

DERECHO PENAL

Complementariedad de la Corte Penal Internacional y jurisdicción universal de los tribunales nacionales

Reflexiones técnicas y de política criminal sobre el delito de lavado de capitales

La identidad de la mujer en el Derecho penal moderno – el caso del aborto

Garantías y debido proceso en el Derecho penal internacional

El Derecho penal “moderno”. Sobre la necesaria legitimidad de las intervenciones penales

La actual política criminal en Colombia, vista desde la perspectiva del Derecho penal del enemigo de GÜNTHER JAKOBS

COMPLEMENTARIEDAD DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL Y JURISDICCIÓN UNIVERSAL DE LOS TRIBUNALES NACIONALES

José Manuel Gómez-Benítez
Catedrático de Derecho penal de la
Universidad Complutense de Madrid

SUMARIO

- I. El principio de complementariedad de la Corte Penal Internacional.
 - A. La jurisdicción de la CPI por razón del lugar de comisión del delito sobre ciudadanos de Estados que no son parte del Estatuto de la Corte y las moratorias de impunidad.
 - B. La complementariedad imposible: los territorios sin Estado.
 - C. Tribunales nacionales de un Estado parte y principio de jurisdicción universal.
 - 1. Jurisdicción universal e interés específico legitimante: los casos *Guatemala, Tíbet y Falun Gong*.
 - 2. Dos modelos legislativos nacionales sobre la complementariedad de la Corte Penal Internacional referida a los delitos objeto de su jurisdicción perseguibles al amparo del principio de jurisdicción universal.
 - 3. Específicamente: la jurisdicción universal por crímenes de guerra.
- II. Otras manifestaciones de la complementariedad de la Corte Penal Internacional: vigilancia de los procesos nacionales por parte de la Corte penal Internacional e invalidez de las leyes de amnistía.

I. EL PRINCIPIO DE COMPLEMENTARIEDAD DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL

El párrafo décimo del Preámbulo del Estatuto de la Corte Penal Internacional establece que ésta es complementaria de las jurisdicciones penales nacionales. Consecuentemente, el artículo 17.1.a) del Estatuto prohíbe a la Corte admitir un caso que esté siendo o haya sido objeto de investigación o enjuiciamiento por un Estado que tenga jurisdicción sobre él, y el artículo 20 reconoce y regula los efectos de la cosa juzgada.

En consecuencia, carecen de fundamento las críticas contra la Corte Penal Internacional que argumentan sobre la dejación de la soberanía jurisdiccional nacional en materia penal que implica. Ningún Estado, sea parte o no en el Estatuto de la Corte Penal Internacional, que esté dispuesto a ejercer su jurisdicción para la persecución de los crímenes internacionales que son objeto de la de la Corte Penal Internacional, puede temer la injerencia de esta Corte.

Para evitar que dicho principio de complementariedad, que atribuye prioridad a las jurisdicciones nacionales sobre la Corte Penal Internacional, sea utilizado en fraude de la ley para conseguir la impunidad, el propio Estatuto lo exceptúa cuando el Estado que tiene jurisdicción no está dispuesto a ejercerla o no puede hacerlo .

De esta manera, la Corte Penal Internacional reconoce, ciertamente, su subsidiariedad, pero, a la vez, se constituye en órgano de vigilancia de las jurisdicciones nacionales.

Pese a su razonabilidad, este principio ha suscitado ya numerosos problemas, así como un debate intenso sobre su compatibilidad con el principio de jurisdicción universal por parte de los tribunales nacionales.

A. La jurisdicción de la Corte Penal Internacional por razón del lugar de comisión del delito sobre ciudadanos de Estados que no son parte en su Estatuto

El simple principio de territorialidad permite someter a la Corte Penal Internacional a los nacionales de Estados no contratantes que han cometido los crímenes objeto de su jurisdicción en el territorio de uno que sí lo es. Dada la proliferación de tropas internacionales en territorios de soberanía ajena, esta posibilidad no es, en absoluto, irreal, como acaba de demostrar la polémica sobre la permanencia de tropas de Estados Unidos –integradas en las de Naciones Unidas– en Bosnia¹.

1 La delegación de Estados Unidos planteó en junio 2002 en el Consejo de Seguridad de Naciones Unidas que éste debería reconocer inmunidad frente a la Corte Penal Internacional a los militares estadounidenses integrados en los cascos azules en la misión de mantenimiento de la paz en Bosnia, como condición imprescindible para no vetar la continuación de esa misión, una vez vencido el plazo correspondiente.

La concesión de inmunidad durante un año frente a la Corte Penal Internacional en este caso apareció fundamentada en el artículo 16 del Estatuto de Roma. Sin embargo, esta norma no se refiere a esta clase de situaciones y acuerdos, sino que se limita a prever que el Consejo de Seguridad, al amparo del capítulo VII de la Carta de Naciones Unidas, puede pedir a la Corte –y, en tal caso, ésta tiene que acordarlo– que suspenda durante doce meses una investigación o enjuiciamiento ya iniciados.

La aplicación del artículo 16 exige, pues, en primer lugar, que una investigación o enjuiciamiento determinados y en marcha impliquen un peligro para la paz y la seguridad internacionales –a eso se refiere la necesaria invocación del capítulo VII de la Carta de Naciones Unidas–, y, en segundo lugar, que la resolución del Consejo de Seguridad, es decir, la suspensión temporal de la investigación o el enjuiciamiento sirvan, precisamente, para prevenir tal peligro. Como puede observarse, nada tiene que ver, pues, esta norma con la suspensión a priori de cualquier investigación o enjuiciamiento durante un año conseguida por Estados Unidos con respecto a sus militares en Bosnia, ni con el peligro contra la paz y la seguridad internacionales provocado por la hipotética intervención de la Corte Penal Internacional. Muy por el contrario, el peligro en este caso procedió, precisamente, de la propia amenaza de Estados Unidos de ejercer el derecho de veto en el Consejo de Seguridad contra la prolongación de la misión de paz de Naciones Unidas en Bosnia.

