



LA JUSTICIA UNIVERSAL Y EL PRINCIPIO DE *NE BIS IN IDEM*

Dra. D^a. Cristina Rodríguez Yagüe
Profesora Contratada-Doctora de Derecho Penal (UCLM).

El non bis in idem en el Derecho europeo e internacional, Tirant lo
Blanch - Servicio de publicaciones de Castilla – La Mancha

[www.cienciaspenales.net]

LA JUSTICIA UNIVERSAL Y EL PRINCIPIO DE *NE BIS IN IDEM*

Dra. D^a. Cristina Rodríguez Yagüe

Profesora Contratada Doctora

UCLM

1. Introducción: la situación actual del principio de justicia universal.

Si se observa lo que acontece en algunas de las legislaciones y de las decisiones de los tribunales de los países de nuestro entorno se puede llegar a la conclusión de que el principio de justicia universal no pasa por sus mejores momentos. El caso belga, que de contemplar una de las legislaciones más generosas con el principio ha pasado en una década a contar con una de las más restrictivas es el mejor ejemplo. Pero no hace falta salir de nuestras fronteras; los intentos del TS, por el momento fallidos al ser abortados por el TC, de restringir un principio de justicia universal que la LOPJ consagra como absoluto, muestran la tendencia actual hacia un replanteamiento de la extensión y de los “riesgos” de la jurisdicción universal. De este modo, y a pesar de su antigua formulación¹, la configuración y plasmación del principio en la segunda mitad del siglo XX² ha ido pronto seguida, tras un breve a la par que intenso recorrido, no exento de connotaciones políticas, a los más variopintos intentos de limitación.

La realidad es que en la búsqueda del objetivo perseguido por el principio, la lucha contra la impunidad, se dibuja en la actualidad un complicado panorama de posibles variantes concurrentiales donde a menudo parece que en el intento legítimo de priorización de las jurisdicciones que deben investigar y enjuiciar un delito internacional se busca a menudo el establecimiento de criterios, correctores, que dejan sin contenido el sentido del principio de justicia universal.

¹ Como una de sus primeras plasmaciones se ha señalado la formulación de Grocio en *De iure bellis ac pacis*: “Los soberanos, y aquellos que están investidos con un poder igual al de los soberanos, tienen derecho a castigar no sólo las injurias cometidas contra ellos o sus súbditos, sino también aquéllas que no les conciernen especialmente pero que son, para cualquier persona, graves violaciones de la ley natural o de las naciones (...). Los soberanos, junto a la responsabilidad de sus particulares dominios, tienen a su cargo el cuidado de la sociedad humana en general”. Sobre la evolución de sus primeras manifestaciones, desde su limitación a determinados delitos como la piratería, los crímenes de guerra o la esclavitud hasta su orientación para la persecución de los delitos más graves contra los valores de mayor importancia de la Comunidad internacional véase SÁNCHEZ LEGIDO, A.: *Jurisdicción universal penal y derecho internacional*, Tirant Monografías 301, Valencia, 2004, pág. 41 y ss.

² Véase sobre su consolidación, paralela a la consagración de la Comunidad Internacional y de la universalización de los derechos humanos, GARCÍA ARÁN, M.: «El principio de justicia universal», *Crimen internacional y jurisdicción universal. El caso Pinochet*. García Arán, M., López Garrido, D. (coords). Tirant lo blanch, Valencia, 2000, pág. 63 y ss.

Son diversos los supuestos de concurrencia que pueden llegar a producirse entre las jurisdicciones nacionales competentes para conocer de un crimen contra la Humanidad:

- a) Concurrencia entre la jurisdicción territorialmente competente (*locus delicti*) y la de un tercer Estado que actúa en virtud del principio de justicia universal;
- b) Concurrencia entre una jurisdicción nacional competente por los principios de personalidad o de protección de intereses, con la de un tercer Estado competente en virtud del principio de justicia universal;
- c) Concurrencia de dos jurisdicciones nacionales de terceros países ajenos al lugar de comisión en ejercicio de la jurisdicción universal.

A estos supuestos debe añadirse la concurrencia con la jurisdicción de la Corte Penal internacional en aquellos casos en los que, siempre atendiendo a la regla de la complementariedad, ésta tenga competencia, con la jurisdicción de un Estado que, por aplicación del principio de territorialidad, personalidad, real o de protección o de justicia universal, pretende ejercerla en la persecución de un determinado hecho delictivo³.

El objetivo de este trabajo es el análisis de los criterios de solución de conflictos establecidos en ambas dimensiones desde el sentido mismo del principio de justicia universal para identificar y desechar aquellos criterios que, en un intento de corregir las disfunciones reales que el principio puede llegar a producir en su rodaje en la práctica jurisprudencial, pueden dejar en cambio vacío de contenido el principio creando ya no sólo lagunas de impunidad para los crímenes más graves, sino nidos de refugio para sus culpables.

Dado que en algunos foros la Corte Penal internacional ha sido presentada, si no como la superación o sustitución del ejercicio del principio universal por las

³ Y ello sin entrar a estudiar los posibles problemas concurrenciales que teóricamente podrían plantearse entre los tribunales *ad hoc* creados por Naciones Unidas para la persecución de los crímenes en la antigua Yugoslavia y en Ruanda y la Corte Penal Internacional y entre esta última y la Corte Internacional de Justicia, de Naciones Unidas, como pone de manifiesto PIGRAU SOLÉ, A.: «Hacia un sistema de justicia internacional penal: cuestiones todavía abiertas tras la adopción del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional», *Creación de una jurisdicción penal internacional*. Colección Escuela Diplomática nº 4, Madrid, 2000, págs. 70 y 71. En cuanto a la relación entre ambas, señala este autor que podría llegar a darse el supuesto de que la Corte Internacional de Justicia, en tanto tiene competencia para la interpretación de los tratados internacionales que contienen tipos penales, considerara la inexistencia de un genocidio y la falta de responsabilidad internacional del Estado, mientras que la CPI apreciara la existencia del mismo y juzgara a personas por su comisión.

jurisdicciones nacionales⁴, sí como una importante alternativa, es preciso comenzar con el estudio de los criterios de resolución de los supuestos de concurrencia entre aquella y las jurisdicciones nacionales. Para ello, y con carácter previo, es necesario contestar a la pregunta de si tiene sentido la existencia del principio de justicia universal tras la entrada en funcionamiento de la CPI. O, formulado negativamente, cuáles son los ámbitos donde la Corte va a encontrar límites en su actuación para averiguar, en primer lugar, si todavía es operativo el principio de justicia universal y, en segundo, los ámbitos y situaciones en las que no se producirán conflictos de competencia con las jurisdicciones nacionales que, en atención al principio de justicia universal, serán las únicas competentes para enjuiciar los hechos –eso sí, junto con la del Estado en la que los hechos tuvieron lugar-.

2. ¿Sentido del principio tras la entrada en vigor del funcionamiento de la Corte Penal Internacional? Los límites jurisdiccionales de actuación de la Corte.

La creación de la CPI mediante el Estatuto de Roma en julio de 1998, y su entrada en vigor el 1 de julio de 2002, ha transformado profundamente el panorama de la persecución de los delitos que atentan contra la Comunidad Internacional⁵. Como su propio Preámbulo establece, nace con la finalidad de que “los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto no deben quedar sin castigo”.

Sin embargo, su papel no es ilimitado. Todo lo contrario. La jurisdicción de la Corte está sometida a varias limitaciones de distinta naturaleza que condicionan de

⁴ Haciéndose eco de las críticas al principio de justicia universal desde la invocación a la creación de tribunales penales internacionales, BROTONS, A.: «El Tribunal penal internacional y la aplicación efectiva de la justicia universal en relación a los crímenes de lesa humanidad», *El principio de justicia universal* Colex, Madrid, 2001, p. 224. En la misma dirección, afirmaba RODRÍGUEZ RAMOS, L. que «la creación de Tribunales penales Internacionales viene a ser una lógica globalización de esta Justicia mundial, liberando a los Estados de su ejercicio, incluso en el supuesto de que tuvieran cobertura a tal efecto en la normativa internacional». «La extradición de Pinochet: error jurídico y ¿error político? *La Ley* nº 4837, de 12 de julio de 1999 (D-189), pág. 1620.

⁵ Ello sin olvidar los ya mencionados tribunales *ad hoc* creados por el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas para el enjuiciamiento de los crímenes de Yugoslavia (Tribunal Internacional para la Antigua Yugoslavia) – Resolución del Consejo de Seguridad 827 (1993)- y para los crímenes de Ruanda (Tribunal Internacional para Ruanda) –Resolución del Consejo de Seguridad 955 (1994), cuya competencia es concurrente con la de los países donde se cometieron aquellos crímenes. Sobre el papel de ambos tribunales como superadores de las críticas que se formularon a los Tribunales militares internacionales de la II Guerra Mundial –Nürnberg y Tokio– (como tribunales de vencedores sobre vencidos) y como influyentes precedentes en la creación de una Corte Penal internacional, véase QUESADA ALCALÁ, C.: *La Corte Penal Internacional y la soberanía estatal*, Tirant Monografías 383, Tirant lo blanch, Cruz Roja, Valencia, 2005, págs. 58 a 64.

manera importante su ejercicio, lo que no hace sino confirmar la necesidad de reforzar la vigencia del principio de justicia universal en las legislaciones nacionales.

La primera de las limitaciones es de naturaleza eminentemente política. La no ratificación del Estatuto de Roma por algunas importantes potencias mundiales, entre ellas destacan las ausencias de EEUU, China o Israel, supone el primero de los obstáculos al funcionamiento de la Corte⁶. Y ello, al margen del evidente significado político, se traduce en la imposibilidad de que la Corte pueda conocer de los crímenes realizados en los territorios de un Estado no parte o por sus nacionales –a no ser que los cometan en un Estado parte-.

También de naturaleza política es el límite contemplado en el artículo 16 del Estatuto de Roma, por el que el Consejo de Seguridad puede pedir a la Corte que no inicie o que suspenda durante un plazo de doce meses la investigación o el enjuiciamiento de un crimen determinado, petición que además podrá ser renovada por el Consejo de Seguridad.

La competencia de la CPI viene limitada además temporalmente en un triple sentido en el propio Estatuto de Roma (competencia *ratione temporis*). En primer lugar, según establece el artículo 11.1, La CPI es competente únicamente para enjuiciar los crímenes que se han cometido con posterioridad a la entrada en vigor de su Estatuto (art. 11)⁷. Este requisito deja sin competencia a la CPI para entender de todos los asuntos que hasta el momento han llegado a la AN española. Pero además, conforme establece el segundo punto del mismo artículo, la regla general es que si un Estado se hace parte del Estatuto con posterioridad a la entrada en vigor de la Corte, ésta ejercerá su competencia respecto a ese Estado únicamente sobre los crímenes cometidos con posterioridad a esa fecha, a no ser que éste acepte mediante una declaración de conformidad que la Corte ejerza su jurisdicción sobre un crimen concreto (art. 12.3).

⁶ En octubre de 2006, el Estatuto de Roma cuenta con 139 firmas y 102 ratificaciones. El supuesto de no apoyo más relevante, el de EEUU, se materializó con lo que se ha denominado como “retirada de firma”, tras firmar el Estatuto de Roma el 31 de diciembre de 2000. Aunque la firma no obliga a los Estados parte a cooperar con la Corte, sí se entiende que los vincula al menos a no realizar actos contrarios al Tratado así como les obliga moralmente a procurar su ratificación. El art. 18 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados condiciona la obligación de abstenerse de realizar actos que puedan frustrar el fin o el objeto del tratado a la condición de que el Estado interesado no haya manifestado su intención de no llegar a ser Parte en el tratado. Eso es lo que hizo EEUU, seguida de Israel, en 2002 cuando informó al Secretario General de la ONU de su intención de no ser parte en el Estatuto de Roma. QUESADA ALCALÁ, C.: *La Corte penal internacional y la soberanía estatal*, ob. cit., págs. 100 y 101. En cambio hay que destacar que el Estatuto ha sido ratificado por todos los países de Europa occidental, 15 Estados de los países de Europa del Este, 28 Estados africanos, 12 asiáticos y 22 de Latinoamérica y el Caribe.

⁷ Estableciendo, como señala CONDE-PUMPIDO, C., una suerte de jurisdicción irretroactiva. «La justicia universal en la jurisdicción española», *Persona y Derecho*, 51, 2004, pág. 55.

Por último, el art. 124 recoge la posibilidad de establecer una limitación temporal respecto a los crímenes de guerra, posibilitando al Estado, en el momento de hacerse parte, declarar que durante un período de siete años, a contar desde la entrada en vigor del Estatuto en su territorio, no acepta para estos delitos la competencia de la Corte respecto a estos crímenes en su territorio o respecto a sus nacionales.

De gran relevancia son también los límites competenciales, ya de carácter objetivo o materiales, ya subjetivo o personales.

En cuanto a los primeros (competencia *ratione materiae*), el artículo 5 establece la competencia de la Corte únicamente para el crimen de genocidio, los crímenes de lesa humanidad, los crímenes de guerra y el crimen de agresión –y respecto a éste, una vez aprobada la definición del mismo en los términos establecidos en los artículos 121 y 123, creando por tanto una moratoria de siete años y pudiéndose incorporar únicamente si siete octavos de los Estados parte así lo suscriben-. Con esta delimitación competencial se pretende restringir la competencia de la CPI, tal y como establece el artículo 1, a los “crímenes más graves de trascendencia internacional”⁸. Pero por otro lado se dejan fuera de la competencia de la Corte delitos que tradicionalmente han sido objeto de persecución en virtud del principio de justicia universal como el terrorismo, el tráfico de drogas o la piratería⁹. Además, si se tiene en cuenta que como elementos comunes a los delitos tipificados en el artículo 5, y desarrollados en los artículos siguientes, éstos deben ser perpetrados de modo colectivo y organizado, acarreando un elevado número de víctimas, se interpreta que quedan fuera de la competencia de la Corte aquéllos realizados de manera individualizada, que provoquen pocas víctimas – como la tortura, ejecuciones extrajudiciales, desaparición forzosa de personas–¹⁰.

Es el artículo 12 el que establece la competencia subjetiva de la Corte (*ratione personae* y *ratione loci*), limitándola a los Estados parte en el Estatuto cuando el hecho

⁸ Habiéndose utilizado como parámetro, como señala PIGRAU SOLÉ, A., la doble exigencia de especial relevancia internacional del bien jurídico y de la gravedad del ataque a éste. «Hacia un sistema de justicia internacional penal...», ob. cit., pág. 65.

⁹ Y cuya fundamentación para incluirlos dentro del ámbito de la justicia universal no es tanto que suponen un ataque a bienes jurídicos universalmente reconocidos, como sí ocurre con el genocidio o los denominados crímenes de lesa humanidad, como el que lesionan o amenazan a intereses de seguridad de todos los Estados. AMBOS, K.: «Los fundamentos del *ius puniendi* nacional, en particular su aplicación extraterritorial». *Persona y Derecho* nº 51, 2004, págs. 246 y 247. Como ha señalado BROTONS, A.R., Se ha optado por una “tipificación a la baja” de los crímenes contra la Humanidad, pues no se han incluido todos aquéllos que se contemplan en los Convenios internacionales en vigor como crímenes internacionales; ob. cit., pág. 225.

¹⁰ AMBOS, K., *ibidem*, págs. 247 y 248. Como bien afirma este autor, en tanto supongan una violación de los derechos humanos, pueden ser objeto de persecución a través del principio de justicia universal.

haya tenido lugar en su territorio o cuando el acusado sea nacional¹¹. Esta delimitación no responde sino a la naturaleza jurídica del Estatuto como convención internacional¹². De todas maneras, no hay que olvidar que la CPI podrá ejercer su competencia sobre ciudadanos nacionales de un Estado que no es parte en tres situaciones: por razón del lugar de comisión del crimen (art. 12.2 en relación con art. 13), por aceptación de la competencia *ad hoc* (art. 12.3)- mediante declaración depositada en poder del Secretario, respecto a un crimen determinado- o por imposición del Consejo de Seguridad (art. 13 b)¹³.

Debo referirme por último a la limitación derivada de la vigencia del principio de oportunidad, plasmado en el artículo 17 del Estatuto. En virtud de este principio, la Corte puede resolver la inadmisibilidad de un asunto si se considera que no es de gravedad suficiente. También plasma este principio el artículo 53 que permite al Fiscal decidir no iniciar una investigación o bien, una vez realizara ésta, estimar que no hay base suficiente para el enjuiciamiento, si entiende que la investigación no redundaría en interés de la justicia –aún incluso teniendo en consideración la gravedad del crimen y de los intereses de las víctimas-.

¹¹ Teniendo competencia, tal y como establece el artículo 1, sólo respecto a las personas físicas – descartando las organizaciones y los Estados- y, conforme al art. 26, a los mayores de dieciocho años.

¹² Ello enlaza con una de las cuestiones todavía controvertidas en la doctrina como es la competencia de la CPI y el principio de justicia universal. Y ello porque la delimitación *ratione loci* (territorialidad) y *ratione personae* (personalidad activa) de la competencia de la Corte ha sido utilizada por algunos sectores para atacar al principio de justicia universal aduciendo que si el Derecho penal reconociera tal principio, la competencia de la Corte debería ser también universal. Pero, como afirma SÁNCHEZ LEGIDO, A., «la renuncia a la jurisdicción universal de la Corte ha sido, junto con el principio de complementariedad, el precio que se debió pagar para hacer posible la adopción del Estatuto», *Jurisdicción universal penal y Derecho internacional*, ob. cit., págs. 136 y 137. Como afirma este autor, el Estatuto no aborda la cuestión de los títulos que habilitan a los Estados a ejercer la jurisdicción penal por lo que no cabe utilizar el Estatuto ni para cuestionar la existencia del principio de justicia universal en Derecho internacional ni para defenderlo; *ibidem.*, pág.140. A este respecto, puede verse el análisis realizado por ALCAIDE SÁNCHEZ, J. de los artículos del Estatuto donde parece que se recoge el principio de justicia universal y aquéllos otros donde parece contradecirlo, «La complementariedad de la Corte penal internacional y de los tribunales nacionales: ¿Tiempos de “ingeniería jurisdiccional”» *La criminalización de la barbarie: La Corte Penal Internacional*. CGPJ, Madrid, 2000.

¹³ En este sentido afirma GÓMEZ BENÍTEZ, J.M. que de haberse limitado exclusivamente la competencia a los crímenes cometidos en el territorio de los Estados parte, se habría reducido el ámbito universal de la competencia de la Corte hasta límites incompatibles tanto con su propia naturaleza como con los crímenes de su competencia. «La Corte Penal Internacional como órgano de jurisdicción universal». La Rábida, Huelva, 24 de agosto de 2001. Disponible en <http://www.abogarte.com.ar/gomezbenitez.htm>. Es precisamente el art. 12 y el nexo de jurisdicción territorial que en él se establece lo que ha fundamentado la oposición a la CPI de EEUU que requiere que la Corte sólo pueda ejercer su competencia cuando el Estado de nacionalidad del acusado preste su consentimiento. MÁRQUEZ CARRASCO, M.C.: «Alcance de la jurisdicción de la Corte Penal Internacional: jurisdicción universal o nexos jurisdiccionales aplicables». *La criminalización de la barbarie: la Corte Penal Internacional*. Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2000, págs. 368 y 269. Es en el supuesto recogido en el artículo 13 b), imposición del Consejo de Seguridad, cuando se entiende que la CPI interviene a partir del principio de justicia universal.

En resumen, no son pocos los supuestos que quedan fuera de la competencia de la Corte y que, por tanto, podrán ser conocidos por las jurisdicciones nacionales en virtud de los diferentes principios, particularmente el de justicia universal, sin más problemas de concurrencia que los producidos ante el interés de otro Estado en perseguirlos:

- Crímenes cometidos en el territorio o por nacionales de Estados no parte en el Estatuto de Roma (fuera del territorio de un Estado parte);
- Crímenes cometidos en el territorio o por nacionales de Estados parte acontecidos antes de la entrada en vigor del Estatuto –o, de haber sido parte con posterioridad, tras la entrada en vigor de éste en su país, o incluso de haberlo así decidido, en el período de prórroga de siete años para crímenes de guerra-.
- Crímenes cometidos en el territorio o por nacionales de Estados parte que no serán perseguidos en función de motivaciones políticas o en virtud del principio de oportunidad;
- Crímenes cometidos en el territorio o por nacionales de Estados parte que no se adecuan a los requisitos de “masa” o “pluralidad de víctimas”;
- Crímenes cometidos en el territorio o por nacionales de Estados parte no recogidos en el art. 5.

En conclusión, la aplaudida creación de la Corte Penal Internacional no puede cuestionar en modo alguno la vigencia del principio de justicia universal¹⁴. Las importantes limitaciones a su competencia establecidas en el Estatuto de Roma son una muestra de ello. De otro modo, quedarían importantes lagunas de impunidad en materia de persecución y castigo de los crímenes más graves¹⁵.

¹⁴ Analizando su papel complementario RODRÍGUEZ CARRIÓN, A. concluye que «nadie pretenda, pues, que la Corte solucione los problemas de una jurisdicción universal abocada a una justicia penal individual universal». «Aspectos procesales más relevantes presentes en los Estatutos de los Tribunales Penales Internacionales: condiciones para el ejercicio de la jurisdicción, relación con las jurisdicciones nacionales». *Creación de una jurisdicción penal internacional*. Colección Escuela Diplomática nº 4, Madrid, 2000, pág. 169.

¹⁵ Por ello se ha señalado por parte de la doctrina mayoritaria la necesidad no sólo del mantenimiento sino del reforzamiento del principio de justicia universal por parte de las legislaciones nacionales para, junto con la competencia de la CPI, cerrar las brechas de impunidad existentes. Por todos, GARCÍA ARÁN, M.: «Complementariedad recíproca y justicia global: España, Guatemala y la Corte Penal Internacional». *Persona y Derecho* 51, 2004, pág. 281.

Pero tampoco la CPI pretende ser el sustitutivo de la intervención de las jurisdicciones nacionales en aplicación del principio de justicia universal¹⁶ y así lo confirma el principio de complementariedad que regula su relación con el resto de jurisdicciones concurrentes en la investigación y castigo de estos crímenes y por el cual la Corte intervendrá cuando un Estado con jurisdicción no quiera o no pueda intervenir (art. 17). Con ello parece articularse una suerte de principio de intervención internacional penal mínima¹⁷. Así que la CPI no pretende ser prioritaria al resto de jurisdicciones sino todo lo contrario, complementarlas.

3. Supuestos de concurrencia entre las jurisdicciones supraestatales y la jurisdicción nacional.

3.1. La Corte Penal Internacional.

3.1.1. El principio de complementariedad. Criterios establecidos en el Estatuto de la Corte.

A diferencia de los otros Tribunales penales internacionales *ad hoc* existentes, que lo han hecho por el modelo de primacía¹⁸, la CPI ha optado por acudir a un modelo de subsidiariedad para regular sus relaciones con las otras posibles jurisdicciones nacionales que pudieran concurrir en la investigación o enjuiciamiento de un hecho. En estos modelos, son las jurisdicciones nacionales las que tendrán preferencia en el enjuiciamiento de los hechos. Sólo si esta preferencia no es ejercitada, conocerá del asunto el tribunal internacional¹⁹.

¹⁶ Profundizando en esta idea, afirma SÁNCHEZ LEGIDO, A., que ninguno de los tribunales penales internacionales que hasta el momento se han creado o han sido proyectados han tenido la finalidad de asumir en exclusiva la represión de los crímenes de Derecho internacional, sustituyendo de forma absoluta a las jurisdicciones nacionales. A ello contribuye que tanto por razones presupuestarias y de índole práctico como políticas, no es imaginable en la actualidad que todos los Estados acepten con todas sus consecuencias la creación de un poder judicial mundial articulado exclusivamente en torno a instituciones penales supranacionales, lo que, además, tampoco sería deseable puesto que la concurrencia de las jurisdicciones nacionales en el castigo de estos crímenes es beneficiosa en el fortalecimiento del Derecho penal internacional. *Jurisdicción universal penal y Derecho internacional*, ob. cit., pág. 305.

