional

- **Sylvia H. Steiner**, magistrada de la Corte Penal Internacional (2003-2015).
- **Enrique Iglesias**, Secretario General Iberoamericano.
- **Héctor Olasolo**, profesor titular de carrera de la Universidad del Rosario, presidente del Instituto Iberoamericano de La Haya y director del ANIDIP.

Jurados nacionales

En la III Edición del Certamen actuaron como miembros de los jurados nacionales las siguientes personas:

Argentina

- **Carolina Anello**

Abogada (Universidad de Buenos Aires, UBA), magíster en Estudios Internacionales (Universidad de Barcelona), candidata a doctorado (UBA). Docente de Derecho Internacional Público y Derecho Internacional Penal en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Investigadora visitante en el Instituto de Ciencias Criminales, a cargo del profesor Kai Ambos, Universidad George August de Göttingen (Alemania). En la actualidad, prosecretaria letrada de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

- **Eduardo D'Empaire**

Abogado (UCA), especialista en Derecho Penal y Ciencias Penales (Universidad del Salvador, Buenos Aires). Juez del Tribunal Criminal de Bahía Blanca (Argentina), profesor de pregrado (cátedras de Derecho Procesal Penal y Derechos Humanos) y de posgrado (cátedras de Derecho Procesal Penal y Teoría de la Ejecución Penal) en la Universidad Nacional del Sur, director de carrera de Especialización en la Universidad Nacional del Sur.

- **Natalia M. Luterstein**

Abogada (orientación en Derecho Internacional Público) de la UBA, magíster en Derecho Internacional Público por la London School of Economics and Political Science. Profesora adjunta de Derecho Internacional Público y Sujetos y Jurisdicciones, de la Facultad de Derecho de la UBA, asesora jurídica de la Dirección de

Asuntos Jurídicos (área internacional) de la Secretaría de Derechos Humanos, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación.

Brasil

- Heloisa Estellita

Advogada na área criminal em São Paulo. Professora da Escola de Direito da Fundação Getúlio Vargas (FGV), membro de Comissões do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCRIM).

- Mariana Tumbiolo Tosi

Advogada na área criminal. Membro da Comissão de Cooperação Jurídica Internacional do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais e pesquisadora da Escola de Direito da Fundação Getúlio Vargas (FGV).

- Carolina Yumi de Souza

Advogada da União no Estado de São Paulo, mestre e doutoranda em Processo Penal pela Universidade de São Paulo. Membro da Comissão de Cooperação Jurídica Internacional do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais.

Chile

- Gonzalo Aguiar Cavallo

Profesor de Derecho de la Universidad Andrés Bello (Santiago) y de la Universidad de Valparaíso, director del programa Derecho Advance de la Universidad Andrés Bello (Santiago).

- Claudia Cárdenas Aravena

Profesora asociada del Departamento de Ciencias Penales de la Universidad de Chile, responsable del proyecto de investigación apoyado por el Fondecyt sobre la ley chilena que tipifica los crímenes de guerra, de lesa humanidad y de genocidio.

- Ania Salinas Cerda

Letrada de Sala (Legal Officer Chambers) en la División de Cuestiones Preliminares de la Corte Penal Internacional.

Colombia

- Juan Carlos Arias Duque

Abogado, de la Universidad Santo Tomás, filósofo y psicólogo, de la Universidad Nacional Abierta y a Distancia, especialista en Derechos Humanos, de la Universidad Complutense de Madrid, magíster en Derecho Procesal, de la Universidad Libre. Se ha desempeñado como docente en las universidades Santo Tomás, de Caldas, el

Rosario, Gran Colombia y Militar. En la actualidad es magistrado auxiliar de Justicia y Paz de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia.

- Andrés Luis Fajardo Arturo
Director del Departamento de Derechos Humanos y de la Clínica de interés público de la Universidad Sergio Arboleda de Bogotá.
- Mauricio Vanegas Moyano
Abogado, especialista en Derecho Penal, de la Université Pantheon-Assas París II, magíster en Derecho Penal y Ciencias Penales, de la Université Pantheon-Assas París II. Profesor de planta de la Universidad del Rosario de Bogotá.