La decisión del Consejo de Seguridad con respecto a las tropas de Estados Unidos integradas en la misión de paz de Naciones Unidas en Bosnia sienta un peligroso precedente, ya que, más que como una norma prevista para circunstancias excepcionales y de efectos temporales, el artículo 16 del Estatuto de Roma se ha utilizado como una cláusula de impunidad ordinaria, cuyos efectos, además, pueden renovarse indefinidamente cada año. Si se acepta que el peligro para la paz y la seguridad internacionales en el que se fundamenta el artículo 16 del Estatuto de Roma no tiene que provenir, necesariamente, de una determinada investigación o enjuiciamiento en marcha (por eso, precisamente, la forma de prevenirlo puede ser su suspensión temporal, aunque renovable anualmente, si las circunstancias persisten), sino que tal peligro puede proceder de unos hipotéticos y futuros investigación o enjuiciamiento, así como de cualquier otra circunstancia –incluido el ejercicio del derecho de veto en el Consejo de Seguridad–, entonces la capacidad expansiva hacia la impunidad del artículo 16 es inadmisibles.

En consecuencia, si un Estado que no es parte en el estatuto de la Corte Penal Internacional pretende que sus nacionales no puedan ser enjuiciados por la Corte Penal Internacional cuando intervienen en territorios de un Estado que sí es parte, no puede acudir al artículo 16 del Estatuto, sino que tiene, bien que comprometerse a investigar y, en su caso, enjuiciar a los responsables de los crímenes internacionales ante sus propios

El Consejo de Seguridad aceptó dicha inmunidad mediante Resolución 1487/2003, que ha renovado anualmente desde entonces.

tribunales, o bien renunciar a intervenir en el conflicto o situación en cuestión, ya que, en caso contrario, sus nacionales están sometidos a la jurisdicción de la Corte Penal Internacional por razón del lugar de comisión del crimen.

Obsérvese, pues, que aunque solo existiera una condición mínima para el ejercicio de la competencia por la Corte Penal Internacional, a saber, que los crímenes hayan sido cometidos en el territorio de un Estado parte, la política de alianzas militares internacionales y de envío de tropas a territorios de soberanía ajena para mantenimiento de la paz por parte de Estados no contratantes del Estatuto de Roma, e incluso, simplemente, la de intervención de sus nacionales en situaciones políticas conflictivas ajenas, resulta seria y saludablemente afectada por la existencia de la Corte Penal Internacional.

B. La complementariedad imposible: los territorios sin Estado

La Corte asume la competencia –ya sea porque el fiscal inicia por propia iniciativa una investigación, o bien porque un Estado parte remite una situación al fiscal– cuando un crimen de los que son objeto de su jurisdicción es cometido en el territorio de un Estado parte o en el de uno que sin serlo acepta, no obstante, la competencia *ad hoc* de la Corte.

Problemas de delimitación jurídica del territorio aparte, el Estatuto se refiere, por tanto, a territorios de Estados, lo que implica su reconocimiento internacional como tales.

Existen, sin embargo, situaciones en las que es discutible desde el punto de vista del Derecho internacional que exista un Estado y, por tanto, que el territorio sobre el que determinadas personas ejercen la autoridad sea jurídico-internacionalmente un territorio de soberanía estatal. Con frecuencia –como demuestra el caso Palestina– en estos territorios existen conflictos bélicos, generalmente vinculados a reclamaciones territoriales, pretensiones de independencia o descolonización, que son especialmente propicios para la comisión de algunos de los crímenes que contempla el Estatuto de Roma².

Sin embargo, la Corte no puede asumir la competencia para la investigación o enjuiciamiento de estos casos, salvo que así lo decida el Consejo de Seguridad de Naciones Unidas, al amparo del capítulo VII de su Carta.

Es ésta, pues, una importante limitación a la pretendida jurisdicción universal de la Corte Penal Internacional, ya que si el Consejo de Seguridad no remite la situación al fiscal, o, en su caso, no decide la creación de un Tribunal Penal Internacional *ad hoc*, y las jurisdicciones nacionales no actúan al amparo directo de sus legislaciones inter-

2 Este problema ha suscitado el interés de los especialistas recientemente, con motivo de las actuaciones del ejército de Israel en Cisjordania y Gaza. El reconocimiento internacional de la Autoridad Palestina no ha implicado, hasta el momento, el de un Estado palestino, ni, en consecuencia, el de un territorio de soberanía de un Estado.

nas y de otros convenios internacionales que reconozcan el principio de jurisdicción universal, la impunidad será inevitable, al menos con respecto a aquellos responsables que no sean nacionales de un Estado parte o que acepte específicamente la competencia de la Corte.

C. Tribunales nacionales de un Estado parte y principio de jurisdicción universal

Numerosas legislaciones nacionales, de acuerdo con los instrumentos jurídicos internacionales, reconocen el principio de jurisdicción universal con respecto a determinados crímenes internacionales.

No obstante, su aplicación se ve sometida frecuentemente a obstáculos derivados tanto de la pretensión de exigir para la actividad de los tribunales nacionales que exista un criterio legitimador añadido al que justifica en sí misma la jurisdicción universal, a saber, evitar la impunidad de los crímenes contra intereses de toda la humanidad, como de la reivindicación de la prioridad en estos casos de la Corte Penal Internacional sobre los Estados parte.