¹⁷ En palabras de PIGRAU SOLÉ, A.: «Hacia un sistema de justicia internacional penal...», ob. cit., pág. 68. Pero tampoco hay que olvidar que, aunque ese principio de complementariedad recoja finalmente una posición subsidiaria de la CPI respecto a otras jurisdicciones nacionales, la jurisdicción de la Corte podría convertirse en jurisdicción primaria y, de facto, exclusiva –al menos para algunos crímenes y Estados– al no disponer muchos países de los mecanismos necesarios para el enjuiciamiento de estos crímenes. *Ibidem.*, pág. 68.

¹⁸ Los Tribunales penales internacionales creados para la Antigua Yugoslavia y para Ruanda se rigen por el principio de concurrencia y por el de preferencia. Véase *infra*.

¹⁹ Estableciendo las diferencias entre uno y otro sistema, SÁNCHEZ LEGIDO, A.: *Jurisdicción universal penal y derecho internacional*, ob. cit., págs. 307 y ss. Como pone de manifiesto QUESADA ALCALÁ, C., el haber otorgado la primacía a la CPI frente a los tribunales nacionales habría comprometido la soberanía estatal al suponer la transferencia absoluta e incondicionada de un asunto a aquélla y la

De esta manera, la CPI es complementaria a las jurisdicciones nacionales. El principio de complementariedad, ya anunciado en el Preámbulo²⁰ y en el artículo 1 del Estatuto²¹, encuentra su plasmación concreta en el artículo 17, que determina las condiciones de ejercicio de la jurisdicción de la Corte. Según este artículo, la CPI intervendrá en aquellos supuestos en los que un Estado con jurisdicción sobre el asunto no pueda realmente intervenir o no esté dispuesto a ello.

Mayoritariamente por la doctrina se interpreta que un Estado tendrá jurisdicción para investigar o enjuiciar un asunto no sólo cuando su competencia devenga del principio de territorialidad, sino también de otros principios de aplicación extraterritorial de su *ius puniendi*, entre ellos sin duda el principio de justicia universal²².

Un Estado no podrá realizar la investigación o el enjuiciamiento bien si no tiene competencia para ello bien si en la práctica no puede llevarlo a efecto. Como elementos que identifican este segundo supuesto establece el tercer párrafo del artículo 17 el colapso total o sustancial de la Administración de justicia, la carencia de ésta, la imposibilidad de hacer comparecer al acusado, la no disposición de pruebas o la ausencia de testimonios necesarios. Más problemático puede resultar identificar aquellos casos en los que un Estado con jurisdicción no esté dispuesto a llevar a cabo tal investigación o juicio. Para ello el mismo artículo 17.2 establece los criterios que deberán ser examinados por la Corte para evaluar la disposición o no de actuación de un Estado. Concretamente se valorará negativamente, y por tanto podrá intervenir la CPI, si la decisión del Estado competente de intervenir se ha adoptado con el propósito de sustraer a la persona de la que se trate de la competencia de la Corte, si se ha producido una demora injustificada en el juicio que sea incompatible con la intención de hacer comparecer a la persona de la que se trate ante la justicia o que el proceso no haya sido o no esté siendo sustanciado de forma independiente o imparcial o se haya sustanciado

obligación de cooperar y de cumplir sus órdenes en materia de prueba y arresto y detención de personas, lo que estando justificado en los Tribunales *ad hoc* al estar creados bajo el auspicio del Consejo de Seguridad y tener jurisdicción limitada, no era tan apropiado para un Tribunal con jurisdicción general como la Corte. *La Corte Penal Internacional y la soberanía estatal*, ob. cit., págs. 313 y 314.

²⁰ Concretamente, “recordando que es deber de todo Estado ejercer su jurisdicción penal contra los responsables de crímenes internacionales” y “destacando que la Corte Penal Internacional establecida en virtud del presente Estatuto será complementaria de las jurisdicciones penales nacionales”.

²¹ Al afirmar que la Corte “tendrá carácter complementario de las jurisdicciones penales nacionales”.

²² Por todos, OLLÉ SESÉ, M.: «Crímenes contra la humanidad y jurisdicción universal». *La Ley Penal*, nº 25, 2006, págs. 5 y ss.

o se sustancie de manera incompatible con la intención de hacer comparecer a la persona de que se trate ante la justicia²³.

En todos estos casos, y siempre que no se dé alguna de las otras causas de inadmisibilidad²⁴, la Corte será competente para investigar e enjuiciar los crímenes internacionales enumerados en el artículo 5.

Pero de no concurrir estos supuestos mencionados, las jurisdicciones nacionales tendrán condición de instancias primarias en la represión de estos crímenes internacionales²⁵. Ahora bien, ese carácter de preferencia de las jurisdicciones nacionales no debe ser confundido con un carácter de primacía de estas últimas. Y ello porque están sometidas al control de la propia CPI, que, como se acaba de ver, conserva la facultad de comprobar que la persecución de un crimen internacional por una jurisdicción nacional se realice con el único fin legítimo de constatar la responsabilidad de un sujeto y no para, eludiendo el enjuiciamiento de la Corte, garantizar su impunidad²⁶.

Y aunque el fin del principio de complementariedad no es otro que el de tratar de eliminar los huecos de impunidad, el proceso establecido en el Estatuto para reservar ese carácter complementario o subsidiario de la Corte puede llegar a ser bastante

²³ Precisamente el hecho de que la CPI se vea abocada a pronunciarse sobre el funcionamiento de la Administración de justicia de los Estados es uno de los riesgos que ha señalado RODRÍGUEZ CARRIÓN, A.J. de la operatividad del principio de complementariedad, al igual que el convertir a la Corte en una última instancia. «Aspectos procesales más relevantes presentes en los Estatutos de los Tribunales Penales Internacionales...», ob. cit., págs. 172 y 173.

²⁴ 1. Que el asunto haya sido objeto de investigación por un Estado con jurisdicción y haya decidido no incoar acción penal contra la persona de que se trate –a no ser que la decisión haya obedecido a que no está dispuesto a realizar tal enjuiciamiento o a que no pueda realizarlo-; 2. Que la persona ya haya sido enjuiciada por la conducta; 3. Que el asunto no sea de gravedad suficiente.

²⁵ Dos son esencialmente los mecanismos establecidos por la Corte para preservar el ejercicio de la jurisdicción por los tribunales internacionales y, con ello, la operatividad de la complementariedad: la inhibición del fiscal y la impugnación de la admisibilidad de la causa y de la competencia en sí de la Corte. QUESADA ALCALÁ, C.: *La Corte Penal Internacional y la soberanía estatal*, ob. cit., págs. 337 y ss.

²⁶ Por ello BROTONS, A.R. habla de “subsidiariedad crítica”, en «El Tribunal penal internacional y la aplicación efectiva de la justicia universal en relación a los crímenes de lesa humanidad», ob. cit., págs. 225 y 226; ALCAIDE SÁNCHEZ, J. lo denomina como preferencia tutelada por la CPI –lo que para este autor atribuye a la CPI una cierta posición preeminente- «La complementariedad de la Corte penal internacional y de los tribunales nacionales: ¿Tiempos de “ingeniería jurisdiccional”» *La criminalización de la barbarie: La Corte Penal Internacional*. CGPJ, Madrid, 2000, págs. 416 y 417; o SÁNCHEZ LEGIDO, A.: *Jurisdicción universal penal y derecho internacional*, ob. cit., págs. 308 a 310. Según este último, estas matizaciones responden a las dos preocupaciones básicas a las que debía responder este principio de complementariedad: por un lado, que era preferible el enjuiciamiento de estos crímenes por las jurisdicciones nacionales y, por otro, la necesidad de garantizar la intervención de la Corte ante las actuaciones de las jurisdicciones nacionales simuladas con el propósito de conseguir la impunidad de los sospechosos, pág. 310. Sí habla de supremacía de la CPI, OLLÉ SESÉ, M., quien señala que el Estatuto de Roma establece un sistema de primacía-complementariedad. La supremacía de la CPI está presente en el artículo 19 del Estatuto, que atribuye a la Corte la decisión, incluso de oficio, de cuándo debe intervenir. «Crímenes contra la humanidad y jurisdicción universal», ob. cit., págs. 5 y ss.

inoperativo por su lentitud y complejidad²⁷. Precisamente los mecanismos establecidos por el Estatuto para solicitar la inadmisibilidad de la competencia de la Corte²⁸, a pesar de los controles establecidos en el texto para tratar de evitar abusos²⁹, pueden servir de mecanismo para ralentizar y tratar de obstruir la persecución de un asunto ante la Corte.

Junto a ello, y paradójicamente, el mantenimiento del principio de justicia universal (particularmente en los supuestos *in absentia*) puede producir efectos totalmente contrarios al espíritu de persecución de la impunidad y de solidaridad entre los Estados para conseguirlo que inunda tanto la idea de justicia universal como la existencia misma de la Corte. Ello es debido a la laxitud con la que se regula el principio de concurrencia en el Estatuto, que atribuye el carácter subsidiario de la Corte ante todo Estado que tenga jurisdicción y alegue que está investigando o enjuiciando el asunto; por tanto no sólo en función del principio de territorialidad, sino también de personalidad, real o justicia universal. Un uso abusivo de su jurisdicción alegando este principio por parte de uno o varios Estados interesados en garantizar la impunidad de unos hechos y la no persecución de sus responsables puede provocar una importante

²⁷ Así lo denuncia, por ejemplo, SÁNCHEZ LEGIDO, A.: *Jurisdicción universal penal y derecho internacional*, ibidem, págs. 311 y ss. De manera más detenida, ALCAIDE SÁNCHEZ, I., que utiliza la expresión “ingeniería jurisdiccional” para referirse al peligro de que se utilicen los mecanismos establecidos en el Estatuto para solicitar la inadmisibilidad de un asunto con el fin de impedir el castigo de estos crímenes, alertando por tanto del riesgo de que se creen paraísos judiciales. Señala este autor que en el caso en el que la concurrencia de la Corte fuera sólo con un único Estado que estuviera investigando o enjuiciando un asunto determinado podrían producirse hasta 23 o más decisiones relevantes relativas a la admisibilidad o no del asunto –11 o más del Fiscal, 3 o más de los Estados, 1 del Consejo de Seguridad, 7 o más del Estado y 2 al menos del acusado–, cifras que se dispararían peligrosamente cuando, por medio de la aplicación del principio de justicia universal, sean más los países que están investigando o enjuiciando ese asunto, «La complementariedad de la Corte penal internacional y de los tribunales nacionales: ¿Tiempos de “ingeniería jurisdiccional”», págs. 432 y 433. Refiriéndose igualmente a los riesgos de la concurrencia de diversidad de jurisdicciones sin que exista una prioridad entre ellas, RODRÍGUEZ CARRIÓN, J.A. «Aspectos procesales más relevantes presentes en los Estatutos de los Tribunales Penales Internacionales: condiciones para el ejercicio de la jurisdicción, relación con las jurisdicciones nacionales», ob. cit., pág. 173.

²⁸ Concretamente a través de los mecanismos establecidos en los artículos 18 y 19. En el primero se establece que cuando el Fiscal decida iniciar una investigación una vez evaluada la existencia de motivos suficientes debe notificarlo no sólo a todos los Estados Partes, sino también a aquellos Estados que, teniendo en cuenta la información disponible, ejercerían normalmente la jurisdicción sobre los crímenes de que se trate. Ello con el fin de que cualquiera pueda reclamar la inhibición de la Corte en el caso en el que esté llevando a cabo ya la investigación de los mismos hechos, ya su enjuiciamiento. El artículo 19 recoge el procedimiento de impugnación de la admisibilidad de un asunto por la Corte, antes del inicio del juicio, por parte del acusado o persona contra la que se ha dictado una orden de detención o de comparecencia, el Estado que tenga jurisdicción por estar o haber investigado o enjuiciado la causa y el Estado sobre el que se requiera su consentimiento de acuerdo con el art. 12.

²⁹ Como, por ejemplo, la limitación del planteamiento de una cuestión de admisibilidad a una vez –a no ser que se aleguen nuevos hechos o un cambio fundamental en las circunstancias (art. 18.7 y 19.4) o la posibilidad de que la Corte con carácter de urgencia autorice al Fiscal, mientras se decide sobre la admisibilidad del asunto tras la solicitud de impugnación, la práctica de pruebas o el requerimiento a los Estados de que adopten medidas para impedir que el sospechoso eluda la acción de la justicia (art. 18.6 y 19.8). Vid. SÁNCHEZ LEGIDO, A.: *Jurisdicción universal penal y derecho internacional*, ob. cit., pág. 312, nota 676.

laguna de impunidad³⁰. No obstante, en los supuestos en los que la Corte no pueda o decida no ejercer su jurisdicción, las jurisdicciones nacionales, en virtud del principio de justicia universal como un engranaje más en el sistema de persecución de los crímenes internacionales, pueden ejercer su jurisdicción, en cierto modo, complementando a su vez a la de la CPI³¹.

3.1.2. La legislación española de implementación al Estatuto de la CPI. La L.O. 18/2003, de 10 de diciembre, de Cooperación con la Corte Penal Internacional.

El Estatuto de la CPI es ratificado por España mediante la LO 6/2000, de 4 de octubre (BOE 5-10-2000). Es a través de la LO 18/2003, de 10 de diciembre, de Cooperación con la Corte Penal Internacional mediante la que se pretende adaptar, junto con la reforma del CP realizada por la LO 15/2003, de 25 de noviembre, la legislación española al Estatuto de la Corte.

Especial interés muestra el legislador español, y así queda plasmado en la propia Exposición de Motivos de la LO 18/2003, en la regulación de los eventuales conflictos competenciales que puedan producirse entre la Corte y los órganos jurisdiccionales españoles, para los que establece los mecanismos de resolución en sus artículos 7 y 8.

Lo trascendental de esta regulación, concretamente del art. 7.2, es que va a matizar el principio de jurisdicción universal, limitando la jurisdicción de los tribunales españoles cuando ejerzan su competencia en virtud del mismo y restringiendo el contenido del principio formulado con carácter general en el art. 23.4 LOPJ³² y, con ello, la competencia extraterritorial española.

El artículo 7 establece que el Ministerio Fiscal y los órganos judiciales españoles se abstendrán de proceder (salvo las primeras diligencias urgentes) ya cuando tengan conocimiento de una denuncia o querrela, ya de oficio, cuando se trate de un delito

³⁰ Peligro igualmente advertido por ALCAIDE SÁNCHEZ, I.: «La complementariedad de la Corte penal internacional y de los tribunales nacionales: ¿Tiempos de “ingeniería jurisdiccional”», pág. 399. Para evitar este efecto “contra natura”, SÁNCHEZ LEGIDO, A. recoge la propuesta ya apoyada por otros autores de que, reinterpreta los artículos 18 y 19 del Estatuto con la necesidad de impedir un uso abusivo de la justicia universal, la Corte limite la preferencia en el enjuiciamiento propia del principio de complementariedad a los Estados del lugar de comisión, de la nacionalidad del presunto autor y de la detención o custodia del mismo. *Jurisdicción universal penal y derecho internacional*, ob. cit., pág. 318 y 319.

³¹ Habla en este sentido GARCÍA ARÁN, M. de un “principio de complementariedad recíproca” entre la CPI y los Estados que ejerzan la justicia universal. «Complementariedad recíproca y justicia global: España, Guatemala y la Corte Penal Internacional», ob. cit., pág. 273.

³² Tal es la restricción, que el Consejo de Estado, en su Dictamen sobre el Anteproyecto de LO de Cooperación con la Corte Penal Internacional, de 12 de junio de 2003, señala la necesidad de que el texto del Anteproyecto explicita las consecuencias que tiene respecto al principio de justicia universal, procediendo a reformar el texto del art. 23.4 LOPJ.

competencia objetiva de la Corte, no haya sido cometido en el territorio español y sus presuntos autores no sean nacionales españoles. En estos supuestos, únicamente se limitarán a informar al denunciante, querellante o solicitante de la posibilidad que tienen de acudir directamente al Fiscal de la CPI. Se evita con ello la concurrencia simultánea de dos instrucciones judiciales sobre el mismo hecho.

Por tanto, en aquellos supuestos donde exista competencia objetiva de la CPI y la competencia de los órganos jurisdiccionales españoles no sea a partir del principio de territorialidad o del principio de personalidad activa, se establece la prioridad de la CPI frente a los tribunales españoles. Y ello supone, a su vez, una expresa autolimitación del principio de justicia universal español³³. La Corte será subsidiaria, en cambio, respecto a los hechos, competencia objetiva de la misma, que bien se hayan realizado en nuestro país, bien sus presuntos autores ostenten la nacionalidad española. También será prioritaria la jurisdicción nacional en el caso de hechos que no son competencia de la Corte.

No obstante, y con el fin de evitar la impunidad de los hechos, el apartado 3 del art. 7 recoge la posibilidad de que, si el Fiscal no acordara la apertura de la investigación o si la Corte no admitiera el asunto, el denunciante, querellante o solicitante pudiera dirigirse nuevamente ante los órganos españoles, devolviendo a éstos la plenitud de la competencia, en virtud del principio de justicia universal³⁴.

Son los artículos 8 y 9 los que regulan los mecanismos de solución de los eventuales conflictos competenciales entre los órganos jurisdiccionales españoles y la CPI en los casos en los que aquellos tengan prioridad en la competencia: por hechos cometidos en territorio español o por ostentar sus presuntos autores la nacionalidad española –pues, de otro modo, regirá la obligación de inhibición recogida en el art. 7-.

El primero se refiere a los supuestos en los que la causa todavía se encuentra en un estado inicial y existe una concurrencia de jurisdicciones en la tramitación o en el enjuiciamiento de alguno de los delitos competencia de la Corte y del órgano judicial español (según la Ley, cometido en nuestro país o por presuntos autores nacionales), resolviéndose a favor de la competencia española. De esta manera, en los casos de

³³ GARCÍA ARÁN, M.: «Complementariedad recíproca y justicia global: España, Guatemala y la Corte Penal Internacional», ob. cit., pág. 276.

³⁴ Aunque contraria a esta regulación por las razones expuestas más adelante, propone acertadamente QUESADA ALCALÁ, C., que este apartado 3º se extienda a los supuestos en los que, habiendo iniciado la CPI una investigación, ésta se cierre por el Fiscal por razones de oportunidad (art. 53.2 c) o cuando el Consejo de Seguridad pida la suspensión de una investigación o enjuiciamiento. *La Corte Penal Internacional y la soberanía estatal*, ob. cit., pág. 394.

litispendencia o en los que ya se haya ejercido la jurisdicción nacional, se permite al Consejo de Ministros solicitar la inhibición de su actuación al Fiscal de la Corte³⁵.

El artículo 9 se refiere en cambio al supuesto en el que la Sala de Cuestiones Preliminares ya se ha pronunciado sobre la competencia de la CPI en un asunto competencia de los tribunales españoles (que ya ha sido conocido por los tribunales españoles y bien ha recaído sentencia, bien se ha decretado su sobreseimiento libre o esté instruyéndose) siempre que los hechos hayan acontecido en España o sus presuntos autores sean nacionales. En estos supuestos, es el Gobierno el único competente para – mediante Acuerdo del Consejo de Ministros y tras la propuesta conjunta de los Ministerios de Asuntos Exteriores y Justicia- acordar la impugnación de la competencia de la Corte o de la admisibilidad de la causa (art. 19 del Estatuto en relación con art. 17), lo que se realizará antes del inicio del juicio –o excepcionalmente en su iniciación o bien en un momento posterior aduciendo que se ha producido cosa juzgada-³⁶.

Pero incluso en esos supuestos en los que según esta Ley sí tiene prioridad la jurisdicción española, se establece la prevalencia de la CPI cuando, y a pesar de la solicitud de inhibición al Fiscal o de la impugnación de la competencia o la admisibilidad de la causa, la Corte autorice al Fiscal a proceder a la investigación o si decide su competencia. En estos casos establece el art. 10 la inhibición preceptiva del órgano jurisdiccional español a favor de la Corte y, a solicitud de ésta, le remitirá todas las actuaciones realizadas hasta el momento.

En resumen, la LO 18/2003 establece lo que no hizo el Estatuto de Roma: la regulación de los mecanismos de solución de los eventuales conflictos competenciales

³⁵ Tras la notificación del Fiscal de la Corte del inicio de una investigación, el Ministerio Fiscal solicitará de manera urgente al Fiscal General del Estado información sobre la competencia de los tribunales españoles sobre el asunto y sobre si existen o han existido actuaciones penales en relación con el mismo. En el supuesto de que se haya ejercido o se esté ejerciendo la jurisdicción en nuestro país, o incluso a consecuencia de la notificación recibida, se haya iniciado una investigación por las autoridades españolas el Consejo de Ministros deberá resolver sobre la competencia de éstas y en su caso, solicitar la inhibición del Fiscal de la Corte, correspondiendo al Ministerio de Justicia la formulación de la petición de inhibición. Igualmente el Ministerio de Justicia comunicará de manera urgente al Fiscal de la Corte si no se ha ejercido ni se está ejerciendo jurisdicción ni se ha iniciado investigación en nuestro país.

³⁶ La competencia en exclusiva del Gobierno para la presentación de denuncia de una situación ante el Fiscal de la Corte o para requerir la inadmisibilidad de la competencia de la Corte ha sido cuestionada por algunos autores por el riesgo de que la exclusión del poder judicial y del Ministerio Fiscal de tales decisiones pueda suponer una politización del ejercicio de la acción penal en la persecución de crímenes contra la Humanidad. Por ello solicita OLLÉ SESÉ, M., que aunque en virtud del art. 96 CE sea el Gobierno quien dirija la política exterior y, finalmente, interponga la acción penal, se articule a través de algún mecanismo la participación en la decisión ya no sólo del Poder Judicial y del Ministerio Fiscal, sino la audiencia de las víctimas. «Crímenes contra la Humanidad y Jurisdicción Universal», ob. cit., págs. 5 y ss. En el mismo sentido, sobre la necesidad de recabar la opinión del órgano judicial, se pronunció el CGPJ en su Informe al Anteproyecto de L.O. de Cooperación con la Corte Penal Internacional, 14 de octubre de 2003, pág. 21.

que pueden producirse entre las jurisdicciones de los órganos nacionales competentes (concretamente españoles) y la Corte. Y salvo los casos enumerados (territorialidad y personalidad activa), la prioridad de la Corte frente a la subsidiariedad de los órganos jurisdiccionales españoles competentes en la persecución y sanción de unos hechos en virtud del principio de justicia universal.

La promulgación de esta Ley ha provocado una gran discusión doctrinal. Algunos autores han visto en la regulación del artículo 7 de la Ley una injustificada restricción de la esencia del principio de justicia universal y de su regulación en el artículo 23.4 LOPJ³⁷. Igualmente se ha señalado que supone una contradicción con el principio de complementariedad puesto que según el art. 17.1 del Estatuto la jurisdicción nacional en virtud del principio de justicia universal es prioritaria a la CPI y no al revés, como ha pretendido con su regulación la legislación española³⁸.

Para otros, en cambio, no supone sino una restricción relativa del alcance del principio de justicia universal, permitida por el Estatuto de la CPI, puesto que en la búsqueda por la impunidad no tiene por qué ser necesaria la prevalencia de la justicia universal ejercida por los tribunales nacionales sobre la jurisdicción de la Corte³⁹.

³⁷ Y ello porque este principio es aplicable con independencia del lugar de comisión de los hechos y de la nacionalidad que ostenten tanto los sujetos activos como sus víctimas. OLLÉ SESÉ, M.: «Crímenes contra la humanidad y jurisdicción universal», ob. cit., págs. 5 y ss. Considera GIL GIL, A. que a través de este artículo se realiza una cesión de competencia al monopolio político de la interposición de la demanda, impidiendo la actuación del fiscal y de los jueces nacionales y contradiciendo el compromiso adquirido por nuestro país al firmar y ratificar el Estatuto de Roma, de luchar contra el delito. «Jurisdicción de los tribunales españoles sobre genocidio, crímenes contra la humanidad y crímenes de guerra». Disponible en www.uclm.es/idp.