Costa Rica

- Cynthia Chamberlain Bolaños
Letrada de Sala (Legal Officer Chambers) de la División de Primera Instancia de la Corte Penal Internacional.
- Alfredo Chirino Sánchez
Catedrático de Derecho Penal, en la Universidad de Costa Rica, magistrado de la Sala Penal de la Corte Suprema de Costa Rica hasta febrero de 2013.
- Gonzalo Monge Núñez
Catedrático de Derecho Internacional Público, en la Universidad de Costa Rica, especialidad en Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

Ecuador

- Hernán Hormazábal Malaree
Asesor de la Comisión de la Verdad y Derechos Humanos de la Fiscalía General de Ecuador, docente en posgrado en la Universidad Andina Simón Bolívar, catedrático de Derecho Penal en la Universitat de Girona (1992-2011), catedrático (1991-1992) y profesor titular (1987-1991) de Derecho Penal en la Universidad Autónoma de Barcelona.
- Manuel Ollé Sesé
Asesor de la Comisión de la Verdad y Derechos Humanos de la Fiscalía General de Ecuador, docente e investigador en la Universidad Andina Simón Bolívar.
- Juan Morales Ordoñez
Doctorado en Jurisprudencia y magíster en Teoría del Derecho. Profesor principal de Introducción al Derecho, en la Universidad Técnica Particular de Loja, exmagistrado de la Corte Suprema de Justicia del Ecuador (2005-2011).

El Salvador

- Jaime Edwin Martínez Ventura

Abogado y notario, licenciado en Ciencias Jurídicas, de la Universidad de El Salvador, diplomado en Criminología y Justicia Penal Juvenil. Fundador y exdirector del Centro de Estudios Penales de El Salvador (Cepes), actual director general de la Academia Nacional de Seguridad Pública de El Salvador.

- Salvador Eduardo Menéndez Leal

Abogado y notario, licenciado en Ciencias Jurídicas, de la Universidad de El Salvador, doctor en Derecho Público, de la Universidad Autónoma de Barcelona. Catedrático universitario en posgrados de Derechos Humanos, procurador adjunto de la Procuraduría para la Defensa de los Derechos Humanos.

España

- Xabier Agirre Aranburu

Licenciado en Derecho, de la Universidad del País Vasco, magíster en Estudios de Paz, de la Universidad de Notre Dame (Estados Unidos). Analista de la Fiscalía del Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia de Naciones Unidas (La Haya, Países Bajos, 1997-2004), analista principal de la Fiscalía de la Corte Penal Internacional (2004-2013). Ha contribuido a diversos proyectos de investigación y formación en Colombia, Perú, Guatemala, Argentina y Honduras.

- Antoni Pigrau Solé

Licenciado y doctor en Derecho, de la Universidad de Barcelona. Profesor de la Facultad de Derecho (1982-1992), catedrático de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales, de la Universitat Rovira i Virgili (URV), corresponsal del *Yearbook of International Humanitarian Law*, desde su creación en 1998, miembro de la Junta de Gobierno del Institut Català Internacional per la Pau (ICIP) y director del Centro de Estudios de Derecho Ambiental de Tarragona (Cedat) de la URV.

- Santiago Ripol Carulla

Licenciado y doctor en Derecho por la Universidad Autónoma de Barcelona, certificado del Curatorium de l'Acadèmia de Dret Internacional de La Haia por su participación en los trabajos del Centre for Studies and Research in International Law and International Relations (1993), diplomado en Derecho Internacional, de la Universidad de Helsinki. Catedrático de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales de la Universidad Pompeu Fabra.

Guatemala

- Carlos Abraham Calderón Paz

Profesor universitario en pregrado y postgrado de Derecho Procesal Penal y Derecho Penal Internacional, del Centro Universitario de Occidente de la Universidad de San Carlos, exfiscal y defensor público. Ha hecho investigaciones respecto a víctimas de delito, entre otras, y ha tenido actividades de acción legal ante el Sistema Interamericano de Derechos Humanos.

- Helen Beatriz Mack Chang

Presidenta de la Fundación Myrna Mack. Ha recibido múltiples premios y reconocimientos, entre los que destacan el Right Livelihood Award (Premio Nobel Alternativo de la Paz, Suecia, 1992), Premio de la Paz (Leuven, Bélgica, 1993) y el Reconocimiento del Latino Cultural Center “Rafael Cintrón Ortiz” y de la Universidad de Illinois (Chicago, 2002).

- Marvin Rabanales García

Profesor universitario en pregrado y posgrado en la Universidad de San Carlos, especialista en investigaciones y trabajos académicos sobre delitos de trata de personas, de niñez y adolescencia en el marco del conflicto armado en Guatemala.

México

- Sandra Salcedo González

Investigadora del Programa de Derechos Humanos, de la Universidad Iberoamericana, México D. F.

- Gabriela Rodríguez

Directora del Programa Académico de Derecho y de la Maestría en Derechos Humanos y Garantías, del Instituto Tecnológico Autónomo de México (ITAM).

- Patrick Zahnd

Asesor jurídico principal de la Oficina del Comité Internacional de la Cruz Roja, México.