En cuanto a lo primero, en lugar de intentar hacer compatible lo incompatible, es decir, de someter la aplicación del principio de jurisdicción universal a la existencia de puntos de conexión legitimantes vinculados, por ejemplo, a la defensa de intereses nacionales –principios de personalidad pasiva o activa–, el Derecho internacional desarrolló el principio *aut dedere aut judicare* como expresión razonable del de jurisdicción universal, de tal forma que si el Estado en el que se encuentra el responsable no persigue los crímenes internacionales sometidos al principio de jurisdicción universal, los demás pueden y deben hacerlo solicitando la extradición, en cuyo caso aquél tiene la obligación internacional de concederla.

Es importante resaltar que este principio no solo obliga a extraditar, sino también a juzgar al responsable que se encuentre en territorio de un Estado, tanto si ningún Estado solicita la extradición como si, una vez solicitada, es rechazada. Por ejemplo, si Chile no estaba dispuesto a ejercer su jurisdicción sobre los crímenes internacionales atribuidos al ex Jefe del Estado, PINOCHET, incumpliendo, así, su obligación internacional de perseguir sus crímenes internacionales, entonces estaba obligado a conceder la extradición a cualquier Estado que la hubiese solicitado, de la misma manera que el Reino Unido estaba obligado internacionalmente, bien a juzgar a PINOCHET, detenido en su territorio, o bien a conceder la extradición solicitada por España. De esta forma, el principio de jurisdicción universal garantiza la no impunidad de los responsables de estos crímenes³.

3 Cuestión distinta es la que se suscita cuando ningún Estado solicita la extradición al Estado en el que se encuentra el responsable. No puede aceptarse, en tal caso, la interpretación de que el Estado no requerido puede, entonces, no enjuiciar al responsable, como si esta fuera una opción válida para el derecho penal

Frente a este estado pacífico de cosas, vuelve a plantearse el debate sobre los supuestos inconvenientes del principio de jurisdicción universal no sometido a restricciones vinculadas a la defensa de intereses nacionales. Pero, curiosamente, este debate solo se plantea con respecto a los crímenes internacionales más directamente vinculados con la vulneración de derechos humanos esenciales –tortura, genocidio, crímenes contra la humanidad, crímenes de guerra–, dejando al margen aquellos otros, digamos, menos conflictivos, con respecto a los cuales, sin embargo, la jurisdicción universal pura no es cuestionada (secuestro de aeronaves, terrorismo, etc.).

Los términos de este debate jurídico están compendiados en la reciente jurisprudencia española al respecto, que es especialmente significativa tras la reforma de la ley belga sobre jurisdicción universal, dada la existencia en España de la acusación popular, que permite a organizaciones no gubernamentales llevar estos casos ante los tribunales españoles.

1. Jurisdicción universal e interés específico legitimante: los casos *Guatemala, Tíbet y Falun Gong*

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 2.^a, 327/2003, del 25 febrero (caso Guatemala):

Esta sentencia mantuvo, en síntesis, los siguiente:

FºDº SÉPTIMO: (...) La extensión extraterritorial de la ley penal, en consecuencia, se justifica por la existencia de intereses particulares de cada Estado, lo que explica que actualmente resulte indiscutible el reconocimiento internacional de la facultad de perseguir a los autores de delitos cometidos fuera del territorio nacional, sobre la base del principio real o de defensa o de protección de intereses y del de personalidad activa o pasiva. En estos casos el establecimiento unilateral de la jurisdicción tiene su sentido y apoyo fundamental, aunque no exclusivo, en la necesidad de proveer a la protección de esos intereses por el Estado nacional.

Cuando la extensión extraterritorial de la ley penal tenga su base en la naturaleza del delito, en tanto que afecte a bienes jurídicos de los que es titular la Comunidad Internacional, se plantea la cuestión de la compatibilidad entre el principio de justicia universal y otros principios de Derecho internacional público.

internacional con respecto a crímenes sometidos al principio *aut dedere aut judicare* (en el sentido aquí criticado, al menos con respecto a ciertos tratados internacionales, MARÍA DOLORES, BOLLO AROCENA. *Derecho internacional penal*, Bilbao, 2004, pp. 354/355, que reconoce, no obstante, que el principio *aut dedere aut judicare* pretende evitar la impunidad).

A este respecto, es preciso tener en cuenta que en la doctrina del Derecho penal internacional público no existe ninguna objeción al principio de justicia universal cuando éste proviene de una fuente reconocida del Derecho internacional, especialmente cuando ha sido contractualmente aceptado por Estados parte de un Tratado. En tales casos se admite que el principio tiene una justificación indudable. Por el contrario, cuando sólo ha sido reconocido en el Derecho penal interno, en la práctica, los alcances de dicho principio han sido limitados por la aplicación de otros igualmente reconocidos en el Derecho internacional. En este sentido, se ha entendido que el ejercicio de la jurisdicción no puede –como ha quedado dicho– contravenir otros principios del Derecho internacional público ni operar cuando no existe un punto de conexión directo con intereses nacionales (...)

F°D° OCTAVO: (...) En los tratados internacionales suscritos en orden a la persecución de delitos que afectan a bienes cuya protección resulta de interés para la Comunidad Internacional, se plasman criterios de atribución jurisdiccional basados generalmente en el territorio o en la personalidad activa o pasiva, y a ellos se añade el compromiso de cada Estado para perseguir los hechos, sea cual sea el lugar de comisión, cuando el presunto autor se encuentre en su territorio y no conceda la extradición, previendo así una reacción ordenada contra la impunidad, y suprimiendo la posibilidad de que existan Estados que sean utilizados como refugio. Pero no se ha establecido expresamente en ninguno de esos tratados que cada Estado parte pueda perseguir, sin limitación alguna y acogién dose solamente a su legislación interna, los hechos ocurridos en territorio de otro Estado, ni aun en los casos en que éste no procediera a su persecución (...).