³⁸ Así lo señala QUESADA ALCALÁ, C. para quien no sólo vulnera lo establecido en el Estatuto de Roma sino que contraviene expresamente lo dispuesto en los cuatro Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949, donde se establece el deber de los Estados parte de ejercer su jurisdicción penal, con independencia de la nacionalidad del autor y del lugar de la comisión, contra los autores de las conductas prohibidas en dichos tratados. Con ello se cercena, según esta autora, el principio de jurisdicción universal. *La Corte Penal Internacional y la soberanía estatal*, ob. cit., págs. 392 a 394. También de manera crítica DÍAZ PITA, M.P.: «Concurrencia de jurisdicciones entre los Tribunales penales españoles y la Corte Penal Internacional: Los artículos 8 y 9 de la Ley Orgánica 18/2003, de 10 de diciembre, de Cooperación con la Corte Penal Internacional». *Revista Electrónica de Estudios Internacionales* (www.reei.org), 2005.

³⁹ GARCÍA ARÁN, M.: «Complementariedad recíproca y justicia global: España, Guatemala y la Corte Penal internacional», ob. cit., págs. 277 a 279. Entiende esta autora que por ello no es desacertado que España no compita con la CPI en aplicación del principio de justicia universal y sólo lo haga en los supuestos de aplicación de los principios de territorialidad o de personalidad activa. Aplicando el criterio de la razonabilidad en el ejercicio de la jurisdicción universal, entiende que se trata de integrar las competencias de los órganos jurisdiccionales nacionales y de la CPI basándose en la idea de complementariedad recíproca: si la CPI actúa no es necesario que lo hagan los tribunales españoles en virtud del principio de justicia universal pero cuando aquélla no pueda o no quiera sí deberán ejercer su competencia.

Ciertamente es la propia esencia del principio de justicia universal, la misma que un importante sector doctrinal entiende dañada por los artículos 7 y 8 de la LO 18/2003, la que puede clarificar si se ha limitado de una manera razonada el principio de justicia universal o se le ha vaciado de contenido.

Este principio, basado en la idea de solidaridad entre países, tiene por objeto la protección de intereses supraindividuales. Su fin, la eliminación de la impunidad, puede realizarse ya a través de la intervención de jurisdicciones nacionales en la persecución de estos crímenes con independencia del lugar de comisión y de la nacionalidad del autor, ya a través de la creación de tribunales internacionales. Ambas actuaciones no son excluyentes sino complementarias.

Por ello, a mi juicio, la regulación establecida en los artículos 7 y 8 de la LO 18/2003 no vacía de contenido el principio de justicia universal. Su finalidad no es crear espacios de impunidad ni impedir la actuación de los órganos jurisdiccionales españoles ante crímenes internacionales cometidos en otros territorios. Su fin no es otro que priorizar la Corte por delante de las jurisdiccionales nacionales con el objeto de evitar que éstas se conviertan en sustitutos de la Corte, con las disfunciones ya no sólo de índole política sino también práctica puede producir la excesiva acumulación de asuntos ante la AN española, ante una generosa regulación del principio de justicia universal en el art. 23.4 LOPJ. De esta manera se limita relativamente el principio de justicia universal priorizando la jurisdicción de la CPI sobre la de los órganos jurisdiccionales españoles cuando éstos actúan en virtud del art. 23.4 LOPJ⁴⁰. Pero en ningún caso vacía de contenido el principio de justicia universal, puesto que los órganos jurisdiccionales españoles recobrarán su competencia en el momento en el que la Corte no pueda o decida no intervenir, supuestos que, como ya se ha visto anteriormente, no son escasos⁴¹. Sólo entendiendo que el principio de justicia universal y la CPI son engranajes de la misma maquinaria y que deben establecerse unos criterios ordenadores,

⁴⁰ Para el Consejo de Estado, consecuencia obligada de la aceptación de un Estado parte, como España, de la existencia de una jurisdicción penal internacional, de carácter permanente y con visos de universalidad, es otorgar primacía a la competencia de la Corte frente a las competencias que la regulación nacional atribuye a los órganos jurisdiccionales internos. Dictamen del Consejo de Estado al Anteproyecto de L.O. de Cooperación con la CPI de 12 de junio de 2003.

⁴¹ En este sentido el art. 7.2 de la Ley recibió una valoración positiva del CGPJ argumentando que de esta manera se evitaba «la indeseable situación en la que un órgano judicial español pueda afirmar su jurisdicción preferente a la de la Corte invocando el principio de justicia universal y que este Estado sea utilizado para perseguir un hecho internacionalmente relevante, sustrayendo el conocimiento del asunto a la Corte Penal Internacional». Informe del CGPJ al Anteproyecto de L.O. de Cooperación con la Corte Penal Internacional, 14 de octubre de 2003, págs. 17 y 18.

y a su vez no ya correctores, sino especificadores del art. 23.4 LOPJ, que regulen la concurrencia de ambas instancias en la consecución del mismo fin.

En este sentido, la legislación española no es una excepción, y buena muestra de ello es la actual regulación penal alemana⁴².

Lo que sí llama la atención es que, como se verá a continuación, el legislador español ha abordado el problema “a medias”, puesto que ha establecido una serie de limitaciones al ejercicio de la jurisdicción española basada en el principio de justicia universal únicamente cuando concurra con la de la Corte, pero no ha propuesto criterio alguno que solvente los ya existentes conflictos competenciales entre jurisdicciones nacionales y que por el momento tratan de ser enmendados, formulando diversos mecanismos o puntos de conexión, por la jurisprudencia.

3.1.3. La CPI y las “persecuciones simbólicas”. Supuestos de cosa juzgada y las inmunidades.

Incluso más problemática para la lucha contra la impunidad de los crímenes internacionales que la habitual pasividad y connivencia de algunos Estados en la persecución de los hechos cometidos en su territorio es lo que se ha denominado como persecuciones simbólicas: aquellos supuestos en los que el sujeto es investigado y/o enjuiciado en el país territorialmente competente por la comisión de determinados hechos –en muchos de los casos sin referencia a su dimensión internacional-, con el fin de evitar su persecución internacional, o bien es beneficiado por una ley de amnistía o de punto final o por una inmunidad.

Como un relevante complemento del principio de complementariedad, regula el artículo 20 del ECPI la institución de la cosa juzgada⁴³. El fundamento de la cosa

⁴² En efecto, aunque el artículo 1 del nuevo Código Penal Internacional alemán (*Völkerstrafgesetzbuch*), que entró en vigor el 30 de junio de 2002, extiende su ámbito de aplicación a todos los delitos contra el Derecho internacional en él recogidos, “incluso cuando el hecho haya sido cometido en el extranjero y no muestre ninguna relación con el territorio nacional”, la Ordenanza Procesal Penal alemana (StPO), en su § 153 f 2, que recoge el principio de oportunidad, establece que la fiscalía puede abstenerse de perseguir el hecho punible cuando el mismo es perseguido por la CPI o por el Estado territorial del sospechoso o de la víctima. De esta manera, la competencia de Alemania se torna en subsidiaria tanto de la CPI como de la de terceros Estados que asuman el enjuiciamiento del hecho. AMBOS, K.: «Implementación del Estatuto de Roma en la legislación nacional». *Persecución penal nacional de crímenes internacionales en América latina y España*. 2º edición. Instituto Max Planck de Derecho penal extranjero e internacional. Honrad Adenauer Stiftung, Montevideo, 2003, pág. 27. De manera más detenida sobre la regulación alemana del principio de oportunidad véase infra.

⁴³ Aunque la rúbrica en castellano de este artículo es “cosa juzgada”, la versión inglesa se refiere al “*ne bis in idem*”. Como se ha puesto de manifiesto por la doctrina, en este artículo 20 se recoge no la vertiente

juzgada no es sino garantizar la seguridad jurídica. En cuanto a las decisiones adoptadas por la Corte, la cosa juzgada actúa garantizando la primacía de los principios de justicia internacional y, con ello, de la jurisdicción prevalente de la Corte⁴⁴, mientras que para las decisiones de los tribunales nacionales opera reafirmando la soberanía del Estado en el enjuiciamiento de tales hechos.

El primer apartado de este artículo recoge el efecto de cosa juzgada sobre la propia Corte, pues ésta no podrá procesar nuevamente a una persona por conductas constitutivas de crímenes por las que ya ha sido condenada o absuelta por aquélla. Este efecto se proyecta, en el segundo párrafo, sobre el resto de Tribunales –y no sólo de los Estados parte- que no podrán procesar a una persona por alguno de los crímenes establecidos en el art. 5 del Estatuto de Roma cuando la Corte ya la ha condenado o absuelto, habiendo visto en este apartado la doctrina un principio de primacía de la Corte frente al resto de tribunales⁴⁵.

El tercer párrafo establece, en principio, la prohibición de que la Corte procese a alguien que ya haya sido procesado por otro tribunal por hechos también prohibidos en virtud de los artículos 6, 7 y 8. En todos estos casos, estaremos ante una de las cuestiones de inadmisibilidad del artículo 17 o de impugnación de la competencia de la Corte o de la admisibilidad de la causa según el artículo 19.

Ahora bien, este tercer párrafo recoge dos excepciones al principio de cosa juzgada, excepciones que van a permitir a la Corte actuar en aquellos supuestos en los que el procesamiento por el tribunal nacional no se haya caracterizado por su objetividad e imparcialidad. Concretamente, si el procesamiento ha respondido a la finalidad de sustraer al acusado de su responsabilidad penal por crímenes de la competencia de la Corte o si el procedimiento no se ha instruido de manera

material del principio, que se contempla de forma implícita, sino la vertiente procesal del principio *ne bis in idem*, la cosa juzgada y la referencia a éste es propia del *common law* donde se corresponde con la prohibición del “*double jeopardy*”. GONZÁLEZ CUSSAC, J.L. y GÓRRIZ ROYO, E.: «Ne bis in idem y determinación de la pena en el Estatuto de la Corte Penal Internacional». Gómez Colomer, J.L., González Cussac, J.L., y Cardona Lloréis, J. (coords): *La Corte Penal Internacional (un estudio disciplinar)*. Tirant lo blanch, Valencia, 2003, págs. 218 y ss.

⁴⁴ Así lo afirma QUESADA ALCALÁ, C. argumentando que sólo de esta manera se puede explicar la capacidad de la Corte de levantar el valor de cosa juzgada a una sentencia nacional y reproducir un nuevo enjuiciamiento en los supuestos en los que aquélla no ha respetado las garantías procesales reconocidas por el derecho internacional o ha actuado de manera imparcial o independiente, *La Corte penal internacional y la soberanía estatal*, ob. cit., pág. 357.

⁴⁵ QUESADA ALCALÁ, C.: ibidem., pág. 354. La referencia a los crímenes recogidos en el art. 5 del Estatuto debe ser entendida como una restricción de la competencia de la Corte sobre crímenes internacionales, por lo que no vulneraría el principio *ne bis in idem* el tribunal que juzga por un crimen en su derecho nacional a un sujeto que ha sido absuelto por la Corte porque la conducta no era constitutiva de un crimen del art. 5 del Estatuto, ibidem., pág. 355.

independiente o imparcial, respetando las garantías procesales reconocidas por el derecho internacional o se ha realizado de una manera incompatible con la intención de someter a la persona a la acción de la justicia.

Aún a riesgo de convertir de esta manera a la Corte en una suerte de última instancia sobre las jurisdicciones nacionales⁴⁶, este tercer párrafo permite desentrañar los supuestos en los que, bajo la cobertura de la seguridad jurídica que fundamenta la figura de la cosa juzgada, lo que se esconde es la falta de voluntad del Estado competente para el enjuiciamiento de estos hechos, cuando no la sustracción a la competencia de la propia Corte o bien un enjuiciamiento parcial y carente de las mínimas garantías procesales.

Por tanto, se puede afirmar el carácter absoluto del principio de cosa juzgada internacional (o la primacía de las decisiones de la Corte) frente al carácter relativo del principio de cosa juzgada interna⁴⁷.

El no enjuiciamiento de un crimen contra la Humanidad, competencia de la Corte según el artículo 5 del ECPI, por la promulgación de una ley de amnistía o de una ley de punto final no pueden impedir la actuación de la CPI. Se trata de un supuesto distinto al de cosa juzgada puesto que el Estado competente ha declinado la facultad de enjuiciar el hecho, no habiendo habido ni proceso ni sentencia en uno u otro sentido (condenatoria o absolutoria). Supone una renuncia a evaluar la responsabilidad penal por unos hechos determinados⁴⁸.

Tampoco las inmunidades serán en principio un obstáculo para el enjuiciamiento de unos crímenes competencia de la Corte. Así lo recoge el artículo 27 del Estatuto que niega cualquier efecto, ya no sólo en tanto condiciones de punibilidad sino también como condiciones de procedibilidad, al ostentar un determinado cargo⁴⁹. Concretamente

⁴⁶ Ibidem., pág. 356.

⁴⁷ Trasladando al ámbito de la CPI los términos utilizados por BOLLO AROCENA, M.D. para referirse al alcance de la cosa juzgada en los Tribunales penales internacionales *ad hoc*. *Derecho internacional penal...* ob. cit., pág. 472.

⁴⁸ Este caso es diverso al supuesto de un indulto particular, donde la persona sí ha sido enjuiciada y se ha determinado su responsabilidad penal. A no ser que concurra alguna de las dos excepciones al efecto de cosa juzgada contenido en el artículo 20.3, la CPI no podrá volver a juzgar a la persona que ya lo fue y luego se vio beneficiada por un indulto.

⁴⁹ No hay que olvidar que la regulación de las inmunidades que realiza el Estatuto ha sido uno de los mayores problemas que han surgido en numerosos Estados al verse obligado a compatibilizar el Estatuto de Roma con su regulación, normalmente en sus Constituciones nacionales, y que obligó bien a revisar y reformar éstas, bien a interpretarlas de manera conforme a lo establecido en el Estatuto. Sobre este

establece este artículo la imposibilidad de eximir la responsabilidad penal, ni de reducir la pena, a la condición de ostentar un cargo oficial, ser jefe de Estado o de Gobierno, miembro de un Gobierno o Parlamento, representante elegido o funcionario de Gobierno. Y refiriéndose expresamente a las inmunidades y normas especiales de procedimiento referidas al cargo oficial que ostente una persona, y que sean propias ya del derecho interno de un país, ya del propio derecho internacional, no impedirán el ejercicio de su competencia por la CPI⁵⁰.

3.2. Los Tribunales Penales internacionales *ad hoc*: el principio de concurrencia.

Pero la CPI no es el único Tribunal de carácter internacional con el que pueden plantearse conflictos de concurrencia en el enjuiciamiento de crímenes internacionales por parte de una jurisdicción nacional. Pese a tratarse de tribunales creados para ejercer su jurisdicción en un contexto geográfico y temporal determinado, es perfectamente plausible que puedan aparecer problemas de concurrencia con los Tribunales Internacionales *ad hoc* para el enjuiciamiento de los crímenes acontecidos en la Antigua Yugoslavia y en Ruanda, al menos durante el período de vigencia temporal establecido en sus estatutos. De hecho, y aunque hasta el momento en España no se han planteado, sí ha acontecido en otros países, donde se ha juzgado, y en varias ocasiones, condenado, a responsables por los crímenes acontecidos en la Antigua Yugoslavia⁵¹.

proceso más detenidamente QUESADA ALCALÁ, C.: *La Corte penal internacional y la soberanía estatal*, ob. cit., págs. 137 y ss. Y sobre el interesante caso español, véase el informe del Dictamen del Consejo de Estado de 22 de agosto de 1999, sobre el Estatuto de Roma.

⁵⁰ No obstante, el Estatuto de Roma tiene en cuenta las obligaciones de derecho penal internacional que en materia de inmunidad pueden tener contraídas los Estados (como las reguladas en la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas) y por ello contempla en el artículo 98.1 que la Corte no cursará una solicitud de entrega o de asistencia si el Estado requerido debe actuar de forma incompatible con las obligaciones impuestas por el Derecho internacional respecto a la inmunidad de un Estado o la inmunidad diplomática de una persona o de un tercer Estado, a no ser que la Corte haya obtenido con anterioridad la cooperación de este último para la renuncia a su inmunidad.

⁵¹ Como ha ocurrido por ejemplo en Francia (Caso Javor) o Dinamarca (Caso Saric) que desestimaron la competencia de sus órganos judiciales al no encontrarse los acusados en territorio nacional. Sobre estos casos véase detenidamente BLANCO CORDERO, I.: «Crisis del principio de jurisdicción universal en el Derecho penal internacional contemporáneo», *La Ley*, nº 5980 y 5981, 22 y 23 de marzo, 2004, págs. 1644 a 1647. En el caso alemán, se han instruido entre 1993 y 2001 alrededor de 130 sumarios contra serbios por los crímenes acontecidos en la Ex Yugoslavia, de los cuales cinco han terminado con la condena de sus autores. KALECK, W.: «El principio de justicia universal y su regulación en Alemania». *El principio de justicia universal*. Colex, 2001, pág. 118. Y es que entre la avalancha de refugiados en Alemania tras la guerra de los Balcanes entraron numerosos sospechosos de cometer crímenes contra la Humanidad. Para su persecución se llegó a crear una unidad especial dentro de la Policía (Bundeskriminalamt). HUMAN RIGHTS WATCH: *Universal Jurisdiction in Europa*, 2006, 2006, pág. 66 (disponible en <http://hrw.org/reports/2006/ij0606>). Además se han tramitado entre 1996 y 2000 alrededor de 500 comisiones rogatorias del Tribunal Penal internacional para la ex Yugoslavia. WERLE, G., JESSBERGER, F.: «La punibilidad de los crímenes internacionales en el derecho interno alemán. El código penal internacional alemán». *Revista penal* nº 12, 2003, pág. 128.

Bajo el auspicio del Capítulo VII de la Carta de Naciones Unidas, relativo a la “Acción en caso de amenazas a la paz, quebrantamiento de la paz o actos de agresión”, el Consejo de Seguridad crea el 25 de mayo de 1993 –Resolución nº 827 (1993)- un Tribunal penal Internacional, con sede en La Haya, para el enjuiciamiento de los responsables de las graves violaciones del derecho internacional humanitario que se habían cometido en el territorio de la ex Yugoslavia ante el conflicto entre las repúblicas que formaban parte de la misma a partir de 1991 (TPIY). A petición del Gobierno ruandés, un año después, igualmente al amparo del Capítulo VII de la Carta y siguiendo el precedente del TPIY, para enjuiciar las matanzas acontecidas durante 1994 en Ruanda, el Consejo de Seguridad crea un nuevo Tribunal Penal Internacional ad hoc para el enjuiciamiento de los crímenes internacionales perpetrados en Ruanda (TPIR), con sede en Arusha (Tanzania) –Resolución 955 (1994) de 8 de noviembre-⁵².

La competencia de ambos tribunales es estrictamente delimitada material, territorial y temporal por sus respectivos Estatutos.

En efecto, la competencia material del TPIY se refiere a la investigación y enjuiciamiento de las violaciones graves de las Convenciones de Ginebra de 1949, las violaciones de las leyes y costumbres de la guerra, el genocidio y los crímenes contra la humanidad (arts. 2 a 5). La competencia material del TPIR se extiende al genocidio, crímenes contra la Humanidad y violaciones de las Convenciones de Ginebra (arts. 2 a 4).

La competencia *ratione loci* se limita, en el caso del TPIY, al territorio de la antigua República yugoslava (espacio terrestre, aéreo y aguas territoriales) –art. 8-, esto es, al territorio de las Repúblicas surgidas tras la disolución de la Antigua Yugoslavia. El TPIR está habilitado para juzgar a los presuntos responsables de determinadas violaciones del derecho humanitario cometidos en el territorio de Ruanda y a los ciudadanos ruandeses presuntamente responsables de los mismos hechos cometidos en el territorio de los Estados vecinos, entre el 1 de enero y el 31 de diciembre de 1994 (art. 1).

⁵² Sobre ambos precedentes como antecedentes de la CPI, URIOS MOLINER, S.: «Antecedentes históricos de la Corte Penal Internacional», *La Corte Penal Internacional (un estudio interdisciplinar)*. Gómez Colomer, J.L., González Cussac, J.L., Cardona Llorens, J. (coords). Tirant lo blanch, Valencia, 2003, págs. 44 y ss.

Por último, El Tribunal de la Haya tiene competencia para juzgar los crímenes acontecidos en la Ex Yugoslavia entre el 1 de enero de 1991 (art. 1) y con una fecha de terminación que deberá establecer el Consejo de Seguridad una vez restaurada la paz.

Frente al principio de complementariedad elegido por la CPI como regla para tratar de solucionar los problemas de concurrencia con las jurisdicciones nacionales competentes, los Tribunales penales *ad hoc* se han construido sobre el principio de primacía concurrente o concurrencia preferencial. Ello quiere decir que la competencia del TPI no excluye el ejercicio de la jurisdicción de los tribunales internacionales, pero que el Tribunal Internacional tiene prioridad sobre las jurisdicciones nacionales (arts. 9 Estatuto TPIY y 8 TPIR).

Dos son los recursos efectivos con los que se cuenta para solucionar los conflictos positivos de competencias que pueden plantearse ya no sólo con los órganos judiciales del territorio donde se cometió el hecho delictivo y/o donde se encuentra el presunto responsable sino con aquéllos otros que ejerzan su competencia a partir del principio de justicia universal –con o sin presencia del presunto responsable en su territorio-: el deber de inhibición estatal y el principio de cosa juzgada. Y ambas son manifestaciones de la primacía de los Tribunales *ad hoc* respecto a las jurisdicciones nacionales⁵³.

En cuanto al deber de inhibición, el art. 9 del Estatuto del TPIY (y 8 del TPIR) establece que “en cualquier estadio del procedimiento puede solicitar oficialmente a las jurisdicciones nacionales que se desprendan de un procedimiento en su favor (...)”⁵⁴. Esa inhibición puede formularse en cualquier fase, tanto la instrucción o el enjuiciamiento como en la sentencia o con posterioridad a ella. A su vez, el art. 11 bis del Reglamento de Procedimiento y Prueba del TPIY (no así el del TPIR) prevé la posibilidad de que el TPI se inhiba a favor del tribunal nacional en el que el sujeto ha sido detenido y sus autoridades estén dispuestas a su enjuiciamiento.

La LO 15/994, de 1 de junio, para la cooperación con el Tribunal Internacional para el enjuiciamiento de los presuntos responsables de violaciones graves del derecho internacional humanitario cometidas en el territorio de la exYugoslavia y la LO 4/1998,

⁵³ Véase más detenidamente sobre ambos mecanismos como manifestación del principio de primacía de los TPI *ad hoc* BOLLO AROCENA, M.D., *Derecho Internacional Penal...*, ob. cit., págs. 464 a 475.

⁵⁴ Si ello se conecta con la obligación de los Estados de cumplir con las órdenes emanadas por estos Tribunales internacionales se concreta, como señala BOLLO AROCENA, M.D., en una facultad de los TPI de solicitar la inhibición y en un deber de los tribunales nacionales de cumplir con tal solicitud. *Derecho Internacional Penal...*, ob. cit., págs. 469.

de 1 de julio, para la Cooperación con el Tribunal Internacional para Ruanda, regulan en sus artículos 4 los supuestos de jurisdicción concurrente. En ellos se establece que los tribunales españoles competentes para juzgar los hechos comprendidos en el Estatuto de este Tribunal Internacional iniciarán o continuarán sus actuaciones mientras no sean requeridos de inhibición por este último. Si se realiza tal requerimiento, el juez o tribunal suspenderá el procedimiento (salvo las actuaciones urgentes) remitiendo a la AN lo actuado, quien dictará resolución de inhibición a favor del TPI. Sólo podrá desestimarse el requerimiento de inhibición si los hechos no son competencia temporal o material del TPI. Se establece por último que ningún juez o tribunal pueda plantear conflicto jurisdiccional al TPI, limitándose a señalar las razones que fundamentan su competencia.

También manifestación del principio de primacía de los TPI *ad hoc*, al igual que mecanismo que facilita en gran medida la resolución de los posibles conflictos positivos de jurisdicción, se regula por el art. 10 del ETPIY y 9 ETPIR el principio de cosa juzgada –bajo la intitulación principio de *non bis in idem*-. De acuerdo con el mismo, nadie que haya sido ya juzgado por los mismos hechos por el Tribunal Penal Internacional correspondiente podrá volverlo a ser por una jurisdicción nacional⁵⁵. Ahora bien, una persona que haya sido juzgado por un tribunal nacional por hechos constitutivos de graves violaciones del derecho internacional humanitario podrá ser de nuevo juzgado por el Tribunal Internacional si: a) el hecho por el que fue juzgado hubiera sido tratado como un delito común; si la jurisdicción nacional no hubiera actuado de forma imparcial o independiente o si la finalidad del procedimiento era sustraer al acusado de su responsabilidad penal internacional o bien si las diligencias no fueron llevadas a cabo correctamente⁵⁶. Por tanto, y al igual que en este punto ocurría con la CPI, se recoge el principio de cosa juzgada internacional de manera absoluta mientras que el principio de cosa juzgada interna únicamente de manera relativa.