- Deborah Ruiz Verduzco

Doctora en Derecho Internacional por la Universidad de Ginebra. Oficial jurídico de la Secretaría de la Asamblea de los Estados Partes de la Corte Penal Internacional.

Panamá

- Enrique Illueca

Licenciado en Derecho, de la Universidad de Panamá, magíster en Derecho, de la Universidad de Columbia magíster en Estudios Jurídicos Internacionales, de la Universidad de Nueva York. Investigador del Centro de Investigación Jurídica de la Universidad de Panamá (1980-1983), miembro de la Comisión Bancaria Nacional (1984), editor asociado de *Columbia Business Law Review* (1987-1988), miembro del Comité Ejecutivo de la CIAC (1990-93), vicepresidente de la Asociación Panameña de Arbitraje (1992).

- Constantino Riquelme Ortiz

Licenciado en Relaciones Internacionales, de la Universidad de Panamá, magíster en Ciencias Políticas, de la Pontificia Universidad Javeriana (Colombia), doctor en Derecho Internacional Público, de la Universidad Autónoma de Madrid (España). Profesor de planta en Derecho Internacional Público y director de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Católica Santa María la Antigua (USMA).

Paraguay

- Elodia Almirón Prujel

Licenciada en Derecho, de la Universidad Nacional de Asunción, especialista en Derecho Constitucional, de la Universidad de Salamanca, magíster en Planificación y Conducción Estratégica Nacional, Instituto de Altos Estudios Estratégicos, doctora en Ciencias Jurídicas, de la Universidad Nacional de Asunción. Docente en la Universidad Nacional de Asunción y Universidad Americana, en las ramas de Derechos Humanos y Derecho Internacional, docente de la Escuela Judicial del Paraguay, docente de posgrado en las Universidades Autónoma de Asunción, del Norte y del Pacífico, en el área de Derecho Internacional.

- Enrique Kronawetter

Licenciado en Derecho, de la Universidad Nacional de Asunción, postgrado en Litigio Oral en la Californian Western School of Law. Coautor del anteproyecto del Código Procesal Penal, convertida en Ley N° 1286/98 y de la Ley Orgánica del Ministerio Público, convertida en Ley N° 1562/00, director de la Escuela Judicial del Paraguay, dependiente del Consejo de la Magistratura (desde septiembre de 2010), director jurídico del Jurado de Enjuiciamiento de Magistrados (desde marzo de 2011), docente de la Escuela Judicial del Paraguay en los módulos Introducción al litigio penal oral y público.

- Ernesto Velázquez Argaña

Licenciado en Derecho, de la Universidad Católica de Asunción, magíster en Derecho, de la Universidad de Londres, certificado de Estudios Diplomáticos en la Universidad de Oxford. Profesor de Derecho Internacional Público en la Universidad Católica de Asunción, exasesor jurídico del Ministerio de Relaciones Exteriores de la República del Paraguay (2003-2011), representante de la Conferencia de La Haya, delegado paraguayo en reuniones de la Corte Penal Internacional.

Perú

- Salvador Herencia Carrasco

Abogado, de la Universidad de los Andes (Colombia), magíster en Derecho, de la Universidad de Ottawa. Exasesor jurídico de la Comisión Andina de Juristas y del Tribunal Constitucional, miembro del Grupo Latinoamericano de Estudios en Derecho Penal Internacional, asesor del Viceministerio de Derechos Humanos y Acceso a la Justicia del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos.

- Ivan Meini Méndez

Bachiller en Derecho y abogado, de la Universidad Católica del Perú, doctor en Derecho Penal, de la Universidad de Cádiz (España), y obtuvo el Premio Extraordinario de Doctorado y es posdoctor de la Universidad de Fribourg (Suiza). Exprocurador adjunto Anticorrupción para los casos Fujimori/Montesinos (2004) y exjefe de la Unidad de Investigaciones de la Oficina Nacional Anticorrupción (2008). Profesor de Derecho Penal en la Universidad Católica del Perú y consultor internacional en Derecho Penal.

- Michelle Reyes

Abogada, de la Pontificia Universidad Católica del Perú y magíster en Derechos Fundamentales, de la Universidad Carlos III (España). Coordinadora regional para las Américas de la Coalición por la Corte Penal Internacional, profesora de Derecho Penal Internacional, en la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú y profesora de Historia y Política de los Derechos Humanos, en la Maestría en Derechos Humanos de la PUCP.

Uruguay

- Pablo Galaín Palermo

Doctor en Derecho Penal, de la Universidad de Salamanca. Director del Observatorio Latino-Americano en Política Penal y Reforma, profesor honorario de Derecho Penal de la Universidad Pablo de Olavide (España) e investigador en Instituto Max Planck de Derecho Internacional (Alemania).