F°D° NOVENO: (...) La Convención contra la Tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, de 10 de diciembre de 1984 (RCL 1987, 2405), publicada en el *BOE* de 9 de noviembre de 1987, dispone de modo similar a los anteriores convenios que todo Estado parte dispondrá lo necesario para instituir su jurisdicción sobre los delitos a los que la Convención se refiere en los siguientes casos: 1, cuando se cometan en territorio bajo su jurisdicción o a bordo de una aeronave o un buque matriculados en ese Estado; 2, cuando el presunto delincuente sea nacional de ese Estado; y 3, cuando la víctima sea nacional de ese Estado y éste lo considere apropiado. Además, todo Estado tomará las medidas necesarias para instituir su jurisdicción sobre estos delitos en los casos en los que el presunto delincuente se encuentre en cualquier territorio bajo su jurisdicción y no conceda la extradición a ninguno de los Estados antes mencionados. No se excluye ninguna jurisdicción penal ejercida de conformidad con la legislación nacional (...)

F°D° UNDÉCIMO: (...) En las denuncias se contienen hechos que afectan a personas de nacionalidad española (...)

(...) respecto de las víctimas de nacionalidad española, una vez comprobados debidamente los extremos que requiere el artículo 5 del Convenio contra la Tortura, los Tribunales españoles tienen jurisdicción para la investigación y enjuiciamiento de los presuntos culpables.

Sentencia del Tribunal Constitucional 237/2005, del 26 septiembre (caso Guatemala)

Esta esperada sentencia del Tribunal Constitucional español ha venido a refrendar la práctica totalidad de las críticas recién expuestas a la sentencia del Tribunal Supremo, que ya habían sido hechas valer con anterioridad en distintos procesos en España.

En efecto, en síntesis, esta sentencia corrige la incorrecta doctrina jurisprudencial del caso Guatemala, en los siguientes términos:

El Tribunal Constitucional recuerda para fundamentar su competencia, que el núcleo del derecho a la tutela judicial efectiva (artículo 24.1 de la Constitución española) es el derecho a la jurisdicción y que una parte fundamental del control de constitucionalidad es la racionalidad de la motivación de las resoluciones judiciales y la proporcionalidad de la causa de denegación del derecho de acceso al proceso, derivada del principio *pro actione*. Puesto que la resolución recurrida en amparo ante el Tribunal Constitucional ordenó la inadmisión a trámite de la querrela interpuesta, es claro que la competencia del Tribunal Constitucional debe abarcar tanto la racionalidad como la proporcionalidad de tal resolución.

Entrando ya en el fondo del asunto, el Tribunal Constitucional español recuerda que el artículo 23.4 LOPJ reconoce el principio de jurisdicción universal y que el principio de concurrencia de jurisdicciones es inmanente al mismo. La subsidiariedad se comporta de forma complementaria –no opuesta– a la concurrencia de jurisdicciones. En consecuencia, la prioridad del lugar de comisión (territorialidad) solo sirve para evitar duplicidad de procesos y *bis in idem*. Al respecto, solo es necesario acreditar que no están siendo enjuiciados los crímenes en el lugar de su comisión, o bien que es previsible la no efectiva persecución en plazo próximo. No es necesario acreditar el rechazo previo de la denuncia o querrela.

En cuanto al crimen internacional de genocidio, el Tribunal Constitucional español recuerda que el espíritu de la Convención contra el genocidio y el Derecho consuetudinario internacional en esta material apuntan a evitar su impunidad y, por tanto, a su persecución universal. Por eso, el 23.4 LOPJ no puede perder legitimidad derivada del Derecho internacional, como mantuvo la sentencia del Tribunal Supremo, ya que, precisamente, éste autoriza que las legislaciones internas establezcan la jurisdicción universal sobre este crimen internacional.

Por otra parte, la presencia del culpable en España es una condición procesal, pero no puede impedir el derecho de acceder al proceso, porque para eso existe la extradición.

Finalmente, el principio de personalidad pasiva no forma parte de nuestra legislación. En consecuencia, el Tribunal Supremo realizó una interpretación *contra legem* del 23.4 LOPI, además de desproporcionada. El principio de personalidad pasiva (nacionalidad de la víctima) es incompatible con el de jurisdicción universal y con la propia naturaleza del crimen internacional de genocidio, que se refiere no solo al exterminio de grupos nacionales, sino también raciales, étnicos o religiosos. Así pues, cualquier principio que haga depender la jurisdicción de un interés nacional es incompatible con el de jurisdicción universal.

Auto de la Audiencia Nacional, Sala de lo Penal, Sección 4.^a, del 10 enero 2006 (caso Tíbet)

Con fecha 28 junio 2005, dos organizaciones de apoyo al Tíbet y un monje budista tibetano de nacionalidad española presentaron una querrela por delitos de genocidio, torturas, crímenes contra la humanidad y otros, contra el antiguo presidente de la República Popular China, JIANG ZEMIN, su antiguo primer ministro, LI PENG, y otros altos dirigentes políticos y militares chinos.

La querrela fue inadmitida a trámite mediante auto del 5 septiembre 2006, que se fundamentó en el informe del fiscal contrario a su admisión que siguió al pie de la letra la doctrina sentada en la sentencia del Tribunal Supremo antes analizada referida al caso *Guatemala*.