Contempla el primero de los supuestos el artículo 5 de la LO 15/1994, de 1 de junio, bajo la rúbrica Principio *non bis in idem*, que establece que las personas juzgadas en España por un delito ordinario pueden serlo también por el Tribunal internacional, si

⁵⁵ Pudiendo requerir el TPI *ad hoc* al tribunal nacional que cesen su actividad. En caso contrario se prevé un mecanismo por el que la Sala correspondiente puede llegar a informar al Consejo de Seguridad (art. 13 de los Reglamentos de ambos Estatutos).

⁵⁶ En estos casos, como establece el párrafo 3 de estos artículos, la pena impuesta por el TPI deberá tener en cuenta la que ya haya podido cumplir el sujeto por el mismo hecho impuesta por el tribunal nacional.

la calificación dada por éste a los mismos hechos se fundare en las tipificaciones previstas en el Estatuto del Tribunal Internacional⁵⁷.

4. Supuestos de concurrencia entre jurisdicciones nacionales.

4.1. Criterios de limitación de la competencia de los órganos jurisdiccionales nacionales en virtud del principio de justicia universal en el derecho comparado: la exigencia de puntos de conexión.

Ante la regulación del principio de justicia universal y ante su utilización práctica en la persecución de los crímenes de derecho internacional, los Estados se enfrentan con la difícil tarea de evitar, por un lado, convertirse en una suerte de Policía Mundial o de segunda Corte Penal Internacional, particularmente con una regulación generosa del principio carente de limitaciones en su aplicación, o, por otro, configurar un principio más propio del Derecho penal simbólico, cuyas restricciones lo hagan en la práctica totalmente inoperante.

Razones de índole jurídica –como la dificultad de investigar unos hechos acontecidos en un país lejano en muchos casos sin la presencia del sospechoso- y sobre todo de índole político, por las fricciones diplomáticas que el ejercicio de la jurisdicción universal provoca entre los países, conduce a la instauración de límites que condicionen la aplicación del principio por parte de las jurisdicciones de los Estados nacionales. A ello contribuye la consolidación de una instancia jurisdiccional supranacional de carácter permanente como es la CPI⁵⁸.

Algunos Estados requieren para una aplicación extraterritorial de su legislación penal que los crímenes hayan sido cometidos presuntamente por sus nacionales o bien hayan sido víctimas de los mismos⁵⁹. En otros casos, se exige la existencia de un interés

⁵⁷ Siendo el tenor literal del artículo 5 de la LO 4/1998: “Las personas juzgadas en España pueden serlo también por el Tribunal internacional para Ruanda, por los mismos hechos, si la calificación dada por los Tribunales españoles no se fundare en las tipificaciones previstas en el Estatuto del Tribunal internacional”.

⁵⁸ Así por ejemplo la legislación inglesa permite únicamente el ejercicio de la jurisdicción universal a los tribunales estatales en casos de crímenes contra la humanidad o el genocidio si se han cometido antes de la entrada en vigor de la *Internacional Criminal Court Act* de 2001 (art. 50). La jurisdicción universal respecto a la Tortura se hará conforme a la *Criminal Justice Act de 1988* y la Convención contra la Tortura y respecto a los crímenes de guerra conforme a la *Geneva Conventions Act* de 1957 y las cuatro Convenciones de Ginebra. HUMAN RIGHTS WATCH: *Universal Jurisdiction in Europe*, ob. cit., pág. 93.

⁵⁹ Lo que no hace sino encubrir bajo el alegado principio de justicia universal el principio de personalidad activa o pasiva. Este último, por ejemplo, es el que en realidad habilitó a la jurisdicción del Estado de Israel para juzgar en el caso Eichmann, por los crímenes contra el pueblo judío. BASSIOUNI, M.C.: «Historical Perspectives and Contemporary practice». *Virginia Journal of International Law*, vol. 42, 2001, págs 137 y 138. Es así en la regulación holandesa, la Ley de 19 de junio de 2003 (*International Criminal Act*) que extiende su jurisdicción a hechos cometidos fuera de su territorio si el autor era

nacional. Algunos países sólo aplican la jurisdicción universal en tanto un tratado internacional vinculante así lo requiera⁶⁰. Además, numerosas legislaciones exigen la presencia del acusado en su territorio para proceder al inicio de la investigación criminal por estos crímenes⁶¹. Todos estos límites bien se han establecido en las mismas legislaciones⁶², bien son exigidos en la práctica jurisprudencial de los órganos competentes.

En cualquier caso, y muestra de la, a pesar de todo, juventud del principio, el proceso de su plasmación y consolidación en las regulaciones nacionales no está de ningún modo cerrado. Muestra de ello son dos de los últimos procesos existentes, el alemán, donde tras una aplicación muy restrictiva de la jurisdicción universal por parte de su TS se plasma el principio en 2002 en el Código penal internacional alemán, al menos en apariencia, de una manera absoluta e, inversamente, el belga que tras haber disfrutado de una de las legislaciones de mayor amplitud y de haber sucumbido a sus consecuencias, las presiones internacionales por el cariz de los casos que se estaban denunciando ante sus tribunales, ha reformado su legislación en 2003 convirtiéndose en una de las más restrictivas. Ambos procesos, Alemania hacia la ampliación del principio

nacional holandés antes de la comisión de los hechos o si se comete contra un nacional holandés –junto con la tercera posibilidad de enjuiciar los crímenes internacionales si el sospechoso está en territorio holandés-.

⁶⁰ Es el caso de la regulación francesa, donde el artículo 689 del Código de procedimiento criminal prevé la aplicación de la jurisdicción universal de los tribunales franceses a hechos cometidos fuera de su territorio en el caso de las convenciones internacionales expresamente mencionadas en los artículos anteriores, lo que finalmente sólo se traduce en la tortura al no haber referencia a las Convenciones de Ginebra. Requiere además este artículo la presencia del sospechoso en Francia. Además, las leyes n° 95-1 de 2 de enero de 1995 y n° 96-432, de 22 de mayo de 1996 facultan a los tribunales franceses a ejercer la jurisdicción universal *ad hoc* sobre crímenes de guerra, contra la humanidad y genocidio cometidos en la exYugoslavia o en Ruanda o por ciudadanos ruandeses en los territorios vecinos, siempre que se encuentren en territorio francés. HUMAN RIGHTS WATCH: «Universal Jurisdiction in Europe», ob. cit., págs. 55 y 56. También el art. 6 del Código penal suizo exige que se trate de hechos a cuya persecución se encuentre obligada por un Tratado internacional –además de que sea delito en el lugar de comisión y que no haya sido extraditado-. Igualmente la normativa danesa.

⁶¹ Así lo exige el art. 689 del Código de procedimiento criminal francés, para iniciar la investigación aunque el proceso, una vez iniciado, puede continuar aunque el sospechoso abandone el territorio francés. Por ello la única condena basada en la jurisdicción universal, de 1 de julio de 2005 a un oficial mauritano por la tortura de miembros del ejército durante 1990 y 1991 a diez años de prisión fue dictada *in absentia*. Ibidem., pág. 56.. Es también una de las circunstancias que habilitan a los tribunales holandeses para aplicar su jurisdicción contra los crímenes internacionales –art. 1, sección 2° de la Ley de 19 de junio de 2003 (*International Criminal Act*), en el caso de crímenes cometidos con posterioridad al 2 de octubre de 2003. En el caso italiano, si bien no lo exige el texto del artículo 7 del Código penal, sí se trata de una condición de procedibilidad, junto con la petición expresa del Ministro de Justicia, la presencia actual del sospechoso en el territorio estatal. CAPORALE, F.: «El principio de justicia universal y su regulación en Italia», *El principio de justicia universal*, ob. cit., pág. 132.

⁶² Como el art. 689.1 del Código de procedimiento penal francés o del art. 6 bis del Código penal suizo .

y Bélgica hacia su restricción, en teoría tan diferentes⁶³, son un buen termómetro del proceso en el que se encuentra en la actualidad el principio en nuestro país.

En este sentido señalaba en 2001 BASSIOUNI que sólo dos países, Bélgica y España, aplicaban la jurisdicción universal sin la exigencia de un nexo de conexión con el Estado⁶⁴. Dos años después Bélgica pasaba a tener una de las legislaciones más restrictivas de aplicación del proceso mientras que en España se trataba por el TS de trasladar la exigencia de puntos de conexión, en una doctrina fallida tras ser rechazada por el TC.

4.1.1. El modelo alemán: hacia una jurisdicción universal sin puntos de conexión.

El nuevo Código Penal Internacional alemán (*Völkerstrafgesetzbuch*) –VStGB-, que entró en vigor el 30 de junio de 2002⁶⁵, pretende adaptar la jurisdicción alemana respecto a los delitos internacionales a un sistema internacional de justicia criminal⁶⁶, plasmando en su artículo primero, regulador de su ámbito de aplicación, el principio de justicia universal⁶⁷.

De cara a la aplicación del mismo, diferencia el artículo 1 entre los crímenes recogidos en el Código penal internacional y los delitos recogidos en el mismo. Los primeros son aquellos para los que este texto legal contempla una pena mínima de un año: genocidio, crímenes contra la humanidad y crímenes de guerra (§§ 6 a 12). Es respecto a estos hechos para los que el legislador penal ha eliminado el criterio, hasta

⁶³ Pero estas dos legislaciones aparentemente tan diferentes tienen en cambio algunos puntos en común tangenciales: el principio de subsidiariedad y el principio de oportunidad sobre el que ambas pivotan, en un caso hacia la ampliación, en otro caso hacia la restricción. Aunque su aplicación en la práctica pueda llevar a similares conclusiones, sobre todo con una aplicación férrea del § 153 StPO, la diferencia fundamental entre ambas es que mientras lo que en la regulación alemana son criterios que posibilitan la desestimación en aras al principio de oportunidad, en la regulación belga son límites legales no susceptibles de consideración: la imposibilidad de enjuiciar a un no nacional o no residente o ante inexistencia de víctimas no nacionales o no residentes. Véase infra.

⁶⁴ «Universal Jurisdiction for International Crimes...», ob. cit., págs. 136 y 137.

⁶⁵ Y que es el instrumento elegido por el legislador alemán, junto con la Ley para la implementación del Estatuto de la CPI (*IStGH-AusführungsgG*) del año 2002 y una serie de reformas de diversas normas –entre las que destaca la del artículo 16, párrafo 2 de la Constitución para posibilitar la entrega de nacionales alemanes a la Corte- para implementar el Estatuto de la Corte.

⁶⁶ AMBOS, K: «La implementación del Estatuto de la Corte Penal Internacional en Alemania». *RECPC - Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*- 17, 2005, pág. 5.

⁶⁷ § 1 del Código Penal Internacional alemán: “Ámbito de aplicación. Esta Ley rige para todos los delitos contra el Derecho internacional descritos en ella, para los crímenes descritos en ella incluso cuando el hecho fue cometido en el extranjero y no muestra ninguna relación con el territorio nacional”. Traducción por Dra. A. Gil Gil. En AMBOS, K: «La implementación del Estatuto de la Corte Penal Internacional en Alemania», ob. cit., pág. 25. Extiende de esta manera a todos los crímenes internacionales del Código penal internacional el principio de justicia universal anteriormente sólo contemplado para el genocidio y los crímenes de guerra. WERLE, G., JESSBERGER, F.: «La punibilidad de los crímenes internacionales en el derecho interno alemán. El código penal internacional alemán». Ob. cit., pág. 132.

entonces requerido por la restrictiva doctrina del Tribunal Supremo alemán (*BGH*), de la existencia de un punto de conexión nacional, consagrando para ellos el principio de justicia universal al señalar que serán de persecución “incluso cuando el hecho fue cometido en el extranjero y no muestra ninguna relación con el territorio nacional”⁶⁸.

En cambio para el resto de delitos contemplados en este Código penal internacional (regulados en los §§ 13 y 14)⁶⁹ la jurisdicción alemana será competente conforme a los puntos de conexión nacionales que se prevén en los §§ 3 y siguientes del Código penal alemán (*StGB*) –principios de territorialidad, personalidad activa y pasiva, jurisdicción universal y justicia criminal supletoria–.

No obstante, el ejercicio de esta jurisdicción universal para los crímenes internacionales no es ilimitado puesto que el legislador alemán ha optado por vincularlo con el principio de oportunidad en la actuación de la fiscalía con la finalidad de evitar que se produzca una sobrecarga de la justicia⁷⁰. Es el § 153f de la Ordenanza Procesal alemana (*StPO*) el que recoge el orden de priorización de las jurisdicciones competentes para el enjuiciamiento de los crímenes internacionales⁷¹.

En primer lugar, claramente existirá un deber de persecución por los órganos jurisdiccionales alemanes cuando el hecho delictivo tenga un punto de conexión nacional: si el presunto culpable se encuentra en territorio nacional o es esperable su

⁶⁸ Habiéndose calificado por ello como un principio de justicia universal puro. *Ibidem.*, pág. 138.

⁶⁹ Concretamente la infracción del deber de vigilancia y la omisión de comunicación de un delito por parte de jefes militares o superiores civiles respecto a sus subordinados.

⁷⁰ También recogido en la Ordenanza Procesal Penal alemana para a) Delitos de bagatela o de mínima culpabilidad; b) Delitos de gravedad media, con la imposición de medidas de reparación; c) Delitos que ocurrieron el exterior; d) Delitos políticos, por razones de seguridad del Estado o intereses superiores a la persecución penal; e) Colaboración con la justicia, con el criterio de mayor interés; f) Delitos internacionales.

⁷¹ § 153 de la Ordenanza Procesal Penal alemana: “(1). La Fiscalía puede abstenerse de perseguir un hecho punible bajo los §§ 7 a 15 del Código penal internacional en los casos del art. 153 párrafo 1 n° 1 y 2 cuando el culpable no se encuentre en el territorio nacional ni es de esperar tal presencia. Sin embargo, en los supuestos del § 153 c párrafo 1 n° 1 el culpable es alemán, lo anterior sólo regirá cuando el hecho sea perseguido por un tribunal internacional o por el tribunal del Estado en cuyo territorio fue cometido el hecho o cuyos ciudadanos fueron lesionados por el hecho. (2). La fiscalía puede en particular abstenerse de perseguir un hecho punible según los §§ 7 a 15 del Código penal internacional en los supuestos del § 153 c párrafo 1 n° 1 y 2 cuando 1. no exista ninguna sospecha contra un alemán; 2. el hecho no fue cometido contra un alemán; 3. ningún sospechoso se encuentra en el territorio nacional ni es de esperar tal presencia, y 4. el hecho es perseguido por un Tribunal penal internacional o por un Estado en cuyo territorio fue cometido el hecho, cuyo ciudadano es sospechoso del hecho o cuyo ciudadano fue lesionado por el hecho. Lo mismo rige cuando el culpable de un hecho cometido en el extranjero se encuentra en territorio nacional pero se dan los presupuestos previstos en el párrafo 1 n° 2 y 4 y la entrega a un tribunal internacional o la extradición al Estado que persigue es admisible y está prevista. (3) Si en los supuestos de los párrafos 1 o 2 ya se hubiese formulado la acusación pública la fiscalía puede retirar la acusación en cualquier momento del proceso y suspender el proceso”. Traducción por Dra. D^a A. Gil Gil. En *AMBOS, K: «La implementación del Estatuto de la Corte Penal Internacional en Alemania»*, págs. 30 y 31.

presencia y/o si el sospechoso tiene la nacionalidad alemana (§ 153 f párrafo primero)⁷². Los tribunales alemanes sólo podrán abstenerse de actuar contra un alemán por la comisión de estos crímenes en el extranjero cuando ese hecho está siendo perseguido por un Tribunal Penal Internacional, por el Estado donde se cometió el hecho o por el Estado del que la víctima era nacional.

En segundo lugar, establece el segundo párrafo del art. 153 f) la posibilidad de abstención de la fiscalía –o la retirada de la acusación en el proceso ya iniciado- en delitos cometidos en el extranjero cuando: 1. no existe ninguna sospecha contra un alemán; 2. el hecho no fue cometido contra un alemán; 3. ningún sospechoso se encuentra en el territorio nacional ni es de esperar su presencia; 4. el hecho es perseguido por un Tribunal penal internacional, por un Estado en cuyo territorio fue cometido el hecho, cuyo ciudadano es sospechoso del hecho o cuyo ciudadano fue lesionado por el hecho⁷³. Frente al supuesto anterior, donde el legislador ha utilizado el término “puede”, aquí ha añadido “puede en particular” lo que determina no ya tanto su deber de abstención como que normalmente se tenga que abstener en tales supuestos⁷⁴.

La decisión sobre la persecución o no de estos delitos así como del desistimiento de la demanda en cualquier momento del proceso penal compete en exclusiva al Fiscal General (*Generalbundesanwalt*)⁷⁵.

Con ello se establece la competencia subsidiaria de los órganos judiciales alemanes respecto a la CPI y respecto a los terceros países que asumen el enjuiciamiento de un hecho⁷⁶. De esta manera se pretende arbitrar un mecanismo de solución de posibles conflictos jurisdiccionales a través de la prelación de las jurisdicciones competentes, priorizando bien la competencia de los países donde se ha cometido el delito (principio de territorialidad), del país de donde es nacional el autor

⁷² Obligación de persecución deducida en sentido inverso de las excepciones que recoge el tenor literal del primer y segundo párrafo del art. 153 f) de la Orden Procesal alemana. AMBOS, K.: «La implementación del Estatuto de la Corte Penal Internacional en Alemania», pág. 7.

⁷³ Lo mismo rige cuando el extranjero imputado por un hecho cometido en el extranjero se encuentra en territorio alemán pero se da alguno de los supuestos señalados y la entrega a un tribunal internacional o la extradición al Estado que persigue es admisible y está prevista.

⁷⁴ Ibidem., pág. 8. Señalan en este sentido WERLE, G. y JESSBERGER, F. que en este artículo el legislador recurre a una limitación de la obligación de perseguir pero no de la facultad persecutoria. «La punibilidad de los crímenes internacionales en el derecho interno alemán. El código penal internacional alemán», ob. cit., pág. 139.

⁷⁵ Según el § 142 a 1 de la Ley del Poder Judicial (*Gerichtsverfassungsgesetz -GVG*). La competencia en primera instancia para el enjuiciamiento corresponde al Tribunal Superior de cada Land (*Oberlandesgericht*) -*OLG* -§ 120 *GVG*. Será el TS quien designe qué *OLG* será el competente en los casos en los que el crimen internacional se cometa en el extranjero y su imputado no tenga residencia habitual en Alemania ni haya sido capturado en este país (§ 13 *StPO*).

⁷⁶ AMBOS, K.: «Implementación del Estatuto de Roma en la legislación nacional», ob. cit., pág. 27.

(principio de personalidad activa) o del país de donde es nacional la víctima (personalidad pasiva), bien de la competencia de la CPI o de otros Tribunales Internacionales o bien, por último, la de aquellos terceros países que actúan también en aplicación del principio de jurisdicción universal.

De esta forma, el legislador alemán ha establecido el principio de justicia universal sin limitaciones *a priori* de carácter material⁷⁷, relegando los restrictivos puntos de conexión nacional a criterios que deben jugar dentro del orden procesal para, en combinación con la regulación del principio de oportunidad, detectar aquellos casos en los que no existe una expectativa cierta de terminación del proceso⁷⁸.

Mediante esta nueva regulación se despoja a esos puntos de conexión del carácter excluyente del ejercicio de la jurisdicción universal que hasta el momento había tenido. En efecto, y tal y como se acaba de apuntar anteriormente, esta novedosa regulación supone la derogación, al menos parcialmente, de la doctrina del Tribunal Supremo alemán (BGH) sobre los puntos de conexión. Si bien el § 6 del Código penal alemán (StGB), que regula el principio de justicia universal, no exige la existencia de ningún punto de conexión entre el Estado alemán y el hecho delictivo (*Anknüpfungspunkt*)⁷⁹, el TS alemán ha venido requiriendo en su jurisprudencia para ejercer su jurisdicción en base al principio de justicia universal la presencia de un punto legítimo de conexión entre el delito y el Estado alemán con el fin de no vulnerar con su persecución extraterritorial el principio de no injerencia en los asuntos de otros Estados. Existía este punto de conexión cuando el acusado había vivido en Alemania temporalmente o bien era su lugar de residencia habitual o había sido arrestado en este país, no bastando en cambio la presencia de víctimas o denunciantes en el Estado alemán⁸⁰.

⁷⁷ Sin más vínculo que la calidad del injusto de las conductas delictivas. WERLE, G., JESSBERGER, F.: «La punibilidad de los crímenes internacionales en el derecho interno alemán. El código penal internacional alemán», ob. cit., pág. 133.

⁷⁸ En este sentido considera AMBOS que la amplia discrecionalidad que permite este artículo en la facultad de persecución por los órganos judiciales alemanes de aquellos “hechos puramente extranjeros” no supone la retracción del principio de jurisdicción universal sino que responde a una reflexión meramente práctica respecto a aquellas persecuciones penales que no van a tener éxito en Alemania. «La implementación del Estatuto de la Corte Penal Internacional», ob. cit., págs. 8 y 9.

⁷⁹ Al contrario, recoge este artículo una serie de delitos para los que será aplicable el derecho penal alemán cuando sean cometidos en el exterior “independientemente del derecho del lugar del hecho”. Entre ellos, el genocidio –derogado con la entrada en vigor del Código penal internacional-, los delitos de tráfico de drogas, falsificación de moneda y valores, el tráfico de personas o aquellos otros que deban ser perseguidos conforme a los convenios internacionales que así lo establezcan y que sean vinculantes para el Estado alemán.

⁸⁰ ROTH, R., JEANNERET, Y.: «Droit allemand», *Jurisdictions nationales et crimes internationaux*. Cassese, A., Delmas-Marty, M (dirs). Presses Universitaires de France, Paris, 2002, pág. 20. Más

Ahora bien, y pese al paso dado por la legislación alemana en la lucha contra la impunidad hacia un sistema de justicia internacional, la articulación del principio de oportunidad en manos de la Fiscalía no está exenta de peligros⁸¹, puesto que se convierte en una potestad discrecional del Fiscal la búsqueda del equilibrio, siempre inestable, en la lucha contra la impunidad sin caer en los excesos ni de desarticular el principio de jurisdicción universal ante las presiones internacionales, ni de convertirse en una suerte de Policía Mundial o segunda Corte Penal Internacional⁸². Además, y frente a las garantías del principio de legalidad, el principio de oportunidad puede llegar a suponer una amenaza del principio de división de poderes, dejando en manos del fiscal y no de los tribunales, la decisión sobre la persecución de un hecho delictivo, más en un ámbito sometido a profundas presiones diplomáticas y condicionado por las relaciones internacionales.

detenidamente sobre los diferentes casos sobre los que se ha pronunciado el TS alemán, desde la primera vez que aplicó esta doctrina en el caso Tadic -13 de febrero de 1994- hasta su aplicación más relajada en el caso Maksim Sokoloviè -21 de febrero de 2001-, véase BLANCO CORDERO, I.: «Crisis del principio de jurisdicción universal en el Derecho penal internacional contemporáneo», ob. cit., págs. 1645 y 1646. No hay que olvidar que a las limitaciones establecidas por la doctrina de los vínculos legítimos de conexión había que añadir, hasta la entrada en vigor del Código penal internacional la insuficiencia de la regulación alemana en la tipificación de los crímenes internacionales –a excepción del genocidio y la penalización parcial del crimen de guerra- lo que obligaba a interpretar estas conductas de acuerdo con los tipos penales generales del CP alemán. WERLE, G., JESSBERGER, F.: «La punibilidad de los crímenes internacionales en el derecho interno alemán. El código penal internacional alemán», ob. cit., págs. 128 y 129.