- Gonzalo Lorenzo

Doctor, de la Universidad de Bremen (Alemania). Profesor adscrito de Derecho Internacional Privado, de la Universidad de la República, profesor titular de Derecho Internacional Privado en la Universidad de Montevideo y profesor adjunto de la misma materia en la Universidad de la República, miembro de la Asociación Americana de Derecho Internacional Privado, miembro del Instituto Uruguayo de Derecho Internacional Privado.

- Pedro Julio Montano

Doctor en Derecho Penal, de la Universidad de Navarra (España). Catedrático de Práctica Forense, en la Facultad de Derecho de la Universidad de la República, miembro fundador de la firma de abogados Scelza & Montano, miembro de la Directiva de Escribanos de Uruguay, presidente de la Caja Notarial.

Venezuela

- Angelina Jaffé Carbonell

Abogada *Summa cum Laude*, de la Universidad Central de Venezuela, doctora en Derecho Internacional, de la Universidad de París I (Pantheon-Sorbonne). Jefa del Departamento de Estudios Internacionales de la Facultad de Estudios Jurídicos y Políticos de la Universidad Metropolitana.

- Pablo Leonte Han-Chen

Abogado, de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad del Zulia (Venezuela), magíster *Scientiarium* en Ciencias Penales y Criminológicas, doctor en Derecho. Profesor titular de Derecho Penal en pregrado y posgrado de la Universidad del Zulia, investigador adscrito al Instituto de Criminología de la Universidad del Zulia.

- Juan Luis Modolell González

Abogado, de la Universidad Andrés Bertoletti (Chile), doctor en Derecho sobresaliente *cum laude*, de la Universidad de Barcelona (España), estancia posdoctoral en Albert Ludwig Universität de Freiburg (Alemania). Profesor Titular de la de la Universidad Andrés Bertoletti de Chile.

Normas para la publicación en el *Anuario Iberoamericano de Derecho Internacional Penal* (ANIDIP)

El *Anuario Iberoamericano de Derecho Internacional Penal* (ANIDIP) es un medio arbitrado de divulgación científica que cada año presenta a la comunidad académica, a los actores participantes en la administración de justicia y a la sociedad civil los resultados de las investigaciones en el área de Derecho Internacional Penal, seleccionados para publicación por medio del Certamen de Ensayos Blattmann, Odio Benito y Steiner sobre justicia internacional penal. En cada edición del ANIDIP, los ensayos de investigación seleccionados irán acompañados por uno o varios trabajos inéditos presentados mediante convocatoria pública continua publicada por el ANIDIP en la página web del IIH: www.iberoamericaninstituteofthe Hague.org”.

Con ello, el ANIDIP pretende estimular el conocimiento, el debate doctrinal y la aplicación del Derecho Internacional Penal en los países iberoamericanos, así como dar a conocer la jurisprudencia de la Corte Penal Internacional (CPI), los tribunales internacionales penales *ad hoc* y los órganos judiciales nacionales con competencia en crímenes internacionales. El ANIDIP se dirige también a difundir el mandato, las actividades y la jurisprudencia de otros organismos que abordan situaciones que podrían llegar a constituir crímenes internacionales. Además, pretende incentivar a los Estados iberoamericanos para la implementación nacional del Estatuto de Roma, la adopción de leyes nacionales de cooperación con la CPI y los tribunales internacionales penales *ad hoc* y la aprobación de la normativa sobre inmunidades y privilegios necesarios para el desarrollo de sus funciones.

El ANIDIP es publicado por la Universidad del Rosario (Colombia), la Editorial Tirant lo Blanch (España) y el Instituto Ibero-Americano de La Haya para la Paz, los Derechos Humanos y la Justicia Internacional (IIH).

Procedimiento para el envío, la revisión y la selección de ensayos y artículos de investigación

Existen dos procedimientos para el envío, la revisión y la selección de ensayos y trabajos de investigación a efectos de su publicación en el ANIDIP: (i) Ensayos de investigación presentados al Certamen de Ensayos Blattmann, Odio Benito y Steiner. (ii) Trabajos inéditos de investigación presentados mediante convocatoria

pública continua publicada por el ANIDIP en la página web del IIH: www.iberoamericaninstituteofthehague.org

Procedimiento con respecto a los ensayos de investigación presentados al Certamen de Ensayos Blattmann, Odio Benito y Steiner

El Certamen de Ensayos Blattmann, Odio Benito y Steiner sobre justicia internacional penal es convocado cada año por el Instituto Iberoamericano de La Haya para la Paz, los Derechos Humanos y la Justicia Internacional (IIH), con el apoyo institucional de la Corte Penal Internacional (CPI), la Secretaría General Iberoamericana, la Unión Europea, la Coalición por la Corte Penal Internacional (CICC), la Universidad Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario (Colombia), la Universidad de La Haya para las Ciencias Aplicadas (Países Bajos) y la Editorial Tirant lo Blanch.