Antes de que se produjera la sentencia del Tribunal Constitucional recién analizada sobre el caso *Guatemala*, los querellantes interpusieron recurso de casación contra este auto de inadmisión a trámite de su querrela, en el que hicieron valer todas las críticas contra la doctrina sentada por el Tribunal Supremo en el mencionado caso –incluidas las expuestas en los siete votos particulares– que luego fueron recogidas en la sentencia del Tribunal Constitucional sobre el caso *Guatemala*, recién analizada.

Antes de que estuviera resuelto este recurso de apelación tuvo lugar la sentencia del Tribunal Constitucional que concedió el amparo constitucional a los querellantes del caso *Guatemala*, obligó a la Audiencia Nacional a admitir a trámite dicha querrela e invalidó por inconstitucionales los argumentos de la anterior sentencia del Tribunal Supremo.

Esta circunstancia motivó que, antes de la resolución del recurso de apelación relativo al caso *Tíbet*, la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional suspendiera la vista del recurso, que ya estaba señalada, y se reuniera en Pleno no jurisdiccional, a efectos, según argumentó, de unificar criterios sobre la aplicación de la mencionada sentencia

del Tribunal Constitucional. Este Pleno no jurisdiccional era perfectamente innecesario, pues la sentencia del Tribunal Constitucional es clara y contundente, pero, no obstante, fue realizado y concluyó con un acuerdo de efectos dilatorios y naturaleza restrictiva, cuando no contraria a la doctrina constitucional.

En efecto, en primer lugar, este pleno no jurisdiccional acordó que:

(...) antes de la admisión a trámite de una denuncia o querrela sobre tales delitos [del catálogo del art. 23.4 LOPJ] deberá constatarse la inactividad de la jurisdicción del Estado (*sic*) en cuyo lugar se cometieron presuntamente los hechos y de la Comunidad Internacional (*sic*), lo que se hará a través de los instrumentos de cooperación internacional existentes en cada momento, recabando de oficio información sobre tales extremos del Estado (*sic*) donde se hayan cometido presuntamente los hechos y de los organismos internacionales pertinentes (en especial la ONU).

Si la querellante o denunciante hubiera aportado indicios serios y razonables de la inactividad judicial que vinieran a acreditar una falta, ya de voluntad, ya de capacidad para la persecución efectiva de los crímenes por la jurisdicción del lugar de comisión, se constatará, si no se hubiere hecho ya, la ausencia de actividad de la Comunidad Internacional (*sic*).

Una vez obtenida respuesta, o transcurrido un plazo razonable sin ella, deberá decidirse sobre la propia jurisdicción y, por tanto, sobre la admisión o no a trámite de la querrela o sobre el archivo o no de la denuncia, teniendo en cuenta en ultimo término el criterio de razonabilidad.

La acumulación de requisitos previos a contrastar antes de la simple admisión a trámite, la imprecisión de los conceptos (organismos internacionales pertinentes, comunidad internacional, plazo razonable, razonabilidad), la inevitable duración de los trámites previos exigidos, la inadmisibile supeditación de la jurisdicción universal a la previa “*inactividad de la comunidad internacional*”, solo tienen la lectura del sometimiento del derecho al acceso al proceso a una peculiar carrera de obstáculos dilatorios, al final de la cual, no obstante, no queda asegurada la admisión a trámite de las querrelas o denuncias, sino que el tribunal se reserva la posibilidad de la inadmisión, no obstante estar superados todos los obstáculos previos, en base a un absolutamente indeterminado criterio de razonabilidad. Esta peculiar técnica judicial pseudolegislativa abre la puerta a la arbitrariedad en esta concreta materia del ejercicio de la jurisdicción universal y es, por tanto, contraria a la doctrina jurisdiccional antes establecida.

Esta conclusión queda reforzada si se repara en la definición del criterio de razonabilidad que, acto seguido, ofrece el propio acuerdo del Pleno no jurisdiccional:

4. *Criterio de razonabilidad.* Constatado que se cumplen los requisitos exigidos por el ordenamiento jurídico interno y descartada la actuación de la jurisdicción del lugar de comisión del presunto delito y de la Comunidad Internacional (*sic*) deberá, como regla, aceptarse la jurisdicción salvo que se aprecie exceso o abuso del Derecho *por la absoluta ajeneidad del asunto por tratarse de delitos y lugares totalmente extraños y/o alejados y no acreditar el denunciante o querellante interés directo o relación con ellos.*

Así pues, al final, el pleno vuelve a insistir, precisamente, en aquello que el Tribunal Constitucional consideró inconstitucional, pero a través de la vía de la exigencia de un interés directo o relación del querellante o denunciante con los hechos, que, en absoluto, es compatible con el derecho constitucional al ejercicio de la acción popular. Pero, además, introduce parámetros de razonabilidad abiertamente contrarios al principio de jurisdicción universal y directamente arbitrarios, como son los referentes a que los delitos y los lugares no sean totalmente extraños y/o alejados. Ignora, así, este acuerdo que no existen delitos ni lugares extraños ni alejados a los efectos de la persecución universal de crímenes internacionales, cuya comisión, por definición, afecta a todos los Estados y al interés de la propia humanidad.

Sometido este criterio de razonabilidad a una crítica frontal en la apelación interpuesta contra la inadmisión a trámite de la querrela en el caso *Tíbet*, el tribunal hubo de renunciar al mismo en su resolución final, admitiendo que se trata solo de analizar el posible abuso del Derecho, tal como se expone más adelante. Queda, entonces, inexplicado lo que debe entenderse por abuso del Derecho en el ámbito del ejercicio de la jurisdicción universal, una vez descartados condicionantes de interés o relación de los querellantes, o de proximidad material y/o geográfica de los delitos y lugares.