⁸¹ Así se deduce del balance realizado por el profesor AMBOS del primer período de vigencia de esta regulación, concretamente hasta el 15 de noviembre de 2005, donde de las 38 denuncias presentadas ante el Fiscal General por crímenes contemplados en el Código Penal Internacional alemán, en 21 casos se abstuvo porque los hechos denunciados fueron cometidos con anterioridad a la entrada en vigor de este texto, en 14 casos se abstuvo de su persecución en atención al principio de oportunidad del § 153 f *StPO* – entre ellos la denuncia contra Donald Rumsfeld y otros por el maltrato de prisioneros iraquíes en la cárcel de Abu Ghraib, entendiéndose que ya estaba siendo investigado por las autoridades estadounidenses – principio de aplicación subsidiaria-. Ello ha llevado a reclamar por algunos autores la articulación de un contrapreso judicial que permita el control judicial de las decisiones del Fiscal basadas en el principio de oportunidad del art. 153 y ss *StPO*. «La implementación de la Corte Penal Internacional en Alemania», ob. cit., pág. 17. Conforme a este principio de oportunidad el Fiscal General ha decidido igualmente la no persecución del Ministro del Interior de Uzbekistán Zokirjon Almatov por entender que no sería finalmente exitosa. Se decidió también no actuar contra el Presidente Chino Jiang Zemin, acudiendo el Fiscal General a las reglas generales de derecho público internacional referidas a la inmunidad (§ 20.2 de la *Gerichtsverfassungsgesetz*)–y a la STJ de 14 de febrero de 2002 sobre el Congo- para desestimar su persecución. Human Rights Watch: *Universal Jurisdiction in Europe*, ob. cit., págs. 63 y 67.

⁸² Habiéndose justificado en cambio la concentración de tal competencia en la figura del Fiscal General tanto por la gravedad del crimen internacional como por la complejidad y envergadura de las investigaciones y por la afectación de intereses de política exterior de la República Federal alemana. No menos importante es la necesidad de un criterio único en la aplicación del Derecho. WERLE, G., JESSBERGER, F.: «La punibilidad de los crímenes internacionales en el derecho interno alemán. El código penal internacional alemán», ob. cit., pág. 140.

4.1.2. El caso belga. Hacia una considerable restricción del principio de justicia universal.

Quizá el caso más paradigmático de restricción del principio se encuentre en la regulación belga, concretamente, en la *Loi relative aux violations graves du droit international humanitaire* de 5 de agosto de 2003, precisamente por tratarse de una Ley que deroga y sustituye una de las legislaciones más amplias en cuanto a la aplicación de la jurisdicción universal⁸³.

En efecto, la *Loi relative à la répression des violations graves de droit international humanitaire* de 16 de junio de 1993, reformada por la ley de 10 de febrero de 1999⁸⁴, atribuía la competencia a los tribunales belgas para el enjuiciamiento de los crímenes de guerra, el genocidio y los crímenes contra la humanidad con independencia del lugar donde hubieran sido cometidos o de la nacionalidad de su autor (art. 7). La presencia del acusado en Bélgica no suponía obstáculo alguno para el inicio de la investigación. Por su parte, el Código de procedimiento procesal contemplaba en su artículo 7 el derecho de las víctimas para iniciar una investigación criminal en aplicación del principio de justicia universal⁸⁵.

También era generosa esta legislación en materia de inmunidad, puesto que su artículo 6 establecía que la inmunidad referida al cargo oficial de una persona no era un impedimento contra la aplicación de la ley.

Tras la condena de dos religiosas y un profesor universitario, ex ministro, por una serie de crímenes llevados a cabo en Ruanda durante 1994⁸⁶, el episodio más polémico relacionado ya no tanto con la jurisdicción universal en general como en particular su aplicación ante personas protegidas por la inmunidad, fue el denominado “caso Yerodia”, el entonces Ministro de Asuntos Exteriores de la República Democrática del Congo respecto al que un juez de primera instancia del Tribunal de Bruselas solicitó una orden de arresto internacional alegando graves violaciones del derecho internacional humanitario. Ante la demanda presentada en octubre del 2000 por

⁸³ La competencia le corresponde a la *Court d'Assises*, compuesta por un juez y doce jurados (tal y como establece el art. 150 de la Constitución belga de 1994).

⁸⁴ Si en su primera formulación la Ley de 16 de julio de 1993 se refería únicamente a la represión de las infracciones de los Convenios de Ginebra de 1949 y de sus Protocolos adicionales de 1977, la Ley de 10 de febrero de 1999 la reforma incorporando los crímenes contra la humanidad y el genocidio.

⁸⁵ Más detenidamente sobre esta regulación véase DAVID, E.: «La regulación del principio de jurisdicción universal en la legislación belga». *El principio de justicia universal*. Colex, Madrid, 2001, págs. 143 y ss y VANDERMEERSCH, D.: «Droit belge», *Jurisdictions nationales et crimes internationaux*, Casese, A., Delmas-Marty, M, ob. cit., pág. 69.

⁸⁶ En sentencia de 8 de junio de 2001. También fueron condenados por el genocidio de Ruanda dos empresarios en el caso de “Los dos hermanos”, en sentencia de 29 de junio de 2005.

el Congo, el Tribunal Internacional de Justicia resolvió el 14 de febrero de 2002 en el caso República Democrática del Congo contra Bélgica que el mandato de detención suponía una violación del Derecho internacional consuetudinario y concretamente del Convenio de Viena sobre la inmunidad diplomática. En cambio el TIJ se abstuvo de pronunciarse sobre la legitimidad de la competencia universal⁸⁷.

Esta generosa regulación del principio de justicia universal, tanto en la extensión de la competencia de los tribunales belgas como en lo referente a las inmunidades, produjo una verdadera avalancha de denuncias contra varios altos cargos militares y presidentes de diferentes países como, entre otros, el Primer Ministro Israelí Ariel Sharon por la matanza en los campos de refugiados palestinos de Sabra y Shatilla⁸⁸, el líder palestino Yasser Arafat, el entonces Jefe de Estado irakí Saddam Hussein, el presidente chino Jiang Zemin por, entre otros, los crímenes contra los seguidores de la secta Falun Gong, Laurent Gbagbo, Jefe de Estado de Costa de Marfil, Hissène Habré, dictador del Chad o contra diferentes autoridades americanas por la Guerra del Golfo de 1991 y la Guerra contra Irak de 2003⁸⁹.

La extensa regulación del principio no pudo soportar ni las fuertes presiones internacionales que exigían una modificación legislativa, ni los temores de las autoridades belgas de que una utilización con tintes políticos de su jurisdicción empañase sus relaciones internacionales con otros poderosos Estados.

Ello produjo dos reformas casi consecutivas de la legislación hasta convertirse en una de las más restrictivas en la aplicación de la jurisdicción universal, reforma además y, por haber sido una de las de mayor alcance del principio, con una fuerte carga simbólica.

⁸⁷ Limitándose a ordenar a Bélgica que anule la orden de arresto. En tanto la legitimidad de los tribunales belgas a partir de la jurisdicción universal debe ser lógicamente previa al pronunciamiento sobre el problema de la inmunidad, se ha interpretado que el silencio del TIJ a este respecto suponía implícitamente el reconocimiento de este principio consagrado en el derecho belga. VANDERMEERSCH, D.: «Droit belge», ob. cit., pág. 90.

⁸⁸ Concretamente respecto al primero de los supuestos, si bien en una primera decisión se requirió la presencia de Ariel Sharon en territorio belga para su enjuiciamiento por la matanza de palestinos en los campos de Sabra y Shatilla, la Corte de Casación señaló en una decisión de 12 de febrero de 2002 la innecesariedad de tal requisito, afirmando la competencia de los tribunales belgas para su enjuiciamiento. No obstante, y tras las modificaciones legislativas a las que a continuación se hará referencia, la Corte de Casación, en una decisión de 24 de septiembre de 2003, ha inadmitido la denuncia al entender que el Primer Ministro israelí gozaba de inmunidad, incorporando con ello la doctrina del TIJ en el caso de la “orden de detención” o “Yerodia”.

⁸⁹ Desde el Presidente George H.W. Bush, el ex-secretario de Defensa Dick Cheney, Norman Schwarzkopf, responsable de las tropas americanas en la Guerra del Golfo o Tommy Franks comandante de las fuerzas de EEUU y Reino Unido en la guerra contra Irak. HUMAN RIGHTS WATCH: *Universal Jurisdiction in Europe*, ob. cit., pág. 37.

La primera restricción del principio de justicia universal se realiza por la *Loi modifiant la loi du 16 juin 1993 relative à la répression des violations graves du droit international humanitaire et l'article 144ter du Code judiciaire* de 23 de abril de 2003. Esta ley introduce el principio de subsidiariedad en tanto posibilita al Fiscal Federal desestimar una demanda cuando, tomando en consideración los intereses de la justicia así como las obligaciones internacionales contraídas por Bélgica, entienda que el asunto debería ser juzgado antes por un tribunal internacional⁹⁰ o por un tribunal en el territorio donde fue cometido o del Estado del que el sospechoso es nacional o del Estado de detención. Se establece de esta manera la subsidiariedad no sólo respecto de los Tribunales internacionales sino también de los nacionales en función del principio de territorialidad o de personalidad activa⁹¹.

Se elimina además el derecho de las víctimas a iniciar la persecución en base a la jurisdicción universal.

Limita igualmente esta efímera reforma la aplicación de la inmunidad, en el sentido de condicionar la aplicación de la ley, a pesar de la cualidad oficial que ostente una persona, a los límites establecidos por el derecho internacional en materia de inmunidad.

Apenas unos meses después, el 5 de agosto de 2003, se promulga la *Loi relative aux violations graves du droit humanitaire*, que restringe de tal manera la aplicación del principio que incluso elimina su mención expresa. Esta ley, que deroga la Ley de 16 de junio de 1993, modifica el Código penal para crear un Título I bis en el Libro II del Código, rubricado “De las violaciones graves del Derecho internacional humanitario” donde se recogen los crímenes hasta entonces sancionados por la Ley de 1993: el genocidio (art. 136 bis), los crímenes contra la humanidad (art. 136 ter), crímenes de guerra (art. 136 quater), y el Código de procedimiento penal de 1878 para introducir las condiciones de su persecución (arts 6, 7 y 10). Concretamente restringe la competencia de los tribunales belgas para el conocimiento de los crímenes señalados cuando el sospechoso es o nacional belga o residente de larga duración, entendiéndose por tal aquel que reside de manera efectiva, habitual y legal durante al menos tres años en el

⁹⁰ En el caso en el que el Fiscal Federal determine la competencia de la CPI, tras consultar con el Consejo de Ministros, será el Ministro de Justicia el competente para referir el hecho a la Corte. Si ésta no ejerciera su competencia, entonces sí tendrían jurisdicción los órganos judiciales belgas (art. 7).

⁹¹ Estableciéndose además la irretroactividad de estas disposiciones con el fin de evitar el enjuiciamiento de los espinosos asuntos que estaban comenzando a llegar ante la *Court d'Assise*.

momento de la comisión del delito. También podrán ejercer la jurisdicción sobre crímenes internacionales cometidos en el extranjero si las víctimas son nacionales belgas o han vivido en Bélgica durante al menos tres años desde el momento de comisión del crimen. Ello no esconde sino una extensión de los principios de personalidad activa y pasiva sobre estos crímenes⁹².

Incorpora además la reforma de agosto de 2003 el principio de oportunidad, permitiendo al Fiscal Federal decidir no investigar un asunto si la queja carece absolutamente de fundamento, si los crímenes denunciados no constituyen una importante violación del derecho internacional humanitario o si no es admisible una acción pública⁹³. Junto a ello, en desarrollo del principio de subsidiariedad, se prevé que pueda desestimar una demanda si entiende que los hechos deben ser juzgados por un tribunal internacional o por los tribunales del lugar donde fueron cometidos, ahora bien, siempre que estas jurisdicciones competentes presenten los caracteres de imparcialidad, independencia y equidad (arts. 10 y 12 bis del Código de procedimiento criminal). De no darse ninguno de los supuestos mencionados, el Fiscal requerirá al Juez de instrucción la investigación de los hechos.

También es mucho más restrictiva esta nueva regulación en cuanto a la aplicación de la inmunidad. Concretamente, se reconoce la inmunidad para los Jefes de Estado o de Gobierno y para los Ministros mientras desempeñan su cargo, para aquellos a los que el Derecho internacional les reconoce la inmunidad y, finalmente, para aquellos a los que un tratado suscrito por Bélgica les declara inmunes⁹⁴.

4.2. Situación española.

4.2.1. Regulación del artículo 23.4 LOPJ. El principio de justicia universal absoluto.

⁹² A ello añade el art. 12 bis del Código de proceso penal la competencia belga para el conocimiento de todas las ofensas cometidas fuera del territorio belga si existe una obligación convencional de persecución, como en el caso de la Convención contra la tortura u otras formas de trato cruel, inhumano o degradante, de 25 de junio de 1999. Para ellos rige también el principio de subsidiariedad y de oportunidad tal en los mismos términos que se señalan para el supuesto contemplado en el art. 10.

⁹³ Aunque el art. 10. 1 bis establece que frente a la decisión del Fiscal Federal no hay recurso, la *Cour d'Arbitrage*, en su decisión nº 62 de 23 de marzo de 2005 se ha pronunciado respecto a una posible revisión judicial de la decisión del Fiscal de no continuar con un asunto. Si bien en el caso en el que éste así lo decida en ejercicio del principio de subsidiariedad, no será posible tal revisión, sí en cambio es posible que el órgano judicial pueda decidir continuar con un asunto una vez que el fiscal ha decidido no abrir una investigación haciendo uso del principio de oportunidad.

⁹⁴ Artículo 1er bis del Título preliminar del Código de procedimiento penal.

En España, es el artículo 23.4 de la L.O. 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial el que regula el principio de justicia universal. Si bien como expresión de la soberanía de cada Estado, la jurisdicción se construye sobre la base del principio de territorialidad (art. 21.1 y 23.1 LOPJ), éste se ve exceptuado, a la vez que completado, por otra serie de principios que no hacen sino extender la competencia de la jurisdicción española a conductas cometidas fuera del territorio español, ya sea en virtud de la nacionalidad del autor (principio personal recogido en el art. 23.2), ya del interés protegido (principio real o de protección contemplado en el art. 23.3). Diferente es el sentido de la tercera entendiéndose bien como excepción, bien como complemento del principio de territorialidad: el principio de justicia universal regulado en el art. 23.4 LOPJ⁹⁵. En efecto, mientras que en los dos primeros casos, principio de personalidad y principio real o de protección es la existencia de un interés estatal lo que fundamenta la competencia extraterritorial de los órganos judiciales españoles –y por ello, se establecen importantes limitaciones a su extensión así como se requiere la existencia de un nexo de conexión, ya sea el territorio ya la nacionalidad del autor⁹⁶-, en el caso de la justicia universal es la naturaleza supranacional de los bienes jurídicos que se tratan de proteger lo que habilita a los órganos jurisdiccionales españoles⁹⁷ para la persecución de determinados crímenes de especial gravedad con independencia del lugar de comisión o de la nacionalidad del autor. Y precisamente su fundamento, la creación de una suerte de principio de solidaridad internacional que elimine las lagunas de impunidad existentes en la persecución y enjuiciamiento de determinados crímenes contra la humanidad, tiene como consecuencia natural el establecimiento de escasos límites en su aplicación y, con ello, en principio, que no se requiera la presencia de algún tipo de conexión, desvinculándose de esta manera con los tradicionales elementos constitutivos

⁹⁵ El tenor literal del art. 23.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ) -6/1985, de 1 de julio establece: “Igualmente será competente la jurisdicción española para conocer de los hechos cometidos por españoles o extranjeros fuera del territorio nacional susceptibles de tipificarse, según la Ley Penal Española, como alguno de los siguientes delitos: a) Genocidio; b) Terrorismo; c) Piratería y apoderamiento ilícito de aeronaves; d) Falsificación de moneda extranjera; e) Los delitos relativos a la prostitución y los de corrupción de menores o incapaces; f) Tráfico ilegal de drogas psicotrópicas, tóxicas y estupefacientes; g) Los relativos a la mutilación genital femenina, siempre que sus responsables se encuentren en España; h) Y cualquier otro que, según los tratados o convenios internacionales, deba ser perseguido en España”.

⁹⁶ BLANCO CORDERO, I.: «Crisis del principio de justicia universal en el Derecho penal internacional contemporáneo», ob. cit., pág. 1637.

⁹⁷ Concretamente, a la Audiencia Nacional que, tal y como establece el artículo 65 de la LOPJ, tiene la competencia para el enjuiciamiento de los “delitos cometidos fuera del territorio nacional, cuando conforme a las leyes o a los tratados corresponda su enjuiciamiento a los Tribunales españoles”.

de la estatalidad⁹⁸. Y ello porque no se trata, como en los supuestos anteriores, de extensión extraterritorial de la soberanía nacional para la protección de propios intereses, sino del ejercicio de la soberanía propia y de forma originaria⁹⁹, en una suerte de delegación de la soberanía supranacional que permite, al tiempo que requiere, la protección de determinados bienes jurídicos propios de la Comunidad internacional¹⁰⁰.

Junto a una limitación referida al Derecho penal sustantivo, como es la exigencia de que los delitos sean susceptibles de ser tipificados como tales según la legislación penal española, y que se trate de alguno de los delitos enumerados en las letras a) a h)¹⁰¹, la LOPJ no establece más restricción que la derivada del principio de cosa juzgada: que “el delincuente no haya sido absuelto, indultado o penado en el extranjero, o, en este último caso, no haya cumplido la condena. Si sólo la hubiera cumplido en parte, se tendrá en cuenta para rebajarle proporcionalmente la que le corresponda”. (art. 23.2 y 5). No se exceptúa su aplicación a otros criterios de conexión como, por ejemplo, si el delincuente se encuentra sometido a investigación por un órgano judicial extranjero¹⁰², la presencia de los autores en territorio español¹⁰³, la nacionalidad española de las víctimas o que el hecho sea constitutivo de delito en el lugar donde fue cometido.

Es más, cuando el legislador ha querido establecer mayores limitaciones, lo ha plasmado en la ley; es el caso de la L.O. 3/2005, de 8 de julio, que reforma el art. 23.4 de la LOPJ para introducir en el catálogo de los delitos sometidos al principio de

⁹⁸ SÁNCHEZ LEGIDO, A.: *Jurisdicción universal penal y derecho internacional*, ob. cit., pág. 37.

⁹⁹ AMBOS, K.: «Los fundamentos del *ius puniendi* nacional, en particular su aplicación extraterritorial», ob. cit., pág. 245.

¹⁰⁰ BARQUÍN SANZ, J.: «Universalidad de jurisdicción por delitos de carácter internacional». *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, nº 14, 1987, pág. 29 y GARCÍA ARÁN, M.: «El principio de justicia universal», ob. cit., págs 60 y ss.

¹⁰¹ Lo que ha sido cuestionado por la SAN de 16 de abril de 2005 que ha condenado por delito de lesa humanidad a Scilingo, cuando éste es un delito no previsto entre el listado sobre el que nuestros tribunales tienen competencia en ejercicio de la jurisdicción universal, deduciendo la competencia de manera directa del carácter internacional del delito. Véase críticamente con esta interpretación, GIL GIL, A.: «La sentencia de la Audiencia Nacional en el caso Scilingo», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 07-r1, 2005 y «Jurisdicción de los tribunales españoles sobre genocidio, crímenes contra la humanidad y crímenes de guerra», ob. cit. En sentido contrario, SANTOS VARA, J., quien ve en la STC 236/2005, un precedente para el reconocimiento de la jurisdicción universal sobre los crímenes contra la humanidad. «La jurisdicción de los tribunales españoles para enjuiciar los crímenes cometidos en Guatemala», *Revista Electrónica de Estudios Internacionales* (2006).

¹⁰² DÍAZ PITA, M.P.: «Concurrencia de jurisdicciones entre los tribunales penales españoles y la Corte Penal Internacional: los artículos 8 y 9 de la Ley Orgánica 18/2003, de 10 de diciembre, de Cooperación con la Corte Penal Internacional», ob. cit., pág. 7.

¹⁰³ Aunque como señala CONDE PUMPIDO, C., sea éste un límite en la práctica del principio, que se ve condicionado a los procedimientos de extradición al no existir en nuestro país los juicios *in absentia* («La justicia universal en la jurisdicción española», *Persona y Derecho*, 51, 2004, pág. 28), ello no impedirá la iniciación de la investigación y la instrucción del sumario, y de ello son ejemplos, entre otros, los casos Pinochet o Guatemala.

jurisdicción extraterritorial la mutilación genital, y que establece dos limitaciones: circunscribe la persecución a la mutilación genital femenina y, en segundo lugar, la condiciona a que sus responsables se encuentren en España.

Esta ausencia de límites ha llevado a afirmar que el artículo 23.4 LOPJ recoge un principio de justicia universal de carácter absoluto.

4.2.2. Restricción de la competencia universal por las decisiones jurisprudenciales.

A) Límites establecidos por la AN en los casos “Argentina: Scilingo, Cavallo” y “Pinochet”: el principio de subsidiariedad y la existencia de un interés nacional legítimo.

Puesto que es la competente para el enjuiciamiento de los delitos cometidos fuera de nuestro territorio, es la AN el órgano jurisdiccional que primero tuvo que pronunciarse sobre el contenido del principio de justicia universal del art. 23.4 LOPJ y establecer el contorno y los límites de la jurisdicción extraterritorial española. Concretamente, a través del Auto del Pleno de la Sala de lo Penal de 4 de noviembre de 1998, sobre los delitos de genocidio, terrorismo y tortura acontecidos bajo la dictadura argentina entre los años 1976 y 1983 (“caso Scilingo”) y en el Auto del Pleno de la Sección 3ª de 5 de noviembre del mismo año, sobre los mismos delitos realizados bajo la dictadura chilena durante el régimen militar instaurado en 1973 hasta 1978 (“caso Pinochet”) –son los denominados “Juicios de Madrid”-. En ambas decisiones, la AN afirma su competencia para el conocimiento de los hechos denunciados, pronunciándose tras los recursos de apelación del Ministerio Fiscal contra la admisión y tramitación de las respectivas querellas por el Juzgado Central de Instrucción de la AN.

A los límites establecidos por el propio articulado del artículo 23.4 LOPJ, la necesidad de que los hechos sean susceptibles de ser calificados como delitos según la legislación española¹⁰⁴ y que el delincuente no haya sido absuelto, penado o indultado en el extranjero por los mismos hechos, ambos criterios no exentos de una ardua polémica interpretativa¹⁰⁵, la AN añade dos correcciones más: la vigencia del principio de subsidiariedad y la necesidad de la presencia de un interés nacional legítimo.

¹⁰⁴ Bastando, en este estadio previo, la apariencia de tales hechos de ser susceptibles de tal calificación puesto que, como el TS señaló en su STS 327/2003, de 25 de febrero, se trata de una calificación provisional, que no supone una calificación definitiva ni que vincule a los órganos competentes del enjuiciamiento de tales hechos.