Pueden participar en el Certamen de Ensayos Blattmann, Odio Benito y Steiner quienes, al momento de vencimiento del plazo para la presentación de los ensayos, cuenten con el título de licenciatura o grado en Derecho o en otra materia relacionada con la justicia internacional penal.

La extensión máxima de los ensayos, que deberán ser inéditos, será de veinte páginas, con interlineado 1,5, letra *Times New Roman* tamaño 12 puntos, márgenes superior e inferior de 3 cm y derecho e izquierdo 2,5 cm. Los ensayos deberán presentarse en español o portugués y deberán seguir las reglas de estilo que se recogen en el presente documento.

Cada año, durante los meses de junio y julio, se divulgará en la página web del IIH (www.iberoamericaninstituteofthehague.org) la convocatoria pública de la edición correspondiente al Certamen de Ensayos Blattmann, Odio Benito y Steiner, en la que se establecerán las bases y el procedimiento a seguir en dicha edición, que responderá, en todo caso, a los siguientes lineamientos:

- a. Los ensayos se enviarán en versión electrónica (documento de *Word*) hasta el 15 de enero siguiente a la publicación de la correspondiente convocatoria (por ejemplo, si la convocatoria se publicó en julio de 2013, los trabajos deberán presentarse, a más tardar, el 15 de enero de 2014) y se enviarán a la dirección de correo electrónico: info@iberoamericaninstituteofthehague.org

Tanto en el asunto del correo electrónico, como en la parte superior de la primera página del ensayo se incluirán los nombres y apellidos del participante, su número de pasaporte o tarjeta nacional de identidad, su nacionalidad, su edad,

el título de licenciatura o grado que posee y sus datos de contacto (dirección de correo electrónico y número de teléfono). En ninguna otra parte del ensayo se incluirá información que pueda identificar al autor del ensayo.

Una vez haya enviado su ensayo, todo participante recibirá un acuse de recibo.

- b. Finalizado el plazo de entrega (15 de enero), los ensayos serán clasificados por la nacionalidad de sus autores. En caso de que el número de ensayos provenientes de connacionales no sea superior a cinco, se podrán incluir en una misma categoría los ensayos correspondientes a los nacionales de dos o más Estados. Luego de esta clasificación, el personal del IIH procederá a dotar de anonimidad a los ensayos mediante la asignación de un número.
- c. Los ensayos de cada categoría nacional serán enviados, de manera anónima, a un jurado nacional de un país diferente, es decir, al jurado nacional de Chile se le enviarán los documentos presentados por colombianos y a Argentina se remitirán aquellos presentados por peruanos, por poner ejemplos hipotéticos. Los jurados nacionales tendrán hasta el 15 de febrero para seleccionar el mejor ensayo, de acuerdo con los siguientes criterios:
 - Tesis: (i) valor conceptual de la tesis defendida en el ensayo; (ii) claridad en el planteamiento; (iii) carácter innovador.
 - Argumentación: (i) valor conceptual de los argumentos presentados en apoyo de la tesis; (ii) profundidad en el desarrollo de los argumentos; (iii) carácter innovador de los argumentos (más allá de analizar los argumentos presentados por otros autores); (iv) relación lógica entre la tesis defendida y los argumentos desarrollados en apoyo de la misma.
 - Fuentes: (i) citación de las fuentes doctrinales internacionales y nacionales más relevantes en la materia; (ii) variedad de fuentes legislativas y jurisprudenciales de carácter internacional (y de carácter nacional, cuando sean relevantes para el objeto del ensayo).
 - Forma: respeto por las normas de formato recogidas en el Anexo I de la Convocatoria del Certamen (tanto en la extensión máxima de los ensayos como en las reglas de formato y de citación).

El criterio de forma tendrá un valor de 10% de la valoración global del ensayo. Cada uno de los otros tres criterios tendrá un valor de 30%.

- d. El 15 de febrero se constituirá un panel internacional formado por tres jurados de reconocida trayectoria y experiencia profesional en el área del Derecho Internacional Penal.
- e. El jurado internacional evaluará, de manera anónima, todos los ensayos seleccionados por los jurados nacionales bajo los criterios mencionados en el

apartado C. El 15 de marzo se definirá el ensayo ganador de la correspondiente edición del Certamen de Ensayos. Asimismo, el jurado internacional señalará aquellos otros ensayos que, con las oportunas modificaciones, podrían tener la calidad necesaria para su publicación en el ANIDIP.