Pese a este acuerdo no jurisdiccional, la admisión a trámite de la querrela en el caso Tíbet fue inevitable, pues no solo en el recurso contra su inadmisión estaban expuestos *avant la lettre* los argumentos a favor de la vigencia del principio de jurisdicción universal y en contra de la sentencia del Tribunal Supremo en el caso Guatemala, sino que, además, tales argumentos fueron confirmados expresamente por el Tribunal Constitucional.

En consecuencia, el auto de la Sección 4.^a de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional del 10 enero 2006 ordenó al Juzgado la admisión a trámite de la querrela, con los siguientes fundamentos, entre otros:

FºDº SEXTO: Así, en relación con el argumento de la aplicabilidad del artículo 23.4 LOPJ dependa de la existencia de un Convenio Internacional del que España forme parte avale tal extesión de la competencia extramuros se las fronteras jurisdiccionales españolas, carece de apoyo legal, pueto que lo que establece ell artículo 6 del Convenio sobre Genocidio es una obligación de mínimos, de forma tal que, de no actuarse ni en el país donde se causó el hecho denuncia-

do ni a nivel internacional, compromete a las Partes (*sic*) firmantes del citado Convenio a perseguir el crimen denunciado en su territorio, pues de lo que se trata, según establece el artículo 1 del Convenio de genocidio, es de llevar a la práctica lo que el citado artículo afirma cuando dice que el genocidio es un delito de Derecho internacional que las Partes Contratantes se comprometen a prevenir y a sancionar

[... y en relación con las otras dos restricciones calificadas como de reducción teleológica (por cuanto va más allá del sentido gramatical del precepto) desborda los cauces de lo constitucionalmente admisible (...) en la medida en que supone una reducción *contra legem* (...)

FºDº NOVENO: c) En relación con la posibilidad de que el Tíbet acuda a la Corte Penal Internacional, cuyo objetivo, como es sabido y partiendo de la idea de una instancia judicial independiente, aunque vinculada con las Naciones Unidas con carácter permanente y alcance potencialmente universal (...) es inoperante por cuanto, según dispone el artículo 11 del Estatuto de Roma (...), la Corte solo tendrá competencia únicamente respecto de los crímenes cometidos después de su entrada en vigor (...)

FºDº DÉCIMO: La última de las cuestiones a tratar es si mediante la presente querrela se puede deducir un ejercicio abusivo del Derecho, acudiendo a la jurisdicción española (...)

La citada cuestión ha sido aludida indirectamente en el acto de la vista por la defensa de los querellantes, a raíz de la frase que aparece en el [acuerdo del] Pleno de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional del 3 noviembre 2005, dictado como consecuencia de la sentencia del Tribunal Constitucional de 26 de septiembre anterior (...)

Como fácilmente puede deducirse del tenor de lo acordado en el citado epígrafe, de lo que se trata es de evitar, única y exclusivamente, que se utilice la jurisdicción de este tribunal en ejercicio abusivo del Derecho, y no de que los hechos objeto de denuncia, el delito denunciado o el país en el que tales hechos ocurran estén o no alejados del nuestro.

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 2.ª, 645/2006, del 20 junio (caso Falun Gong)

El Tribunal Supremo español reaccionó contra la sentencia del Tribunal Constitucional del 26 septiembre 2005 en la primera ocasión que tuvo. Sin perjuicio de acatarla y, por tanto, de aplicarla, aprovechó el recurso de casación interpuesto contra la inadmisión a trámite antes de la sentencia del Tribunal Constitucional de una querrela contra dirigentes chinos, en el caso *Falun Gong*, para reivindicar su propia jurisprudencia.

En efecto, el Tribunal Supremo ordenó en este caso la admisión a trámite de la querrela, en cumplimiento de la STC 237/2005, de 26 septiembre, pero invita al Tribunal Constitucional a revisar esta sentencia e insiste en la corrección de su anterior sentencia, en los siguientes términos:

FºDº 1.º La jurisprudencia de esta Sala sobre el principio de la justicia universal se ha alineado con quienes piensan que, dentro del orden de la comunidad internacional, este principio permite y refuerza una protección deseable de los derechos fundamentales frente a los abusos de poder que los desconocen masivamente. Desde este punto de vista estimamos que el principio de la justicia universal de nuestro Derecho no debe ser neutralizado por la instauración de la Corte Penal Internacional, pues la extensión de la jurisdicción extraterritorial de los Estados favorecerá, mediante una acción descentralizada de persecución de los delitos contra la humanidad, la cobertura de los espacios que el Estatuto de Roma podría dejar desprotegidos y el aumento de la protección de valores básicos de la comunidad internacional.

Ello no nos ha impedido, como tampoco se lo ha impedido a quienes propugnan con energía este punto de vista, que hayamos considerado, en consonancia con una difundida opinión y una notoria práctica europea en esta materia, *el peligro de conflictos provenientes de este principio cuando su ejercicio carezca de auténtica justificación*.

Comentario crítico

No define esta sentencia cuándo, según ella, el ejercicio de la jurisdicción universal carece de “*auténtica justificación*”, pero parece deducirse que ello tiene lugar cuando no hay conexión con un interés nacional, en la línea del denominado “punto de conexión legitimante”. Si embargo, éste es, precisamente, incompatible con la propia naturaleza del principio de jurisdicción universal, que, paradójicamente, el Tribunal Supremo español reconoce en el párrafo previo, y que concede competencia a los tribunales nacionales para enjuiciar crímenes incluso si la víctima y el sospechoso no son de la nacionalidad del lugar y los crímenes fueron cometidos en otro territorio⁴. Introducir cualquiera de estos criterios –nacionalidad del culpable, de la víctima y territorialidad– como requisitos necesarios para el ejercicio de la jurisdicción universal, tal como hace el Tribunal Supremo español, implica derogar el propio principio, tal y como ha ocurrido en Bélgica.