¹⁰⁵ En cuanto al primero, frente a la tesis defendida por el Ministerio Fiscal en contra de la calificación de los hechos acontecidos bajo las Dictaduras argentina y chilena como genocidio, al no haber sido realizados contra un grupo nacional, étnico, racial o religioso, respondiendo en cambio la represión a

La vigencia del principio de subsidiariedad lo deduce la AN de la interpretación del artículo 6 del Convenio para la prevención y sanción del delito de genocidio de 1948¹⁰⁶. Frente a las tesis sostenidas por el Ministerio Fiscal fundamentando la incompetencia para el enjuiciamiento de los hechos de genocidio por un país donde éste no ha tenido lugar, la AN interpreta en cambio el contenido de este artículo en el sentido de que su anuncio de la creación de un Tribunal penal internacional así como la obligación de persecución de estos delitos por el Estado donde fueron cometidos no excluyen en modo alguno la posibilidad de que sean perseguidos por otros Estados en aplicación del principio de justicia universal¹⁰⁷. Ahora, en la coexistencia entre las diversas instancias competentes, un Tribunal penal internacional, el Estado donde se cometió el genocidio y un tercer Estado, en este caso el español, del texto del artículo 6 deduce la AN la vigencia del principio de subsidiariedad, priorizando las dos primeras respecto a la última, que deberá abstenerse de ejercer su competencia extraterritorial en tanto los hechos estén siendo juzgados por un Tribunal penal internacional o por el Estado donde los hechos tuvieron lugar.

motivaciones políticas, la AN defiende un concepto social de genocidio, no como una conducta dirigida contra una colectividad que tiene en común su origen nacional sino como una conducta dirigida contra un grupo humano nacional con unas características propias, lo que incluye el autogenocidio. Véase para un análisis más exhaustivo de estos razonamientos, LAMARCA PÉREZ, C.: «El principio de justicia universal y la competencia de la jurisdicción española en los casos de Argentina y Chile». *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos, In Memoriam*, vol. I. Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha y Ediciones de la Universidad de Salamanca, Cuenca, 2001, págs. 1105 y ss; De la misma: «La competencia por terrorismo en los casos de Argentina y Chile», *El principio de justicia universal*, Colex, Madrid, 2001, págs. 85 y ss; SERRANO PIEDECASAS, J.R.: «La calificación de los actos contra los derechos humanos conforme a la ley española», *Crimen internacional y jurisdicción universal. El caso Pinochet*. Tirant lo blanch, Madrid, 2000, págs. 104 y ss; Del mismo: «El delito de genocidio. Especial referencia al caso Pinochet». *La Ciencia del Derecho penal ante el nuevo siglo*. Libro Homenaje al Prof. José Cerezo Mir. Tecnos, Madrid, 2002, págs. 1505 y ss. En cambio, en contra de la calificación de estas conductas como genocidio: GIL GIL, A.: *Derecho penal internacional*, Tecnos, Madrid, 1999, pág. 181 y ss, FEIJOO SÁNCHEZ, B.J.: «Reflexiones sobre los delitos de genocidio (artículo 607 del Código penal)», y «Addenda a “reflexiones sobre los delitos de genocidio”», *La Ley*, nº 4693, de 15 de diciembre de 1998, pág. 325 o RODRÍGUEZ RAMOS, L.: «La extradición de Pinochet: error jurídico y ¿error político?», ob. cit., págs. 1621 a 1623. Respecto a la segunda de las cuestiones, concretamente si la jurisdicción española era competente para anular la Ley de Punto final de Obediencia debida argentina o el Decreto-Ley de Amnistía chileno, véase infra. De hecho, con posterioridad, la AN en su sentencia 16/2005, de 19 de abril por el “Caso Scilingo” abandona la calificación de genocidio, terrorismo y tortura sostenida por el juez instructor para condenar los hechos como delitos de lesa humanidad. Más detenidamente sobre las consecuencias del cambio de calificación, GIL GIL, A.: «La sentencia de la Audiencia Nacional en el caso Scilingo». Ob. cit.

¹⁰⁶ Y que establece: “Las personas acusadas de genocidio o de uno cualquiera de los actos enumerados en el artículo 3, serán juzgadas por un Tribunal competente del Estado en cuyo territorio el acto fue cometido, o ante la Corte Penal Internacional que sea competente respecto a aquellas de las Partes contratantes que hayan reconocido su jurisdicción”.

¹⁰⁷ Puesto que, como establece en su razonamiento, otra interpretación vulneraría el espíritu mismo del Convenio puesto que lo que se pretende es evitar la impunidad de estas conductas comprometiendo para ello en su persecución a todos los Estados parte.

El segundo límite corrector establecido por la AN es la necesidad de que exista un interés nacional legítimo que permita el ejercicio de la jurisdicción extraterritorial española. En ambos casos se justifica ante la existencia de víctimas españolas tanto en el “caso Scilingo”, donde más de quinientos muertos y desaparecidos tenían la nacionalidad española y en el “caso Pinochet” donde lo fueron más de cincuenta.

B) Un paso más allá: limitaciones exigidas por la AN en el “caso Guatemala”: la carga de la prueba de inactividad jurisdiccional en el país de comisión.

Un tercer límite corrector fue establecido por la AN dos años después, en el Auto de 13 de diciembre de 2000, que estimando el recurso interpuesto por el Ministerio Fiscal, declaraba la falta de jurisdicción de los tribunales españoles para el conocimiento de la demanda interpuesta por la Premio Nobel por la Paz, Rigoberta Menchú y diferentes asociaciones defensoras de derechos humanos, contra diferentes autoridades civiles y militares con responsabilidades públicas por los delitos de genocidio, torturas, terrorismo, asesinato y detenciones ilegales entre 1978 y 1986.

Junto a la subsidiariedad de la jurisdicción española y la existencia de un interés nacional, e íntimamente relacionado con el primero, incorpora la AN la atribución a los denunciadores de la carga de la prueba del rechazo de la jurisdicción del Estado de comisión, bien porque exista una imposibilidad legal de persecución, bien porque la prolongada inactividad de los órganos judiciales muestren la ausencia de intención de perseguir tales hechos¹⁰⁸. A través de tal exigencia, no está haciendo sino dejar sin contenido, como se verá más adelante, el principio de justicia universal, conduciéndolo a la inoperatividad en la práctica ante la imposibilidad de demostrar una hipotética inactividad presente y futura de los órganos del Estado territorialmente competente.

C) La consagración de los vínculos de conexión en la jurisprudencia del TS en el “caso Guatemala”: exigencia de la presencia del acusado en territorio español y la conexión con intereses nacionales (víctimas españolas).

En su polémica y discutida sentencia (aprobada por 8 votos contra 7), 327/2003, de 25 de febrero sobre el “caso Guatemala”, en la que resuelve contra la competencia de los tribunales españoles para el enjuiciamiento del genocidio maya, el TS incorpora dos

¹⁰⁸ En el presente caso lo entiende como no acreditado al no incluir la Ley de reconciliación nacional guatemalteca ninguna exención de responsabilidad penal por delito de genocidio y, sobre todo, al haber acreditado la denunciante la inactividad de la jurisdicción de este país puesto que no acompañaba a la denuncia una resolución judicial que rechazase la persecución de estos hechos.

nuevos puntos de conexión, a modo de criterios correctores de la aplicación del artículo 23.4 LOPJ: la exigencia de la presencia del acusado en el territorio español y la conexión con intereses nacionales, concretamente, a través de la existencia de víctimas españolas.

Tales restricciones responden a la preocupación del TS por impedir que los órganos jurisdiccionales españoles se pongan en marcha ante cualquier noticia de la comisión de los hechos delictivos reseñados por el art. 23.4 de la LOPJ, con independencia del lugar en el que fueron cometidos y de las nacionalidades de su autor y de su víctima, particularmente ante la inexistencia de restricciones legales en el mencionado artículo así como al no contemplarse el principio de oportunidad por nuestra legislación procesal. A través de estas limitaciones pretende compatibilizar la vigencia del principio de justicia universal con otros principios del derecho internacional público, en especial con el principio de no intervención en los asuntos de otros Estados (art. 2.7 de la Carta de Naciones Unidas).

Diferencia el TS entre dos supuestos: si el principio de justicia universal tiene un origen convencional, reflejado en un Tratado internacional y aceptado por los Estados parte, -o bien cuando existe una intervención decidida por Naciones Unidas- no existirá problema en la aplicación extraterritorial de la jurisdicción¹⁰⁹.

Ahora bien, la solución debe ser diferente cuando la jurisdicción universal es reconocida únicamente por el derecho interno, y no por el derecho internacional, sin conexión con otros intereses nacionales. Para estos casos, e interpretando los criterios de atribución jurisdiccional establecidos por los Tratados internacionales suscritos por nuestro país e incorporados al derecho interno vía art. 96.2 CE, como son el territorio de comisión de los hechos, el principio de personalidad activa o pasiva y la posibilidad de persecución de los hechos si el autor se encuentra en territorio de otro Estado y no se concede su extradición, entiende que es este último, junto con el criterio corrector del interés nacional, como es la existencia de víctimas españolas, los nexos de conexión que

¹⁰⁹ Defienden también la necesidad de que la extensión extraterritorial de la soberanía estatal sea reconocida por una fuente de derecho internacional, ya sean convenios o tratados, ya sea una costumbre consolidada, requiriendo que el principio del art. 23.4 LOPJ tenga la cobertura de convenios internacionales que permitan a España juzgar los delitos allí mencionados, al no poder España invadir unilateralmente la soberanía de otro país, RODRÍGUEZ RAMOS, L., GIL DE LA FUENTE, J.: «Límites de la jurisdicción penal universal española (a propósito de los casos Pinochet y Guatemala)», *La Ley* nº 5788, 26 mayo 2003, págs. 1500 y 1502.

deben exigirse para resolver de manera positiva la persecución de hechos cometidos fuera del territorio español según el principio de justicia universal¹¹⁰.

La exigencia de los vínculos de conexión ha sido ampliamente rechazada tanto por el TC, que como a continuación se verá, la considera vulneradora del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva del art. 24.1 CE, como por la doctrina, incluso por una minoría importante del TS como demuestra la formulación de un importante voto particular defendido por siete magistrados a favor de la admisión a trámite de la querrela.

En primer lugar se ha tachado la fundamentación del TS como de contraria al principio de legalidad, al realizar una interpretación *contra legem* del artículo 23.4 CE. Efectivamente, en la aplicación del principio de justicia universal exige el TS requisitos no contemplados en el artículo 23.4¹¹¹. Tal interpretación desvirtúa el principio de justicia universal, vaciándolo de contenido y relegándolo a una existencia meramente teórica.

El art. 23.4 LOPJ no exige la presencia del sospechoso en el territorio español para establecer la jurisdicción de los órganos jurisdiccionales españoles. Con tal exigencia se está convirtiendo, como se pone de manifiesto en el Voto Particular, un presupuesto de la practicabilidad del enjuiciamiento en un requisito determinante para afirmar la jurisdicción universal de los órganos judiciales españoles. Cierto es que el inicio de un proceso penal *in absentia* no está exenta de posibles problemas ya prácticos

¹¹⁰ Y, en aplicación de estos criterios, resuelve el TS que los tribunales españoles sólo son competentes para la persecución y enjuiciamiento de los hechos denunciados cuyas víctimas fueron españolas: el asesinato de los sacerdotes españoles y de los españoles que murieron en el asalto de la Embajada Española en Guatemala. Esta doctrina es reiterada por el TS en sus sentencias de 20 de mayo de 2003, por el «caso Perú» –por los delitos de genocidio, terrorismo, torturas y detención ilegal ocurridos en Perú desde 1986 hasta la actualidad como forma de represión política-, de 8 de marzo de 2004, por el «caso del general chileno Brady Roche», y la de 15 de noviembre de 2004 por el «caso Scilingo»- por la represión política en Argentina-. En ellas el TS completa los criterios anteriormente señalados afirmando la existencia de una suerte de principio de necesidad de la intervención jurisdiccional, derivado de la jurisdicción universal, que queda inoperativo ante la existencia de una persecución efectiva por parte del país en el que se cometieron los hechos. La admisión de la querrela no requerirá, tal y como estableció la AN, la demostración de la actividad o inactividad de los órganos jurisdiccionales del país donde se cometieron los crímenes; pero sí la aportación de indicios serios y razonables de que los crímenes denunciados no han sido perseguidos hasta el momento de manera efectiva por la jurisdicción territorial, con independencia de la índole de los motivos –políticos, sociales o materiales- que han conducido a la impunidad de hecho. Ésta es la razón por la que en el «caso Perú» se afirma que no existe una necesidad de intervención de la jurisdicción española en tanto existen diversos procesos penales abiertos contra varios de los querrelados. En cambio, sí se admite la competencia de la jurisdicción española en los otros dos casos, del general Brady Roche por el genocidio chileno y de Adolfo Scilingo en Argentina.

¹¹¹ Así lo señala el Voto Particular formulado a la sentencia del Supremo y entre la doctrina, entre otros, BLANCO CORDERO, I.: «Crisis del principio de jurisdicción universal en el Derecho penal internacional contemporáneo», ob. cit., págs. 1647 y 1648 o RUEDA FERNÁNDEZ: «La boicoteada consolidación del principio de jurisdicción universal en el ámbito del ordenamiento español: “el “Genocidio Maya” ante el Tribunal Supremo», *Boletín Aranzadi Penal* nº 6/2003.

–como la práctica de la prueba-, ya políticos, pero tal ausencia puede ser subsanada a través de los mecanismos de cooperación entre países, concretamente de la extradición¹¹². Además, de la opción por algunos legisladores nacionales de incluirlo como requisito en sus ordenamientos, no puede deducirse, como parece que hace el TS, la existencia de una *opinio iuris* que lo articule como requisito del derecho internacional¹¹³.

Pero tampoco el segundo nexo de conexión, la existencia de un interés nacional, encuentra acomodo en el artículo 23.4 LOPJ. Más bien al contrario, produce una confusión entre el principio de justicia universal y el de personalidad pasiva cuando se refiere a las víctimas, único de los principios tradicionales de competencia extraterritorial no acogido por el art. 23 LOPJ o bien con el principio real o de protección, cuando se refiere a “otros intereses nacionales”. Con tal exigencia se olvida la dimensión del principio de justicia universal, que posibilita la sanción de determinados crímenes con independencia de su lugar de comisión y de la nacionalidad de sus autores y víctimas y su fundamento mismo¹¹⁴, puesto que lo que permite el ejercicio de la jurisdicción nacional no es la existencia de un interés nacional, como sí ocurre con el principio de personalidad o de protección de bienes jurídicos, sino la afectación a unos bienes jurídicos de suma importancia para la Comunidad internacional y a cuya protección se comprometen los Estados al contemplar en sus legislaciones la vigencia de tal principio. Por ello, como señala el voto particular, se regula el genocidio en el CP como un delito contra la comunidad internacional, sin exigir la presencia de ningún interés nacional. Distinto a que lo condicione es, sin embargo, que la existencia de un nexo consolide la necesidad de la persecución¹¹⁵. En consecuencia y frente a estos

¹¹² Muestra del funcionamiento de tales mecanismos de cooperación es la decisión adoptada por un tribunal de Guatemala de autorizar la captura, para conceder su extradición, de seis sospechosos por la participación en los hechos denunciados en el “caso Guatemala”. El País, 7-11-2006.

¹¹³ BLANCO CORDERO, I. *Ibidem*, págs. 1647 y 1648. Y ello porque la abstención de perseguir puede responder a muchos motivos, entre otros de naturaleza política, por lo que si una mera práctica negativa, sin una motivación intencional concreta como puede ser la existencia de una inmunidad, no puede ser fundamentadora de una norma consuetudinaria de derecho internacional.

¹¹⁴ Por ello GARCÍA ARÁN, M. señala que la exigencia de tal vínculo supone la derogación del art. 23.4 LOPJ y su sustitución por el principio de personalidad pasiva, lo que supone la negación de la configuración histórica y jurídico positiva del principio de justicia universal. «Complementariedad recíproca y justicia global: España, Guatemala y la Corte Penal Internacional», *ob. cit.*, pág. 270. De la misma opinión, BLANCO CORDERO, I., *Ibidem*, pág. 1648.

¹¹⁵ “La afectación de víctimas o intereses españoles, en el ámbito de un supuesto genocidio, puede actuar sin embargo como nexo de conexión con un interés nacional, que refuerce las razones que justifican que la jurisdicción española acepte el conocimiento del asunto. Pero, en todo caso, la jurisdicción se ejerce, conforme al art. 23.4 a) de la LOPJ, en aplicación del principio de justicia universal, abarcando por tanto la actuación genocida en sentido propio”. A favor de este planteamiento, la utilización del interés nacional como un criterio de razonabilidad en la detección de las denuncias que pueden encubrir una utilización

últimos principios, la doctrina no duda en decir que con el ejercicio de la jurisdicción universal no se está produciendo una extensión de la jurisdicción nacional sobre determinados hechos ocurridos en el extranjero sino que se ejerce de manera originaria¹¹⁶, en tanto miembro de la Comunidad Internacional interesado en luchar contra la impunidad.

En cuanto al criterio utilizado hasta el momento por la AN, el principio de subsidiariedad, el TS, tras negar que se encuentre consagrado por el Convenio para la prevención y sanción del delito de genocidio, rechaza la interpretación sostenida por aquélla, entendiendo que no corresponde a los órganos jurisdiccionales de un Estado enjuiciar la determinación de la actividad o inactividad, real o aparente, de los órganos jurisdiccionales de otro Estado soberano para juzgar los hechos ocurridos en su territorio. Aludiendo a las dimensiones políticas que tal decisión puede tener, concluye que es al Gobierno y no a los jueces a los que les compete la dirección de la política exterior (art. 97 CE).

Frente a ambos planteamientos, el Voto particular defiende que no es el principio de subsidiariedad –rechazando su inclusión ya no sólo en el Convenio de 1948 sino también en la LOPJ- sino el de concurrencia de jurisdicciones el que determina la jurisdicción universal. El orden de priorización competencial de las jurisdicciones competentes y concurrentes para el enjuiciamiento de unos hechos debe provenir entonces del principio de necesidad de la intervención jurisdiccional, derivado de la naturaleza y finalidad de la jurisdicción universal.

D) La STC 237/2005, de 26 de septiembre y el reconocimiento de una jurisdicción universal pura.

En su sentencia 237/2005, de 26 de septiembre, el TC se pronuncia sobre la restrictiva interpretación del art. 23.4 LOPJ realizada ante el caso Guatemala tanto por la AN como por el TS, afirmando que supone la vulneración del derecho a la tutela

abusiva del ejercicio de la jurisdicción universal, BLANCO CORDERO, I., *Ibidem.* GARCÍA ARÁN, M. lo considera, por el contrario, igualmente restrictivo y sin fundamento legal, añadiendo que tal razonabilidad debe derivar de la relación entre la justicia territorial, la justicia universal ejercida por los tribunales internacionales y la ejercida por los tribunales españoles. *Ibidem.*, pág. 271.

¹¹⁶ AMBOS, K.: «Los fundamentos del *ius puniendi* nacional, en particular su aplicación extraterritorial», *ob. cit.*, pág. 245.

judicial efectiva, en su vertiente del derecho de acceso a la jurisdicción y decidiendo en consecuencia su anulación¹¹⁷.

El TC realiza una interpretación literal, acorde con la *voluntas legislatoris*, del art. 23.4 LOPJ, en tanto principio de justicia universal absoluto. Como único límite legalmente admitido señala la cosa juzgada requerida por el párrafo 5º del mencionado artículo. De esta manera, al no existir en la ley otros criterios que permitan restringir la aplicación del precepto estableciendo criterios de corrección, de procedibilidad o de ordenación jerárquica, concluye que cualquier interpretación restrictiva, que suponga una reducción teleológica de la ley, vulnera el art. 24.1 CE.

Pronunciándose sobre la regla de la subsidiariedad sostenida por la AN en sus Autos de 3 y 5 de noviembre de 1998¹¹⁸, el TC entiende que se trata de un criterio razonable de priorización de las posibles jurisdicciones concurrentes, cuyo fin es evitar la duplicidad de procesos y la vulneración del principio *ne bis in idem*. Sí considera en cambio que vulnera el acceso a la jurisdicción el criterio restrictivo incorporado por la AN en su Auto de 2003 en el sentido de exigir a los denunciantes la acreditación plena de la imposibilidad de enjuiciamiento, legal o por inactividad de los órganos judiciales, de los hechos denunciados. Tal interpretación, continúa el TC, supone una *probatio diabólica* de imposible realización, contraria a la finalidad misma del principio, puesto que la inactividad judicial del *locus delicti* bloquearía la jurisdicción del tercer país produciendo, con ello, la impunidad de los hechos denunciados ante la jurisdicción española.

También es contraria al artículo 24.1 CE la tesis de los vínculos de conexión sostenida por el TS en su sentencia de 2003. De manera previa, califica de excesivamente rigorista y carente de sustento argumental la interpretación del TS del art. VI del Convenio sobre Genocidio en el sentido de que impide el establecimiento de la jurisdicción universal en países distintos al lugar de comisión. También es lesivo para el derecho a la tutela judicial efectiva el requerimiento de criterios correctores

¹¹⁷ El derecho a la tutela judicial efectiva, en su doble manifestación de derecho a la obtención de una resolución fundada en derecho y del derecho de acceso a la jurisdicción supone la prohibición de que los jueces y tribunales realicen una interpretación o aplicación de los requisitos y presupuestos legales que supongan un obstáculo injustificado al derecho a que el órgano judicial conozca o resuelva en derecho la pretensión solicitada. Incrementándose además la intensidad del control constitucional cuando se trate de decisiones judiciales que supongan la inadmisión de una demanda, la elusión del pronunciamiento sobre el fondo del asunto o la denegación de jurisdicción cerrando el acceso al proceso. La sentencia anula el Auto de la AN de 13 de diciembre de 2000 y la STS de 25 de febrero de 2003, volviendo las actuaciones al momento inmediatamente anterior al pronunciamiento de la primera.

¹¹⁸ Negando, eso sí, como hace el TS, su deducción del art. 6 del Convenio sobre Genocidio.

provenientes de la costumbre internacional en aquellos casos donde la jurisdicción universal no venga avalada convencionalmente, más aún cuando –haciéndose eco de lo sostenido por el Voto particular- es más que discutible que tales vínculos de conexión formen parte de la costumbre internacional.

Sobre el primero de ellos, la exigencia de la presencia del sospechoso en territorio español, entiende que no es sino un requisito práctico imprescindible para el enjuiciamiento al no existir en nuestro Ordenamiento los juicios *in absentia*. Pero el sometimiento de la actividad jurisdiccional al cumplimiento de tal presupuesto supone una restricción contraria al fin de la jurisdicción universal. Tal criterio no puede ser deducido, como formula el TS de los Convenios internacionales suscritos por España que así lo requieren –estableciendo el principio *aut dedere aut iudicare*– puesto que tales textos vinculan a los delitos a los que se refiere el apartado h)¹¹⁹, mientras que para el resto de delitos el principio de justicia universal es establecido *ex lege*.

También considera contrario al derecho al acceso a la jurisdicción el resto de vínculos de conexión creados por el TS, vínculos que, al igual que el anterior, además de suponer una interpretación forzada, infundada a la par que una reducción *contra legem*, pueden conllevar la derogación de facto del precepto: el establecimiento del principio de personalidad pasiva o la existencia de un interés nacional, que convertiría el precepto en una suerte de principio real o de protección, nada más lejos del fundamento de la jurisdicción universal.

4.2.3. La situación actual del principio de justicia universal en España. ¿Necesidad de una reformulación legal?

La primerísima consecuencia de la STC, tras la anulación de las decisiones sobre el caso Guatemala de AN y TS, es el acuerdo para la unificación de criterios en la aplicación de la jurisdicción universal adoptado por el Pleno de la Sala de lo Penal de la AN el 3 de noviembre de 2005.

Renunciando en consecuencia a la interpretación estricta rechazada por el TC, pero al tiempo tratando de evitar una interpretación que posibilite en la práctica la apertura de diligencias penales ante la noticia de cualquiera de los delitos enunciados por el art. 23.4, la AN decide que, tras el estudio de oficio de la concurrencia de los requisitos exigidos por el Ordenamiento jurídico interno (incluidos los Tratados

¹¹⁹ Lo que supone una aplicación analógica de esta cláusula de cierre a todo el texto del precepto.

internacionales suscritos por España), son dos los criterios que deben ser considerados para decidir la admisión o inadmisión de la demanda o querrela: el principio de subsidiariedad y la razonabilidad de la pretensión.

En cuanto al primero, el principio de subsidiariedad, o tal y como lo formula el Acuerdo, la prioridad de la jurisdicción del lugar de comisión, pretende evitar la duplicidad de procedimientos y la vulneración del *ne bis in idem*. No obstante, frente a la doctrina anterior, decide la AN que le corresponderá constatar la inactividad judicial tanto del Estado del *locus delicti* como de la Comunidad Internacional¹²⁰, sin perjuicio de que el denunciante pueda acreditar tal falta a través de indicios serios y razonables.

El segundo de los criterios, el de la razonabilidad, permitirá denegar la jurisdicción cuando se aprecie que la demanda supone un exceso o un abuso de derecho por la absoluta ajeneidad del asunto cuando se trate, bien de delitos en lugares totalmente extraños y/o alejados y no se acredite la existencia de una relación o interés directo por parte del denunciante o querellante.

Junto con la querrela por el “caso Fidel Castro” que se tratará más adelante, con posterioridad a estas decisión se ha presentado una querrela contra dirigentes chinos por el genocidio en el Tíbet y el TS ha tenido que resolver un recurso ante la inadmisión por la AN en 2003 de otra por genocidio y tortura contra los miembros de la secta Falun Gong.