- f. Al seleccionar el ensayo que ha de enviarse al panel de jurados internacionales, cada panel de tres jurados nacionales presentará un informe en el que se recogerán recomendaciones para su mejora, de cara a su posible publicación. De igual manera, el panel de jurados internacionales emitirá un informe con indicaciones para cada uno de los ensayos que considere que pudieran ser objeto de publicación.
- g. Los informes recibidos de los paneles de jurados nacionales e internacionales serán enviados a los autores, con el fin de que sean revisados a la luz de dichos informes, en un plazo máximo de treinta días.
- h. Las nuevas versiones de cada uno de los ensayos preseleccionados para publicación serán objeto de una nueva evaluación anónima (sistema de doble anonimato) durante el mes de abril por dos pares externos con reconocida competencia en Derecho Internacional Penal. Solo cuando el resultado de esta nueva evaluación sea positivo se procederá a la aceptación para la publicación de los ensayos preseleccionados que no hayan resultado ganadores del Certamen de Ensayos. Las modificaciones propuestas por los evaluadores serán remitidas a los autores de cada ensayo, quienes dispondrán de un plazo máximo de treinta días para su revisión.

Este plazo también será utilizado por los autores para incluir las actualizaciones a las que haya lugar en relación con sus ensayos, originalmente presentados el 15 de enero.

- i. La versión final de los ensayos objeto de publicación será recibida, a más tardar, el 31 de mayo.
- j. La cantidad de ensayos a publicar en cada número dependerá de su calidad y de los informes de los paneles de jurados nacionales e internacionales y de los pares anónimos. En todo caso, se publicará el ensayo ganador de la correspondiente edición del Certamen de Ensayos, tras la evaluación anónima del panel de jurados internacionales.

Procedimiento con respecto a los artículos de investigación

Cada año, la dirección del ANIDIP hará una convocatoria pública para la selección de uno o varios trabajos de investigación inéditos de autores de reconocido prestigio y experiencia profesional en el área del Derecho Internacional Penal.

Los autores que deseen presentar sus trabajos mediante este procedimiento deberán cumplir con los requisitos recogidos en la convocatoria continua publicada por el ANIDIP en la página web del IIH: www.iberoinstituteoftheg Hague.org

- Edad: superior a 35 años.
- Formación: maestría o doctorado en Derecho Internacional Penal o en una materia relacionada.
- Experiencia docente o profesional: diez años de docencia en Derecho Internacional Penal (o en un área relacionada) o de experiencia en un tribunal nacional o internacional que aplique el Derecho Internacional Penal, el Derecho Internacional de los Derechos Humanos o el Derecho Internacional Humanitario.
- Publicaciones: una monografía y tres artículos sobre derecho internacional penal o materias relacionadas en revistas indexadas nacionales o internacionales.

Los autores que no cumplan con estos requisitos y deseen publicar sus trabajos en el ANIDIP deberán participar en el Certamen de Ensayos Blattmann, Odio Benito y Steiner.

La extensión máxima de los trabajos será de veinte páginas, con interlineado 1,5, letra *Times New Roman* tamaño 12 puntos, márgenes superior e inferior de 3 cm y derecho e izquierdo de 2,5 cm. Los trabajos deberán presentarse en español o portugués y deberán seguir las reglas de estilo que se recogen en el presente documento.

La convocatoria pública anual realizada por la dirección del ANIDIP se publicará en la página web del IIH (www.iberoinstituteoftheg Hague.org) durante los meses de octubre y noviembre de cada año. Dicha convocatoria establecerá las bases y procedimientos a seguir en tal edición, que responderá, en todo caso, a los siguientes lineamientos:

- a. Los trabajos serán enviados en versión electrónica (documento de *Word*) hasta el 31 de marzo siguiente a la fecha de publicación de la correspondiente convocatoria a la dirección de correo electrónico: info@iberoinstituteoftheg Hague.org

Tanto en el asunto del correo electrónico, como en la parte superior de la primera página del trabajo de investigación, el autor incluirá sus nombres y apellidos, número

de pasaporte o tarjeta nacional de identidad, nacionalidad, edad, títulos de maestría y/o doctorado, instituciones y períodos de ejercicio de la docencia en derecho internacional penal (o en materias relacionadas), funciones desempeñadas en tribunales nacionales e internacionales y tiempo durante el que ocupó su cargo, monografías y artículos publicados en revistas indexadas nacionales y/o internacionales y datos de contacto (dirección de correo electrónico y número de teléfono).