4 “‘Universal jurisdiction’ refers to the competence of a national court to try a person suspected of a serious international crime –such as genocide, war crimes, crimes against humanity or torture– even if neither the suspect nor the victim are nationals of the country where the court is located (“the forum state”), and the crime took place outside that country” (Universal Jurisdiction in Europe. *The State of the Art*, Informe de Human Rights Watch, 2006, p. 3).

En efecto, el principio de jurisdicción universal no está vinculado ni en Derecho penal internacional, ni en el artículo 23 de la Ley Orgánica del Poder Judicial a la protección de intereses nacionales, sino de intereses de toda la humanidad.

F°D° 5°. En la stc 237/2005 el Tribunal Constitucional entendió equivocadamente nuestra sentencia y le atribuyó como *ratio decisionis* un argumento no decisivo utilizado en ella. En efecto: la sentencia no estimó parcialmente el recurso basándose en que sólo cuando viniera expresamente autorizado en el Derecho convencional el recurso a la jurisdicción universal unilateral, resultaría ésta legítima y aplicable en virtud tanto del art. 96 CE como del art. 27 del Convenio sobre Derecho de los tratados (F.J. 5 de la stc). La sentencia del Tribunal Supremo sólo sostiene que la jurisdicción universal en materia de delitos de genocidio “no puede extraerse de las disposiciones del Convenio para la prevención y sanción del genocidio” (F.J. 11° de la sts)

Comentario crítico

No es cierto que el Tribunal Supremo exigiera la convalidación internacional del Derecho interno en material de jurisdicción universal solo con respecto al delito de genocidio.

Aunque la sentencia del caso *Guatemala* expone este argumento cuando trata el delito de genocidio, cuya convención no incluye, ciertamente, el principio de jurisdicción universal, el argumento del Tribunal Supremo es de aplicación general, pues, en caso contrario, no podría exigir la convalidación tampoco en el caso del genocidio. Es decir, si la ley interna española no sirve para extender nuestra jurisdicción en casos de genocidio, dado que esta Convención no lo permite, según el Tribunal Supremo, entonces es que se está sometiendo la ley española a la convalidación de la correspondiente convención internacional.

En los países europeos que reconocen el principio de jurisdicción universal es frecuente que ésta se refiera solo a las convenciones internacionales que así lo establecen (así, por ejemplo, Francia –Art. 689 del CPP– y Dinamarca –secc. 8 (5) del C. Penal–. Pero esta legislación no tiene nada que ver con el argumento del Tribunal Supremo español con respecto al genocidio, porque la jurisdicción universal española al respecto no depende en el artículo 23 de la Ley Orgánica del Poder Judicial del correspondiente tratado o convenio, sino que está establecida específicamente por la propia legislación española.

El argumento del Tribunal Supremo español ignora, en efecto, que la jurisdicción universal tiene una doble presencia en el mencionado artículo 23: cuando proviene de convenios o tratados y, de forma autónoma, por delitos de genocidio, lo que indica una atribución de competencia por estos delitos que no proviene del convenio internacional, sino del propio Derecho interno.

Además, en lo referente al delito de genocidio, la totalidad de la doctrina⁵ y la jurisprudencia de los tribunales *ad hoc* para la ex Yugoslavia y Ruanda admiten que el genocidio es el crimen internacional por excelencia, que ha devenido crimen de *ius cogens*, sometido, por tanto, al principio de jurisdicción universal, con independencia de lo que establece el artículo sexto de la Convención de 1948.

En cualquier caso, el argumento del Tribunal Supremo español sobre la necesaria convalidación internacional de la legislación interna que atribuye jurisdicción universal a los tribunales españoles es puramente retórico, pues en el caso *Guatemala* no admitió la jurisdicción universal tampoco cuando los convenios internacionales la reconocen expresamente, como acontece con el delito de tortura, sino que la sometió a condiciones añadidas, como la nacionalidad de las víctimas.

Es necesario, por otra parte, recordar que el principio de prevalencia del Derecho internacional sobre los Derechos internos, ya reconocido en los Principios de Nuremberg aprobados por la Asamblea General de Naciones Unidas⁶, tiene el significado inverso, es decir, impide que legislaciones nacionales limitativas de la persecución de crímenes internacionales puedan oponerse frente al Derecho internacional⁷. Éste es, precisamente, el sentido del artículo 96 de la Constitución española, que prevé que los tratados internacionales válidamente celebrados solo pueden ser derogados, modificados o suspendidos de conformidad con el Derecho internacional. Naturalmente, sería contraria a la Convención internacional contra el genocidio cualquier legislación interna que amparase su impunidad, pero en modo alguno puede serlo aquella que, como la española, permite el ejercicio de la jurisdicción por los tribunales españoles, sin establecer limitación alguna a lo establecido en la propia Convención.

-
- 5 Por todos, *Oppenheim's International Law*, vol. 1, 1992, p. 953. Por su parte, CHERIF, BASSIOUNI. *Internacional Criminal Law, Crimes*, 1986, p. 274, mantiene lo siguiente: "Más allá de ese artículo VI de la Convención sobre Genocidio, que se mantiene en el principio de la jurisdicción concurrente, todo Estado puede afirmar su jurisdicción cuando el crimen en cuestión es una de las especies de genocidio. Hay, ciertamente, amplios precedentes para tal regla en Derecho internacional, tales como el tratamiento desde hace mucho tiempo de los comunes enemigos de la humanidad (*hostes humani generis*) o principios internacionales dentro del ámbito de la jurisdicción universal".
- 6 Resolución de la Asamblea General n.º 174, del 11 diciembre 1946, (UN Doc A/180 (1948). Posteriormente, mediante Resolución 177 (II), párrafo a), del 21 noviembre 1947, la Asamblea General solicitó a la Comisión de Derecho Internacional que procediera a la formulación de tales principios, que fueron, finalmente, presentados por dicha Comisión ante la quinta sesión de la Asamblea General (1959) (UN Doc A/1316).
- 7 El primer principio establece: "Todo el que comete un acto constitutivo de un crimen según el Derecho internacional es responsable por ese acto y está sujeto a pena", y continúa afirmando: "el Derecho internacional puede imponer obligaciones directamente a los individuos sin interposición del Derecho interno". A su vez, el principio segundo dispone: "El hecho de que la ley interna no interponga castigo por un acto que constituye un crimen según el Derecho internacional no libera de responsabilidad bajo el Derecho internacional a la persona que lo cometió".