En la primera, y tras haber sido en un primer momento desestimada por el Juzgado instructor siguiendo la anterior doctrina de la AN, por Auto de 10 de enero de 2006 se declara la competencia para investigar el supuesto genocidio realizado por el Gobierno chino de este país en el Tíbet durante las décadas de los 80 y 90 contra dirigentes chinos, entre ellos, el ex presidente de China Jiang Zemin. Aplicando su nueva doctrina y tras afirmar que los hechos revisten los caracteres de genocidio, la AN concluye que han existido multitud de intentos fallidos para lograr una solución pacífica ante la Comunidad Internacional, la imposibilidad de su enjuiciamiento por los tribunales chinos y por la CPI así como constata la inexistencia de abuso alguno pues se trata de un ejercicio racional del derecho a presentar en España esta querrela.

¹²⁰ Haciendo uso para ello de los instrumentos de cooperación internacional existentes, recabándose de oficio información al Estado donde presuntamente se cometieron los hechos y a los organismos internacionales pertinentes –en especial a Naciones Unidas–.

En el caso de la secta china Falun Gong, el TS tiene la oportunidad de mostrar su malestar y disconformidad sobre la sentencia del TC que anuló su decisión sobre el “caso Guatemala”. A través de una muy crítica sentencia -645/2006, de 20 de julio-, el TS rebate cada uno de los argumentos esgrimidos por el TC en su sentencia 237/2005, entendiendo que el contenido de la misma no le impide “mantener el diálogo institucional y constructivo que debe presidir la relación entre el TC y el TS” e invita a al TC la realización de “un nuevo análisis de las cuestiones que el principio de la jurisdicción universal implica”.

El TS considera que el TC “entendió equivocadamente” la sentencia 237/2003, atribuyéndole el carácter de *ratio decisionis* a un argumento no decisivo, concretamente a la ausencia de una norma convencional que estableciera la competencia universal del genocidio, al no estar contemplada en el Convenio de 1948¹²¹. El TS fundamenta que en su sentencia reconoció que la jurisdicción universal en el caso de genocidio se encuentra reconocida en la ley española pero que, con el fin de evitar una interpretación que obligue a la intervención ante cualquier noticia de hechos calificables conforme a los delitos del art. 23.4, acoge una interpretación ya reconocida por parte de la doctrina y de algunos tribunales nacionales que aúne la existencia de un interés común por evitar la impunidad de crímenes contra la Humanidad con el interés concreto del Estado para proteger determinados bienes a través de requerir una conexión con un interés nacional.

Entiende también contradictoria la argumentación del TC al admitir que la exégesis del principio de justicia universal “pueda venir presidida por ulteriores criterios reguladores que incluso vinieran a restringir su ámbito de aplicación” tras haber proclamado previamente el carácter absoluto del principio. Contra la argumentación del TC sobre que la interpretación del art. 23.4 LOPJ realizada por el TS supone una reducción teleológica del alcance gramatical del texto escondiendo una interpretación analógica, recuerda al TC que aquélla es una técnica interpretativa utilizada por la propia jurisprudencia constitucional en la interpretación de normas constitucionales (art. 25.2) y penales, y que la prohibición de analogía rige sólo para las normas que determinan el carácter punible de una acción según el artículo 25.1 CE, con lo que no sería aplicable a las normas de atribución de la competencia.

¹²¹ Tras subrayar que frente a la interpretación del TC sobre el voto particular, al que atribuye “una trascendencia –que- no puede dejar de resaltarse”, la interpretación del texto del art. 23.4 LOPJ y la exigencia de una conexión deducida del contexto conformado por derecho nacional y los principios del derecho internacional es unánime, siendo el punto de discrepancia entre ambas fundamentaciones la apreciación de los hechos en el caso concreto.

El TS considera como “difícilmente defendible” que el carácter absoluto del principio de justicia universal pueda deducirse, como hace el TC, del espíritu del Convenio, donde no es recogido ni en sus artículos 6 ni 8¹²², ni la prohibición de que aquél sea limitado por otros principios de derecho internacional. Califica en este sentido de manifiestamente errónea la apreciación del TC sobre las referencias jurisprudenciales utilizadas el TS en su sentencia, negando que de ellas pudiera requerirse la necesidad de un interés nacional para el ejercicio de la jurisdicción universal. Entiende el TS que el TC desconoce el estado actual de legislaciones como Alemania y Bélgica donde se han establecido recientemente excepciones al principio de justicia universal¹²³. Advirtiendo que hasta los juristas que defienden una interpretación amplia del principio avisan contra los peligros que encierra tal interpretación y señalan que no se trata de una solución ideal.

Concluyendo que “nada está más alejado del pensamiento jurídico internacional que la idea de un principio absoluto de la jurisdicción universal que la STC 237/2005 ha establecido”¹²⁴ y a pesar de mostrar su disconformidad con los argumentos utilizados por el TC, y de defender cada una de las fundamentaciones formuladas en su sentencia 327/2003, al TS no le queda más remedio que admitir en este supuesto la competencia de los tribunales españoles, lo que había sido denegado previamente por el Juzgado Central de Instrucción en su Auto de 16 de septiembre de 2004 y por la AN en su Auto de 8 de octubre de 2004, eso sí, sin hacer referencia alguna a lo largo de su fundamentación sobre el caso particular planteado¹²⁵.

¹²² Recordándole al TC que “el espíritu de una norma nunca puede ser deducido de un silencio consciente de quien la emite”. Rebate igualmente que su interpretación sea desproporcionada –al no poder constatarse una colisión de pretensiones ni suponer el rechazo de la pretensión de jurisdicción una sanción procesal- ni arbitraria o infundada, pues se fundamenta en un método científicamente aceptable y compatible con los principios inspiradores del texto legal y, más aún, cuando la misma articulación es aceptada por la doctrina y la práctica de otros tribunales nacionales europeos.

¹²³ Careciendo de sentido “el reproche” que realiza el TC a la fundamentación del TS de omitir las legislaciones nacionales donde no se establecen límites a la aplicación del principio, pues se trata ésta de una cuestión de interpretación de las normas por parte de los órganos judiciales de los países que se han tenido que enfrentar recientemente a situaciones hasta entonces desconocidas, viéndose obligados a reflexionar sobre la interpretación de las normas nacionales que regulan la jurisdicción universal.

¹²⁴ Y no contemplado en el ámbito de la UE en la Decisión del Consejo 2003/355/JAI de 8 de mayo de 2003, sobre investigación y enjuiciamiento de delitos de genocidio, crímenes contra la humanidad y crímenes de guerra o en la Decisión del Consejo de 13 de junio de 2003 que crea una red europea de puntos de contacto en relación a personas responsables de tales delitos.

¹²⁵ Se manifiestan contrarios a la estimación del recurso, y por consiguiente, a la admisión de la competencia de los órganos españoles, los Magistrados firmantes del primer voto particular: D. Juan Saavedra Ruiz, D. Siro García Pérez, D. Carlos Granados Pérez, D. Andrés Martínez Arrieta y D. Julián Sánchez Melgar entendiendo que se trata de un caso en el que la jurisprudencia del TC no tiene necesariamente que vincular al TS ex art. 5.1 LOPJ por los errores y contradicciones en las que incide el

Los sucesivos intentos realizados por la jurisprudencia española para limitar la aplicación del principio de justicia universal enlazan directamente con el problema de la obligatoriedad o la oportunidad de la persecución de los delitos contemplados en el art. 23.4 LOPJ¹²⁶. Frente a otros ordenamientos, que cuentan con el principio de oportunidad que permite al Fiscal no admitir la demanda o desistir de la misma en cualquier momento del proceso bajo determinados condicionantes, el Ordenamiento español se articula bajo el principio de legalidad, estando obligado el Ministerio Fiscal, como establece el art. 105 LECrim, a ejercitar las acciones penales pertinentes en cuanto tengan conocimiento de la comisión de un hecho que reviste el carácter de delito o de falta¹²⁷. Otros requisitos, como la necesidad de denuncia y querrela para el ejercicio de la competencia extraterritorial, se exigen por el art. 23 para el principio de personalidad pero no para la jurisdicción universal¹²⁸. Por lo tanto, y mientras no se establezca otro criterio corrector, el Fiscal tiene el deber de intervenir ante el conocimiento de la comisión de unos hechos que puedan ser calificados como alguno de los delitos enumerados en el art. 23.4 LOPJ sobre los que pueda tener competencia la jurisdicción española¹²⁹. No obstante, en la mayoría de los supuestos el proceso se

TC en su fundamentación. A favor en cambio de la doctrina formulada por el TC en su sentencia se pronuncia en su voto particular el Magistrado Joaquín Jiménez García.

¹²⁶ Precisamente conscientes de tal obligación, afirma el TS en su sentencia 327/2003: “este artículo no puede ser interpretado de modo que conduzca en la práctica a la apertura de diligencias penales ante la noticia de la comisión de hechos susceptibles de ser calificados como alguno de los delitos a que se refiere, cualquiera que fuera el lugar de su comisión, y la nacionalidad de su autor o víctima. Y en nuestro derecho penal y procesal penal no está establecido el principio de oportunidad, ni viene incorporado por los tratados suscritos en la materia”. En esta dirección, critican la STC los catedráticos RUIZ MIGUEL y BERMEJO, tachándola de irresponsable y de políticamente miope, afirmando que «los tribunales españoles no son órganos de la “moral universal” sino del “Estado español”». «Una sentencia incongruente e irresponsable». EL MUNDO, 9 de octubre de 2005.

¹²⁷ Afirmando el deber de actuación del Ministerio Fiscal ante los crímenes de jurisdicción universal, acusando a los culpables con independencia de la nacionalidad de autor y víctimas y del lugar de comisión, CASTRESANA FERNÁNDEZ, C.: «La figura del acusador público ante el principio de justicia universal», *El principio de justicia universal*, Colex, Madrid, 2001, pág. 182.

¹²⁸ GIL GIL, A: «Informe de España», *Persecución penal nacional de crímenes internacionales en América latina y España*. Ambos, K., Malarino, E. (dirs). 2ª edición, Instituto Max Planck de Derecho penal europeo e internacional. Honrad Adenauer Stiftung. Montevideo, 2003, pág. 365. Recuerda esta autora que si en los casos de Argentina, Chile y Guatemala el Fiscal no actuó de oficio fue porque no compartían la competencia de la jurisdicción española ni la calificación jurídica de los hechos.

¹²⁹ En el mismo sentido, afirma GIL GIL, A. que una futura ampliación del número de delitos perseguibles bajo este principio requeriría la inclusión de algún requisito que responda al principio de oportunidad para impedir que nuestros tribunales asuman el puesto de la CPI. Ibidem. Así ha hecho el legislador en la extensión del principio para los casos de ablación del clítoris.

iniciará a instancia de parte, mediante denuncia o querrela, siendo difícil de imaginar que el Ministerio Fiscal lo promueva de oficio¹³⁰.

Claramente se requiere entonces el establecimiento de criterios de corrección del principio si no se quiere colapsar la AN ante una multitud de demandas y querellas por la comisión de crímenes internacionales, más cuando las legislaciones hasta ahora más generosas con el principio están siendo reformadas, convirtiéndose en una segunda Corte Penal internacional, sin capacidad real, ni jurídica ni política, para ostentar tal posición¹³¹.

Dos son las cuestiones que plantea tal necesidad: la primera, de orden material, requiere la determinación de los criterios que pueden ser incorporados para concretar la jurisdicción universal sin vaciar su contenido y conducirla a una inaplicación real. La segunda, de orden formal, requiere la contestación de cuál es el mecanismo adecuado para incorporar tales criterios.

Descartando por las razones ya señaladas la legitimidad de los vínculos de conexión establecidos por el TS –la presencia del acusado en territorio nacional o la existencia de víctimas u otros intereses nacionales–, es preciso pronunciarse en primer lugar sobre la idoneidad de los criterios formulados por la AN en su Acuerdo de 2005. El primero nos devuelve a la cuestión de la subsidiariedad de la jurisdicción española, interpretada de muy diferente manera por cada una de las resoluciones del “caso Guatemala”: mientras la AN derivaba el carácter subsidiario de la jurisdicción española del artículo VI del Convenio de 1948, el TS se limita a negar que el Convenio sea la fuente y a señalar la inaplicación incorrecta del mismo realizada por la AN y los Magistrados firmantes del Voto particular sostienen la vigencia del principio de concurrencia de jurisdicciones. Defiende el carácter subsidiario el TC entendiendo que la prioridad del tribunal del lugar de comisión del delito forma parte del acervo clásico del Derecho internacional penal.

El carácter subsidiario de la jurisdicción universal se ha tratado derivar, de una manera forzada, del artículo VI del Convenio de 1948 que se limita a establecer que el genocidio deberá ser perseguido por el Estado donde fue cometido o por un tribunal internacional, sin pronunciarse, ni a favor ni en contra de la concurrencia de las

¹³⁰ Escéptico se muestra OLLÉ SESÉ, M. quien destaca en cambio el papel de la acusación particular y de la acusación popular en el impulso de la instrucción y en el enjuiciamiento de los casos hasta ahora planteados ante la AN. «Crímenes contra la humanidad y jurisdicción universal», ob. cit., págs. 5 y ss.

¹³¹ Cierta razón no le falta al TS al afirmar que “no le corresponde a ningún Estado en particular ocuparse unilateralmente de estabilizar el orden, recurriendo al Derecho penal, contra todos y en todo el mundo”.

jurisdicciones nacionales de terceros Estados. Tampoco puede ser considerado como un principio de derecho internacional, aunque algunos textos internacionales lo hayan incorporado¹³², al igual que algunos países en sus legislaciones como un criterio sobre el que opera el principio de oportunidad –como en Bélgica o en Alemania–.

No obstante, y ya derive directamente de la cosa juzgada y de las relaciones entre los diversos principios rectores de la aplicación de la ley en el espacio¹³³, ya de la primacía del Estado territorial y de la idea de soberanía, ya responda meramente a cuestiones de índole procesal¹³⁴, lo cierto es que se trata de un principio comúnmente aceptado.

A pesar de ser una cuestión muy controvertida, entiendo que el principio de subsidiariedad no es contrario a la jurisdicción universal ni la vacía de contenido¹³⁵. Al contrario, analizada desde la propia finalidad de la misma, como es la búsqueda de la impunidad, no entiendo que exista un obstáculo en establecer un orden de prelación de jurisdicciones competentes en la investigación de unos hechos, priorizando tanto la actuación del Estado donde fueron cometidos –puesto que al menos teóricamente es el Estado más interesado en su castigo– como de la CPI o Tribunales internacionales existentes. Actuaría de esta manera la jurisdicción universal con un carácter de *ultima ratio* en aquellos supuestos en los que el Estado prioritario, el territorial, no quiere o no tiene la capacidad para la investigación y enjuiciamiento de los hechos con lo que, si no lo son por otros terceros países, quedarían impunes¹³⁶. En tanto se trata de un

¹³² Así lo hace la Resolución 3074 (XXVIII) de la Asamblea General de NU de 3 de diciembre de 1973 sobre los Principios de cooperación internacional en la identificación, detención, extradición y castigo de los culpables de crímenes de guerra o de lesa humanidad, cuando en su punto segundo establece: “2. Todo Estado tiene el derecho de juzgar a sus propios nacionales por crímenes de guerra o crímenes de lesa humanidad”.

¹³³ Así GARCÍA ARÁN, M., quien recuerda que la justicia universal es un criterio de atribución competencial que complementa a los restantes, destacando la competencia territorial del Estado donde fue cometido el delito. «Complementariedad recíproca y justicia global: España, Guatemala y la Corte Penal Internacional», ob. cit., pág. 265. El grado de dependencia de la jurisdicción nacional, señala esta autora, ya se deduce de la propia limitación de la cosa juzgada que impide actuar a los órganos españoles si el hecho ya ha sido juzgado en el país donde fue cometido.

¹³⁴ Y ello porque es normalmente el Estado del lugar de comisión de los hechos el que en mejor posición se encuentra para llevar a cabo su enjuiciamiento, donde mejor se puede garantizar el principio de inmediatez y menores dificultades de prueba pueden plantearse. Sobre tales criterios, véase SÁNCHEZ LEGIDO, A.: *Jurisdicción universal penal y Derecho internacional*, ob. cit., págs. 320 y ss.

¹³⁵ Totalmente contrario, OLLÉ SESÉ, M., sostiene que universalidad y subsidiariedad son conceptos antagónicos puesto que la protección de los bienes de la Comunidad internacional no son patrimonio de unos Estados en mayor medida que del resto. «Crímenes contra la humanidad y jurisdicción universal», ob. cit., págs. 5 y ss.

¹³⁶ Planteamiento defendido por SÁNCHEZ LEGIDO, A. *Jurisdicción universal penal y derecho internacional*, ob. cit., págs. 330 y 331. También a favor de la prioridad del Estado *locus delicti commissi* GARCÍA ARÁN, M.: «Complementariedad recíproca y justicia global: España, Guatemala y la Corte Penal Internacional», ob. cit., págs. 263 y ss; GIL GIL, A.: «Informe sobre España», ob. cit., pág. 397,

instrumento de cooperación entre Estados para perseguir determinados delitos¹³⁷, es lógico que no actúe cuando ya lo hace el Estado territorialmente competente. Ahora bien, y legitimada la utilización del criterio de subsidiariedad, éste debería ser incorporado a la legislación puesto que el artículo 23.4 LOPJ evidentemente no lo contempla¹³⁸.

Determinada la subsidiariedad de los órganos jurisdiccionales españoles, se hace preciso señalar respecto a qué otras jurisdicciones lo es y el momento en el que debe operar su carácter supletorio.

La concurrencia de jurisdicciones puede producirse de variadas formas: de la jurisdicción universal española con la jurisdicción del Estado *locus delicti*, la jurisdicción universal española con la jurisdicción de un tercer país competente para el enjuiciamiento en atención a los principios de personalidad o de protección de intereses o bien la concurrencia de la jurisdicción universal española con un tercer Estado en ejercicio de este último principio.

A mi juicio, sólo en el primero de los casos operará como criterio de prelación el carácter secundario de la jurisdicción universal, esto es, frente al principio de territorialidad. No obstante, no es difícil que una vez aceptada una demanda e iniciado un procedimiento por los órganos judiciales de un tercer país, el país territorialmente competente inicie acciones judiciales con posterioridad. Dos pueden ser las posibles soluciones, bien la paralización del procedimiento hasta que los órganos jurisdiccionales del Estado territorialmente competente se pronuncien¹³⁹, bien sirviendo en este caso el

BLANCO CORDERO, I.: «Crisis del principio de jurisdicción universal en el Derecho penal internacional contemporáneo», ob. cit., pág. 1649; SANTOS VARA, J.: «La jurisdicción de los tribunales españoles para enjuiciar los crímenes cometidos en Guatemala», ob. cit., DÍAZ MARTÍNEZ, M.: «El principio de jurisdicción universal. Comentario a la sentencia del Tribunal Constitucional de 26 de septiembre de 2005». *La Ley penal*, marzo, 2006, o RODRÍGUEZ Y FERNÁNDEZ, R., ECHARRI CASI, F.: «El derecho de acceso a la denominada jurisdicción universal (Comentarios a la Sentencia del Tribunal Constitucional de 26 de septiembre de 2005)». *La Ley* n° 6377, de 13 de diciembre de 2005, D-286, pág. 1327.

¹³⁷ GARCÍA ARÁN, M.: «El principio de justicia universal», ob. cit., págs. 63 y ss.

¹³⁸ Y ello porque, si bien es cierto como señala OLLÉ SESÉ, M., *ibidem*, que el Derecho internacional no establece priorización de ninguna jurisdicción nacional frente a otra –como sí lo hace de los tribunales internacionales frente a los nacionales– no es obstáculo que el carácter subsidiario sea introducido como criterio interno por la legislación de un país con el fin de evitar los inconvenientes ya señalados.

¹³⁹ Solución defendida por BLANCO CORDERO, I.: «Crisis del principio de jurisdicción universal en el Derecho penal internacional contemporáneo», ob. cit., pág. 1648. También GARCÍA ARÁN, M., quien entiende que la jurisdicción española deberá retirarse cuando el hecho ya haya sido juzgado o esté en vías de serlo en el país territorialmente competente, entendiendo no la posibilidad teórica de enjuiciamiento sino la realización de actos jurisdiccionales, aunque no exista sentencia firme. «Complementariedad recíproca y justicia global: España, Guatemala y la Corte Penal Internacional», ob. cit., pág. 267. Más amplia es la interpretación del TC quien entiende que un tercer Estado debe abstenerse de intervenir no

principio de interpretación *pro actione* y el interés de la justicia de criterio corrector de la subsidiariedad¹⁴⁰. Esta última parece la solución más acertada para garantizar el derecho a la tutela judicial efectiva y evitar la realización de procesos por el Estado competente con la única intención de evitar una resolución condenatoria por un tercer país e impedir la conclusión de un procedimiento judicial ya avanzado. Evitaría además uno de los aspectos más problemáticos, que se tratará más adelante, como es la revisión de las sentencias del país territorialmente competente cuando se entiende que es el resultado de un proceso dirigido únicamente a impedir la condena del sospechoso en el Estado extranjero.

Los otros dos supuestos, ambos conflictos entre terceros Estados, deben resolverse a favor del primero que ejerza su competencia para la investigación y enjuiciamiento de los delitos cometidos¹⁴¹. El orden de prelación lo decide, en consecuencia, el principio *pro actione*¹⁴². La verificación de que los actos denunciados no han sido –o no están siendo en el caso del Estado territorialmente competente– perseguidos, debe ser realizada por el órgano judicial una vez interpuesta la denuncia o querrela, aunque pueden contribuir a ello las partes acusadoras¹⁴³.

En cuanto al denominado criterio de razonabilidad de la pretensión propuesto por el Acuerdo del Pleno de la AN tras la STC, ya había sido ciertamente manejado por el Voto Particular del TS en su sentencia 327/2003, donde convierte el vínculo de conexión referido al criterio del interés nacional en el ejercicio de la jurisdicción universal en un “criterio razonable de exclusión del exceso o abuso de derecho con el fin de evitar la proliferación de procedimientos relativos a delitos y lugares totalmente extraños y/o alejados, así como un desgaste excesivo de los órganos jurisdiccionales

sólo cuando se haya iniciado el procedimiento en la jurisdicción territorial o por un tribunal internacional sino también “cuando resultara previsible la efectiva persecución de los delitos en un plazo próximo”.

¹⁴⁰ Así lo defiende OLLÉ SESÉ, M.: «Crímenes contra la humanidad y jurisdicción universal», ob. cit., págs. 5 y ss., quien recuerda que es la solución adoptada por nuestros órganos judiciales que han continuado el procedimiento contra Ricardo Miguel Cavallo y han condenado a Adolfo Scilingo a pesar de la anulación de las leyes de Punto Final y Obediencia Debida por la Corte Suprema de la República Argentina y de la apertura de diferentes procesos judiciales contra éstos.

¹⁴¹ Aunque la subordinación de la competencia a la de los Estados competentes por el principio de personalidad o de protección de intereses ha sido prevista por ejemplo en el ordenamiento alemán dentro de los criterios que pueden hacer operar el principio de oportunidad, entiendo que la jurisdicción universal es accesoria frente al principio de territorialidad y no frente a los otros dos principios, además de que otra interpretación tornaría si cabe aún en más complicada la determinación de la competencia de los órganos jurisdiccionales nacionales en virtud de la jurisdicción universal.

¹⁴² Igualmente en este supuesto, OLLÉ SESÉ, M.: «Crímenes contra la humanidad y jurisdicción universal», ob. cit., págs. 5 y ss.

¹⁴³ OLLÉ SESÉ, M., ibidem y Acuerdo del Pleno de la Sala de lo Penal de la AN de 3 de noviembre de 2005. Véase supra.

nacionales cuya competencia se reclama”¹⁴⁴. Ello evitaría, continúa el Voto particular, intervenir en aquellos supuestos donde la efectividad práctica del procedimiento puede ser nula.

A mi juicio la teoría de la razonabilidad incorpora, de manera soterrada, un mecanismo propio del principio de oportunidad en la actuación del órgano jurisdiccional, que no fiscal, para determinar su competencia o no a partir de consideraciones que no dejan de ser abstractas y ciertamente subjetivas. También su aplicación puede dar lugar a interpretaciones contradictorias¹⁴⁵ y vulneradoras del derecho de acceso a la jurisdicción¹⁴⁶.