En ninguna otra parte del trabajo de investigación se incluirá información que pueda identificar al autor del ensayo.

Una vez haya enviado su ensayo, todo participante recibirá un acuse de recibo.

- b. Tras recibir los trabajos de investigación se procederá a dotarlos de anonimidad mediante la asignación de un número y se enviarán a pares anónimos de reconocida competencia en derecho internacional penal para su evaluación durante el mes de abril, la cual seguirá los siguientes criterios:
 - Tesis: (i) valor conceptual de la tesis defendida en el ensayo; (ii) claridad en el planteamiento; (iii) carácter innovador.
 - Argumentación: (i) valor conceptual de los argumentos presentados en apoyo de la tesis; (ii) profundidad en el desarrollo de los argumentos; (iii) carácter innovador de los argumentos (más allá de analizar los argumentos presentados por otros autores); (iv) relación lógica entre la tesis defendida y los argumentos desarrollados en apoyo de la misma.
 - Fuentes: (i) citación de las fuentes doctrinales internacionales y nacionales más relevantes en la materia; (ii) variedad de fuentes legislativas y jurisprudenciales de carácter internacional (y de carácter nacional cuando sean relevantes para el objeto del ensayo).
 - Forma: respeto por las normas de formato recogidas en el Anexo I de la Convocatoria del Certamen (tanto en la extensión máxima de los ensayos, como en las reglas de formato y de citación).
- c. En su evaluación, los pares anónimos determinarán la aceptación o no para publicación de los trabajos presentados y recogerán recomendaciones para la mejora de aquellos que fueron aceptados.
- d. Las evaluaciones recibidas de los pares anónimos serán enviadas a los autores de los respectivos ensayos con el fin de que los revisen, en un plazo máximo de treinta días. La versión final de los ensayos será recibida, a más tardar, el 31 de mayo.
- e. La cantidad de trabajos de investigación a publicar en cada número dependerá de la calidad y de las evaluaciones de los pares anónimos.

Anexo I

Normas de estilo

Normas generales

- Aquellos documentos que se no se ajusten a las reglas de estilo recogidas en el presente anexo podrán ser descalificados automáticamente por los jurados nacionales o por el jurado internacional de La Haya.
- La extensión máxima de los artículos escritos en el formato que a continuación se detalla será de 7.000 palabras (incluidas las recogidas en notas al pie de página).
- Los documentos deberán encabezarse con el título del trabajo y el nombre del autor; como nota al pie se insertará su cargo académico o la actividad que desempeña, así como la institución a la que pertenece.
- En la parte superior del texto, antes de comenzar con la primera sección, se deberá incluir un resumen de un máximo de doscientas palabras en español, así como cinco palabras clave (este resumen no se contará dentro de las 7.000 palabras que, como máximo, ha de tener el texto principal).
- Se utilizará la siguiente jerarquía de titulación:
 - 1. Título 1
 - 1.1. Subtítulo 1
 - 1.1.1. Subtítulo 2
 - 2. Título 2
- Al final del artículo, deberá incluirse un listado de referencias jurisprudenciales y bibliográficas (esta sección tampoco se contará dentro de las 7.000 palabras que, como máximo, ha de tener el texto principal). A los efectos de facilitar el proceso de edición, se solicita que para la elaboración de este listado no se utilice la herramienta que ofrece Word para la creación de bibliografías.
- Los artículos deben ser enviados como documentos de Word y en formato PDF a todas las personas que se indiquen en la convocatoria.

Normas de formato

Letra:

Times New Roman, 12 puntos.

Espaciado:

Anterior: 0 puntos.

Posterior: 10 puntos.

Interlineado: 1,5

Márgenes:

Superior e izquierdo: 3 cm

Inferior y derecho: 2,5 cm

Notas al pie:

Letra: *Times New Roman*, 10 puntos.

Anterior: 0 puntos.

Posterior: 10 puntos.

Interlineado: 1,15

Epígrafes:

Los primeros epígrafes se presentarán en numeración romana.

Normas de cita

[Se deberá citar poniendo la inicial de los nombres tras los apellidos].

1. Ejemplo de cita de libros:

DIAZ, E., *Estado de derecho y sociedad democrática*, Taurus, 9ª ed., Madrid, 1998.

2. Ejemplos de citas de trabajos incluidos en volúmenes colectivos:

JELLINEK, G., “La declaración de derechos del hombre y el ciudadano”, trad. de A. García Posada, en VV.AA., *Orígenes de la Declaración de Derecho del hombre y del ciudadano*, edición de J. González Amuchástegui, Editora Nacional, Madrid, 1984, pp. 57-120;

FERRAJOLI, L., “La semántica della teoria del diritto”, en U. SCAPELLI (ed.), *La teoria general del diritto. Problemi e tendenze attuali*, Edizioni di Comunità, Milano, 1983, pp. 81-130.