Las mismas dudas son extensibles a la posible incorporación de otros criterios propios del principio de oportunidad previstos en las legislaciones de nuestro entorno y de un contenido parecido como la posibilidad del Fiscal General belga de no investigar un asunto si la queja carece absolutamente de fundamento o si los crímenes denunciados no constituyen una importante violación del derecho internacional humanitario¹⁴⁷.

No creo que sea muy prudente utilizar precisamente los delitos internacionales para abrir la puerta a la incorporación de elementos del principio de oportunidad en nuestra regulación. Otros países, como Alemania o Bélgica si que lo contemplan para otros delitos con lo cual el conflicto entre legalidad y oportunidad lo han resuelto con carácter previo. Más aún cuando la LECrim incorpora los mecanismos de respuesta para aquellos supuestos en los que la investigación jurisdiccional carece de sentido o de posibilidad de prosperar. Así, la denuncia podrá ser desestimada o, si es admitida y tras la práctica de las diligencias pertinentes, podrá decretarse el archivo de la misma.

Sí en cambio me parece interesante, en la línea de la propuesta realizada por BLANCO CORDERO, la necesidad de establecer diferencias entre los delitos legalmente sujetos a la jurisdicción universal en la determinación de posibles criterios correctores de la tendencia expansiva del principio y evitar así la sobrecarga de los

¹⁴⁴ Si bien los Magistrados firmantes reconocen que se trata de una restricción no prevista legalmente, entienden que puede ser asumida como emanación del Derecho penal internacional.

¹⁴⁵ En cierto modo es chocante que el criterio de la razonabilidad utilizado por la AN permita excluir los casos de absoluta ajeneidad por tratarse de lugares totalmente extraños y/o alejados y luego admita una querrela contra representantes del gobierno Chino.

¹⁴⁶ Se muestra igualmente crítico con este criterio de la AN, considerándolo un cajón de sastre al que poder acudir para vetar el ejercicio de la jurisdicción universal, OLLÉ SESÉ, M.: «Crímenes contra la humanidad y jurisdicción universal», ob. cit., págs. 5 y ss.

¹⁴⁷ Véase supra.

órganos jurisdiccionales nacionales¹⁴⁸. Ésta es la línea seguida por nuestro legislador en la modificación del art. 23.4 LOPJ por la LO 3/2005, de 8 de julio, con la subordinación del ejercicio de la jurisdicción universal ante un delito de mutilación genética a que los responsables se encuentren en España. Ello es posible por la heterogeneidad de conductas contempladas tradicionalmente vinculados a la jurisdicción universal. Así, mientras que para aquellos delitos que, como el tráfico de drogas, son incluidos bajo el principio de justicia universal por lesionar o amenazar intereses de seguridad de los Estados, sí podría entrar en juego algún tipo de criterio corrector como la exigencia de la presencia de los sospechosos en territorio español entre otros, tales limitaciones no deben añadirse en lo que se ha denominado como núcleo fundamental de los delitos internacionales: genocidio, crímenes de guerra y crímenes contra la humanidad, al atentar contra bienes jurídicos de la Comunidad internacional.

Estos criterios deben ser necesariamente incorporados por el legislador español al texto legal. Efectivamente, y siempre sin negar la trascendencia que todo este recorrido jurisprudencial ha tenido en el desarrollo del derecho penal internacional moderno y en el reconocimiento de la jurisdicción universal sobre los crímenes contra la humanidad –junto con decisiones belgas-¹⁴⁹, ha llegado a mi juicio el momento en el que el legislador debe intervenir para establecer claramente las condiciones de aplicación de la jurisdicción universal por parte de los órganos jurisdiccionales españoles determinando, a mi juicio, la subsidiariedad de éstos respecto a las jurisdicciones nacionales del lugar de comisión del delito o del Estado que haya comenzado a realizar una investigación contra un delito internacional. En esta dirección ya lo ha hecho el legislador español para establecer los criterios que deben solucionar un conflicto entre la jurisdicción española y la CPI –y la de los Tribunales *ad hoc*-, evitando la duplicidad de procedimientos penales y afirmando la subsidiariedad de la jurisdicción española¹⁵⁰, paso, por otro lado, ya dado por algunos legisladores europeos,

¹⁴⁸ Que pone como ejemplo la situación que se produciría si los tribunales españoles tuvieran que actuar frente a todos los supuestos de narcotráfico en el mundo. «Crisis del principio de jurisdicción universal en el Derecho penal internacional contemporáneo», ob. cit., pág. 1650.

¹⁴⁹ Así lo afirman SÁNCHEZ LEGIDO, A.: *Jurisdicción universal penal y Derecho internacional*, ob. cit., págs. 216 y 218 y GIL GIL, A.: «Informe sobre España», ob. cit., pág. 398.

¹⁵⁰ En la L.O. 18/2003, de 10 de diciembre, de Cooperación con la Corte Penal Internacional, la LO 15/994, de 1 de junio, para la cooperación con el Tribunal Internacional para el enjuiciamiento de los presuntos responsables de violaciones graves del derecho internacional humanitario cometidas en el territorio de la exYugoslavia y la LO 4/1998, de 1 de julio, para la Cooperación con el Tribunal Internacional para Ruanda. Véase supra.

como el alemán o el belga, precisamente a partir de actuaciones jurisprudenciales más o menos controvertidas. La situación actual de conflicto entre los criterios establecidos por el TC y el TS, llegándose a cuestionar la vinculatoriedad de la jurisprudencia del TC, evidenciada con la STS sobre el caso Falun Gong, es insostenible y urge de una intervención del legislador.

Con la incorporación de tales criterios a la Ley se evitaría que fuesen los órganos judiciales los que a través de interpretaciones más o menos adecuadas, determinan los supuestos de aplicación de la jurisdicción universal, impidiéndose con ello interpretaciones estrictas o demasiado extensivas que vulneren el principio de legalidad, al tiempo que equipararían en importancia los conflictos de resolución de conflictos entre la jurisdicción española y la supranacional, sí establecidos legalmente, con los producidos entre jurisdicciones nacionales, hasta ahora sólo objeto de preocupación de la jurisprudencia.

4.2.4. Inmunidades, cosa juzgada y aplicación retroactiva del principio de justicia universal.

Por último, es necesario referirse a si la jurisdicción española tiene competencia para pronunciarse en aquellos casos bien en los que el sospechoso goza de algún tipo de inmunidad, bien respecto a aquellos hechos cometidos con anterioridad a la plasmación del principio de justicia universal en nuestra legislación en 1985.

En cuanto a la relevancia de las inmunidades, y precisamente debido al carácter masivo y sistemático de los crímenes internacionales normalmente cometidos a través, o amparados por estructuras de poder estatal, en la actualidad el principio de irrelevancia del cargo se consolida como una regla cada vez más aceptada¹⁵¹. No sólo ha tenido una plasmación convencional –como en el artículo 27.1 ECPI, 7 del ETPIY o 6 ETPR-, sino que ha permitido el enjuiciamiento de Jefes de Estado ya en ejercicio –caso de Milosevic, presidente yugoslavo, ante el TPIY- ya antiguos Jefes de Estado –caso Kambanda, ex primer ministro ruandés ante el TPIR-. Ahora bien, si no es discutido que el desempeño de un cargo o posición no supone la exención de responsabilidad criminal internacional ni un obstáculo para su enjuiciamiento por una institución judicial de carácter supranacional, como la CPI o los Tribunales internacionales *ad hoc*, mayores

¹⁵¹ Véase a este respecto de manera muy desarrollada SÁNCHEZ LEGIDO, A.: *Jurisdicción universal penal y derecho internacional*, ob. cit., págs. 336 a 368.

consideraciones requiere el valor de las inmunidades frente a las jurisdicciones nacionales competentes para el enjuiciamiento de un crimen internacional a partir de alguno de los principios de extensión extraterritorial admitidos.

Y la solución parece ser diversa bien se trate de la inmunidad funcional de los antiguos representantes estatales (inmunidad *ratione materiae*) bien de la inmunidad personal de los representantes estatales todavía en ejercicio (inmunidad *ratione personae*).

En cuanto al primero de los supuestos, la idea de una inmunidad de carácter absoluto de las personas que han ostentado un cargo de representación estatal parece vencer de acuerdo con la tesis de la excepción, que señala que a pesar que determinados crímenes internacionales se consideren como actos en ejercicio de una función estatal, se exceptúa la aplicación de la inmunidad bien por la existencia de una norma que obliga a la persecución de estos crímenes, bien por la existencia de una renuncia implícita a la inmunidad en la tipificación de conductas que exigen como elemento del tipo su realización por funcionarios o cargos estatales; o de acuerdo con la tesis de no aplicación, se defiende que la inmunidad no ampara la comisión de los crímenes internacionales, no pudiendo tener en ningún caso la consideración de actividades realizadas en ejercicio de funciones oficiales aunque se haya utilizado ésta para su comisión. En ambos casos, los efectos son similares: la exclusión de la inmunidad de antiguos representantes posibilitándose su enjuiciamiento por los órganos jurisdiccionales nacionales¹⁵².

No ocurre lo mismo respecto a la eficacia de la inmunidad en el caso de representantes estatales en ejercicio. Si bien con alguna excepción, concretamente en el caso de la antigua legislación y jurisprudencia belga, está asentado tanto en la doctrina como en la legislación y decisiones estatales la vigencia de la inmunidad de los representantes estatales mientras se encuentran en ejercicio con el fin de garantizar el ejercicio de sus funciones e impedir un acto de poder por parte de otro Estado. Su responsabilidad por crímenes internacionales debe ser solicitada entonces no ante una

¹⁵² SÁNCHEZ LEGIDO, A., *ibidem*. Entiende este autor que la negación de la consideración de crimen internacional como acto realizado en el ejercicio de funciones oficiales está presente en las actuaciones de la AN tanto en el caso Pinochet como en el caso Guatemala donde se ha afirmado su jurisdicción frente a delitos cometidos presuntamente por algunos autores que gozan de *inmunidad ratione materiae* por haber sido antiguos jefes de gobierno. Nota a pie n. 741, págs. 348 y 349.

jurisdicción nacional, frente a la que se hará valer su inmunidad, sino frente a un órgano supranacional, donde está consagrado el principio de irrelevancia del cargo¹⁵³.

De ahí la decisión de nuestros Tribunales en el “caso Fidel Castro”. En una primera decisión, la AN, en un Auto de 22 de marzo de 1999, inadmitía el recurso interpuesto ante la decisión del Juzgado de Instrucción nº 2 de diciembre de 1998 por desestimación de la querrela planteada contra Fidel Castro por delitos de genocidio, terrorismo y tortura al representar éste, frente a España, la soberanía del pueblo cubano por su carácter de Jefe de Estado que lo hace inmune. Más aún, consideraba que los efectos de la inmunidad no sólo eran directos, amparando a Fidel Castro, sino indirectos, impidiendo el enjuiciamiento de los demás querrelados en un proceso aparte. En un segundo momento, y tras la resolución del TC 237/2005, la Fundación para los Derechos Humanos en Cuba interponía otra nueva querrela ante la AN contra el Presidente cubano y tres dirigentes de su gobierno por delitos de genocidio, terrorismo, crímenes contra la humanidad, tortura y terrorismo. Con los mismos argumentos señalados anteriormente, apelando a la inmunidad de Fidel Castro en tanto Jefe de Estado, regulada tanto en las Convenciones de Viena sobre relaciones diplomáticas y consulares, en los tratados bilaterales firmados por los Estados y en la costumbre internacional, se inadmitía a trámite por el titular del Juzgado de Instrucción el 4 de noviembre de 2005.

Íntimamente ligado con ello, aparece el problema de la oponibilidad de las leyes de amnistía a terceros Estados. Si bien la adopción por un Estado de una ley de amnistía

¹⁵³ A este tipo de inmunidad personal se refería el TIJ en su decisión de 14 de febrero de 2002 en el “caso Yerodia”, anteriormente citado, puesto que la orden de detención dictada por las autoridades belgas se dirigió contra un ministro de exteriores en ejercicio, resolviendo el TIJ la vigencia en este caso de una “inmunidad de jurisdicción penal y de una inviolabilidad totales en el extranjero”. Sostiene el Tribunal que en el derecho internacional consuetudinario se establecen las inmunidades de jurisdicción aunque prevé como excepción la posibilidad del enjuiciamiento de los hechos, a pesar de aquéllas, en el país de comisión de los hechos, los casos en los que el Estado decide levantar la inmunidad, la persecución de actos cometidos a título privado cuando el sujeto había abandonado el cargo oficial así como la persecución por jurisdicciones internacionales. Críticamente con esta decisión, GIL GIL argumenta que, en primer lugar, el TIJ en su decisión no ha demostrado la existencia de tal costumbre en la práctica de los Estados, debiendo haber excluido los supuestos de los crímenes internacionales puesto que el Estado que enjuicia actúa en tanto órgano de la comunidad internacional lo que excluye el enfrentamiento de dos soberanías estatales. Además argumenta esta autora que la decisión olvida que el artículo IV de la Convención para la Prevención y Represión del Delito de Genocidio, establece que “las personas que hayan cometido genocidio o cualquiera de los otros actos enumerados en el artículo III serán castigadas, ya se trate de gobernantes, funcionarios o particulares”, aunque este artículo corre el riesgo de ser interpretado en el sentido de que tal prescripción sólo debe aplicarse respecto de los órganos enumerados en el artículo VI: los tribunales donde tuvo lugar el hecho o un tribunal penal internacional. GIL GIL, A.: «Informe sobre España». Ob. cit., pág. 384.

es en principio una manifestación más del ejercicio de su poder soberano, en algunos casos muestra de un proceso de “reconciliación nacional”, actualmente pocos dudan de que sea una potestad limitada, particularmente respecto a los crímenes de derecho internacional para los que cada vez con mayor fuerza se cuestiona su legalidad, hablándose de la existencia de una obligación por los Estados para investigar las violaciones de derechos humanos por agentes estatales¹⁵⁴.

En el caso español, la AN se ha pronunciado sobre si los órganos jurisdiccionales españoles tienen la capacidad de declarar inaplicables o nulas las Leyes argentinas 23492 y 23521 de Punto Final y de Obediencia Debida que contemplaban la exención de responsabilidad penal del acusado Scilingo, incluso una vez derogadas. Entiende la AN en su Auto de 4 de noviembre de 1998 sobre el “caso Scilingo” que, además de que tales normas pueden contravenir el *ius cogens* internacional, al tratarse de normas que despenalizan conductas –que impiden el ejercicio de la acción penal a partir de un determinado tiempo o en razón de la condición militar o funcional del sujeto activo- lo que es diferente a los supuestos de absolución o indulto en el extranjero a los que se refiere el art. 23.5 LOPJ para entender que existe cosa juzgada¹⁵⁵. Implícito a este razonamiento se ha señalado que aparece la consideración actual mayoritaria en la doctrina y en algunas decisiones jurisprudenciales a nivel internacional de que las leyes de amnistía limitan su eficacia únicamente al ámbito del país donde fueron aprobadas no generando en cambio efecto alguno respecto al resto de Estados a los que no se impide, en consecuencia, la persecución y enjuiciamiento de los responsables de los crímenes internacionales beneficiados por tal amnistía en el lugar de comisión de los hechos¹⁵⁶.

¹⁵⁴ Más detenidamente sobre las resoluciones que reflejan esta nueva consideración de las leyes de amnistía, SÁNCHEZ LEGIDO, A.: *Jurisdicción universal penal y derecho internacional*, ob. cit., págs. 370 y ss. Por ello la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha considerado contrarias a esta obligación las legislaciones de amnistía de Uruguay, Argentina, Chile y El Salvador.

¹⁵⁵ Debiéndose tener en cuenta, como recuerda GIL GIL, A., que nuestra legislación no contempla la amnistía y que prohíbe los indultos generales –art. 62 CE-. «Informe sobre España», ob. cit., pág. 357. A una conclusión similar llega el Auto de la AN de 5 de noviembre de 1998 sobre el “caso Pinochet” respecto al Decreto-Ley 2191/1978 chileno que amnistiaba a los responsables de hechos delictivos perpetrados entre el 11 de septiembre de 1973 y 10 de marzo de 1978, siempre que no se encontrasen sujetos a proceso o hubieran sido condenados, y en función del cual se decretó el sobreseimiento definitivo de las causas abiertas contra Pinochet. Se trata igualmente de una norma despenalizadora por razones de conveniencia política en el país de ejecución carente de virtualidad para los órganos jurisdiccionales españoles pues no equivale a la absolución o indulto en el extranjero que requiere el art. 23.5 LOPJ. Como concluye GARCÍA ARÁN, M.: «la amnistía supone justo lo contrario que la cosa juzgada», en «Complementariedad recíproca y justicia global: España, Guatemala y la Corte Penal Internacional», ob. cit., pág. 266.

¹⁵⁶ SÁNCHEZ LEGIDO, A.: *Jurisdicción universal penal y derecho internacional*, ob. cit., pág. 381.

Mayores dificultades implica la respuesta a las denominadas persecuciones simbólicas en el país de origen. El principio de *ne bis in idem* impide volver a juzgar nuevamente por los mismos hechos a una persona que ya haya sido condenada, teniendo la sentencia el efecto de cosa juzgada reconocido por nuestro Ordenamiento. El mismo artículo 23 de la LOPJ, en sus puntos 2 y 5, establece como límite del principio de justicia universal la cosa juzgada: “que el delincuente no haya sido absuelto, indultado o penado en el extranjero, o, en este último caso, no haya cumplido la condena. Si sólo la hubiera cumplido en parte, se tendrá en cuenta para rebajarle proporcionalmente la que le corresponda”.

De esta manera, la cosa juzgada impide volver a juzgar a una persona que haya sido absuelta –y por tanto juzgada-, indultada –que haya sido juzgada, penada e indultada- o penada –juzgada y condenada-. Ahora bien, en este último supuesto, abre la posibilidad a que la persona sea nuevamente juzgada mientras no haya cumplido la condena o bien, si ha cumplido parte, se tenga en cuenta para rebajarle proporcionalmente la pena de la nuevamente impuesta.

A través de esta última vía, se abre paso a un nuevo enjuiciamiento y una nueva condena de una persona que previamente ya ha sido juzgada por estos mismos hechos en otro país, con la única excepción de que no haya cumplido totalmente la condena y debiendo tenerse en cuenta el tiempo de la misma ya ejecutado.

Normalmente, como ya se ha señalado anteriormente, es en el ámbito vertical donde se atribuye un carácter relativo del efecto de cosa juzgada, permitiendo a la CPI o a los Tribunales *ad hoc* levantar el valor de cosa juzgada en atención a su carácter prevalente y a la primacía de los principios de justicia universal, pero sólo en unos supuestos determinados: si la jurisdicción nacional no hubiera actuado de forma imparcial o independiente o si la finalidad del procedimiento era sustraer al acusado de su responsabilidad penal internacional o bien si las diligencias no fueron llevadas a cabo correctamente-¹⁵⁷.

Sin embargo, y en garantía de la seguridad jurídica, la cosa juzgada suele actuar como un límite infranqueable en sus relaciones horizontales, en las relaciones entre los tribunales nacionales, con la finalidad de respetar la decisión soberana del primero que ha enjuiciado el hecho.

¹⁵⁷ Y, en el caso de los Tribunales *ad hoc*, si el sujeto ha sido condenado por un delito común, sin atender su carácter internacional.

Con la regulación del art. 23.5 LOPJ, no se ve obstáculo a la posibilidad de persecución por los órganos españoles de aquellos supuestos en los que el sujeto haya sido objeto de una investigación y un juicio fraudulento y simbólico¹⁵⁸. No obstante, la amplitud del art. 23.5 LOPJ es mayor, posibilitándose una repetición del enjuiciamiento e incluso la condena en otros supuestos diferentes. Las distintas implicaciones, políticas y jurídicas, que supone la posibilidad de atribuir a un órgano estatal –y que sí se justifica por su carácter en el caso de la CPI- de la facultad de revisión de las sentencias impuestas en el extranjero respecto a estos delitos requiere una delimitación legal de los supuestos en los que puede dejarse sin efecto la cosa juzgada¹⁵⁹.

Un último problema planteado es la posibilidad de aplicar de manera retroactiva el principio de justicia universal puesto que no es hasta 1985 cuando se plasma en nuestro Ordenamiento a través del art. 23.5 LOPJ y los supuestos hasta el momento denunciados ante la AN, a excepción del “caso Couso”, sucedieron con anterioridad.

A pesar de que es discutido por la doctrina penal la naturaleza penal o procesal de las normas que regulan la ley penal en el espacio¹⁶⁰, la AN, en sus Autos de 4 y 5 de noviembre de 1998 no ha dudado en atribuirle carácter procesal por lo que el mandato constitucional de prohibición de la irretroactividad desfavorable recogido en los artículos 9.3 y 25.1 no le sería de aplicación. En efecto, entiende que el art. 23.4 LOPJ no tipifica ni establece la sanción para conducta alguna sino que recoge una norma procesal referida al proceso, concretamente al establecimiento de la jurisdicción española para el enjuiciamiento de una serie de delitos sancionados por otras Leyes. La norma que debe ser preexistente a la sanción es la que establece la conducta delictiva y

¹⁵⁸ OLLÉ SESÉ, M., abonándoles la parte de la pena cumplida, pero sólo en los casos sólo los que se hubiera producido un enjuiciamiento fraudulento. Para este autor se trata de una segunda excepción al principio de subsidiariedad, siempre que se constate que la incoación de un proceso judicial en el Estado territorialmente competente esconda la voluntad de no ejercer realmente la acción judicial contra ese sujeto. «Crímenes contra la humanidad y jurisdicción universal», ob. cit., págs. 5 y ss. Partidario también de la posibilidad de ejercer la jurisdicción universal por un Estado extranjero cuando el proceso penal seguido en el país territorial se trate de una mera artimaña para eximir de condena al sospechoso, admitiendo la evaluación de la actuación de los tribunales nacionales de aquel país por los órganos judiciales españoles, BLANCO CORDERO, I.: «Crisis del principio de jurisdicción universal en el Derecho penal internacional contemporáneo», ob. cit., pág. 1649.

¹⁵⁹ Propone una modificación legal del artículo 23.4 LOPJ, CONDE PUMPIDO, C. del siguiente tenor literal: “Estos delitos podrán ser perseguidos en España aunque previamente hayan sido enjuiciados por un Tribunal nacional cuando éste no pueda ser considerado imparcial e independiente y el juicio haya tenido por objeto proteger al acusado de la responsabilidad penal internacional o cuando la causa no haya sido tramitada con la diligencia necesaria”. «La justicia universal en la jurisdicción española», ob. cit., pág. 59.

¹⁶⁰ GIL GIL, A.: «Jurisdicción de los tribunales españoles sobre genocidio, crímenes contra la humanidad y crímenes de guerra». Ob. cit.

la pena asignada, y no aquella que determina la jurisdicción y el procedimiento aplicable¹⁶¹. Además, como criterio complementario, doctrina y AN recuerdan que el artículo 336 de la Ley Provisional sobre Organización del Poder Judicial, de 15 de septiembre de 1970, derogada por la LOPJ en 1985, atribuía la competencia a los tribunales españoles para el enjuiciamiento de los delitos contra la seguridad del Estado que se hubieran cometido fuera del territorio español –a la sazón del principio real o de protección de intereses- y entre los mismos se encontraba el delito de genocidio –recogido en nuestra legislación desde la Ley 47/1971, de 15 de noviembre-¹⁶².

¹⁶¹ El mismo planteamiento es nuevamente ratificado por el Juez de Instrucción de la AN en el denominado caso “Guatemala”. En la doctrina se pronuncia en el mismo sentido LAMARCA PÉREZ, C.: «El principio de justicia universal y la competencia de la jurisdicción española en los casos de Argentina y Chile», ob. cit., págs. 1103 y ss.

¹⁶² Desarrollando este segundo argumento complementario respecto a los delitos de terrorismo, recuerda LAMARCA PÉREZ, C. que en el momento de comisión de los hechos planteados el terrorismo se tipificaba en la legislación española como delito común en el CP y como delito militar en el Código de Justicia Militar, estableciendo este último en su art. 17 la competencia de los tribunales españoles para conocer de los delitos militares cometidos fuera del territorio español en virtud del principio de justicia universal. Ibidem, pág. 1104.