3. Ejemplos de citas de artículos contenidos en publicaciones periódicas:

BOBBIO, N., “Presente y porvenir de los derechos humanos”, *Anuario de derechos humanos*, Núm. 1, 1981, pp. 2-28.

LAPORTA, F., HIERRO, L., y ZAPATERO, V., “Algunas observaciones sobre la situación de la Filosofía del Derecho en la actualidad”, en VV.AA., *La Filosofía del Derecho en España, Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, Núm. 15, 1975, pp. 93-120.

4. Ejemplos de citas de documentos electrónicos:

En caso de cita de documentos electrónicos o páginas web deberá indicarse tras la referencia la dirección URL y la fecha de acceso a esos textos tras la leyenda «consulta:».

AMBOS, Kai, “El test de complementariedad de la Corte Penal Internacional (artículo 17 Estatuto de Roma)”, [En línea], InDret. *Revista para el análisis del Derecho*, Num. 2, 2010. Disponible en <<http://www.indret.com/pdf/727.pdf>> [Consulta: 30.06.2011].

Normas de abreviaturas

En caso de utilización de siglas, estas deberán expresarse entre paréntesis después de la primera referencia en el texto.

A continuación se detallan algunas de las abreviaturas más comunes que podrán ser utilizadas, entre otras cosas, para simplificar las citas:

Abreviatura	Significado	Uso
cfr. (confer) vid. (vide / videtur)	confróntese véase	Referencia a una obra donde se pueden encontrar las mismas ideas o donde se amplía un tema
et al. (et alteri / et alii)	y otros	Datos bibliográficos, para ahorrarnos un listado abundante de coautores, se cita el principal seguido de et al.
ibid. (ibídem) id. (idem)	allí mismo el/lo mismo	En la misma obra y página ya citada En la misma, pero otra página.
cit. (citatum)	citado	Se escribe el autor y el título de la obra, pero ningún dato más, excepto la página.
trad.	traductor	Datos bibliográficos
Vol.	volumen	Datos bibliográficos
t.	tomo	Datos bibliográficos
p.	página	Datos bibliográficos
pp.	páginas	Datos bibliográficos
Núm.	número	Datos bibliográficos

Autorización para publicación

Señores

Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario, Editorial Tirant Lo Blanch e Instituto Iberoamericano de La Haya para la Paz, los Derechos Humanos y la Justicia Internacional (IIH).

Yo, (escriba su nombre completo) _____, mayor de edad, domiciliado en la ciudad de (ciudad de residencia) _____, en (país) _____, identificado como aparece al pie de mi firma, creador del texto titulado “Escriba el título de su artículo” _____, como parte de la publicación *Anuario Iberoamericano de Derecho Internacional Penal*, por medio de este documento autorizo voluntariamente a la Universidad Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario, la Editorial Tirant lo Blanch y al IIH para publicar la obra en mención, en versión impresa y electrónica.

Asimismo, conozco que, en razón de naturaleza académica de la Universidad, la obra será publicada a título de ilustración con fines educativos, sin ánimo de lucro y, por lo tanto, autorizo que los fondos que se llegaren a recaudar por su divulgación se destinen a apoyar el financiamiento de los costos sufragados por la Universidad Colegio Mayor Nuestra Señora del Rosario para la divulgación de esta u otra obra que publique con estos fines.

Igualmente, declaro que la obra es original e inédita y fue realizada por mí, sin violar o usurpar derechos de autor de terceros. Es de mi exclusiva autoría y detento la titularidad de sus derechos morales; garantizo que no contiene citas o transcripciones de obras no referenciadas; que no contiene declaraciones difamatorias contra terceros ni contrarias al orden público o a las buenas costumbres.

En caso de presentarse cualquier reclamación o acción por parte de un tercero en cuanto a los derechos morales o patrimoniales de autor sobre la obra en cuestión, asumiré toda responsabilidad y saldré en defensa de los derechos aquí otorgados.

Declaro que sobre la obra no pesa ningún gravamen, limitación en uso o utilización ni cesión de los derechos patrimoniales que impida desarrollar el objeto de la presente autorización.

Nombre: _____
(escriba su nombre completo)

Documento de identidad: _____
(especifique tipo de documento y número)

Dirección postal y electrónica de correspondencia: _____

Número de teléfono: _____

Firma:

Por favor diligencie el formulario y envíelo cuando presente el artículo al editor o director de la publicación. Es indispensable que el documento contenga su firma autógrafa.