FºDº 6.º El Tribunal Constitucional estimó que esta interpretación consistía en una “reducción teleológica de la ley, caracterizada por excluir del marco de aplicación del precepto supuestos incardinables de modo indudable en su núcleo semántico” y que ello sería contradictorio con el art. 23.4 LOPJ porque “la LOPJ instaura un principio de jurisdicción universal absoluto, es decir, sin sometimiento a criterios restrictivos de corrección o procedibilidad, y sin ordenación jerárquica alguna con respecto al resto de reglas de atribución competencial” (F.J. 3.). a) (...) La reducción teleológica del alcance meramente gramatical del texto de una norma legal no constituye ninguna prohibición interpretativa.

Comentario crítico

La reducción teleológica es una consecuencia interpretativa legítima, siempre que no contravenga el principio de legalidad y no perjudique al reo. Por eso, el Tribunal Constitucional la ha admitido en materia de interpretación restrictiva favorable al reo de algunos tipos penales. Pero no tiene nada que ver con la interpretación de normas procesales y, menos, con la sumisión de la jurisdicción universal a criterios restrictivos añadidos –la nacionalidad de las víctimas, según el Tribunal Supremo español– incompatibles con su propia naturaleza y contrarios al principio *pro actione* y al de legalidad.

FºDº 8.º La STC 237/2005 reprocha también a la del Tribunal Supremo que “omita mencionar que, frente a lo que pudiera desprenderse de su lectura, la ley española no es la única legislación que incorpora un principio de jurisdicción universal sin vinculación a intereses nacionales, pudiendo citarse las de países como Bélgica (art. 7 de la Ley de 16 de julio de 1993, reformada por la Ley de 10 de febrero de 1999, que extiende la jurisdicción universal al genocidio), Dinamarca (art. 8.6 de su Código Penal), Suecia (Ley relativa a la Convención sobre el genocidio de 1964), Italia (art. 7.5 CP) o Alemania, Estados que incorporan, con mayor o menor amplitud, la represión de distintos crímenes contra la comunidad internacional a su ámbito de jurisdicción, sin restricciones motivadas en vínculos nacionales.

Este reproche también es injustificado, porque el problema es otro, tal como lo demuestra la jurisprudencia y una parte importante de la doctrina alemana. No se trata de los textos, sino de su interpretación en el contexto de otras normas del Derecho internacional.

Comentario crítico

La aplicación judicial de la ley está en todo caso sometida al texto de la ley. La interpretación *contra legem* está prohibida, precisamente, por implicar una usurpación judicial del poder legislativo. Esa es la esencia del principio de legalidad en los sistemas constitucionales de separación de poderes. Se pueden hacer leyes que limiten la juris-

dicción universal, siempre que sean compatibles con el Derecho internacional, pero no interpretar las leyes como si ya hubieran sido reformadas e impusieran tales límites.

El artículo 23 LOPJ no reconoce el principio de personalidad pasiva como criterio de atribución de competencia de los tribunales nacionales en ningún caso, excepto en lo que se refiere a los delitos cometidos contra funcionarios españoles (mezcla de personalidad pasiva y real). El Tribunal Supremo español ha realizado, en consecuencia, una prohibida creación del derecho al exigirlo para los delitos de genocidio e, incluso, tortura –pese a reconocer que este Convenio internacional sí recoge el principio de jurisdicción universal. Tal como consta en los votos particulares, la sentencia hace algo más que una, ya de por sí prohibida, interpretación *contra legem*, llegando a la creación del Derecho.

FO^D 8.º La Ley belga de 16 de junio de 1993, citada en la sentencia 237/2005, ya había sido modificada en su art. 7 por la Ley de 23 de abril de 2003, que impuso límites al principio de la jurisdicción universal. La redacción de la Ley belga de 2003 se refiere, en primer término, a los casos en los que el autor no se encuentre en el territorio del Reino. Establece, además, que el Procurador Federal, único que en adelante podrá instar la acción, no requerirá al Juez de Instrucción para que asuma la causa, si “de las circunstancias concretas del caso resulta que en el interés de una buena administración de justicia y en cumplimiento de las obligaciones internacionales de Bélgica, aquella debe ser enjuiciada por las jurisdicciones internacionales o por la jurisdicción donde los hechos han sido cometidos, o por la jurisdicción del Estado de la nacionalidad del autor o del lugar en el que éste pueda ser encontrado y en el que esta jurisdicción sea competente, imparcial y equitativa.

Comentario crítico

Efectivamente, la legislación belga⁸ sobre jurisdicción universal, que fue un auténtico modelo de compromiso con la persecución de crímenes internacionales frente a la indiferencia selectiva de la comunidad internacional, fue reformada hasta el punto de derogar el principio de jurisdicción universal. Actualmente, su ley procesal solo permite la persecución de crímenes internacionales bajo los principios de personalidad activa y

8 Tal y como señala Human Rights Watch en su último informe sobre el principio de jurisdicción universal: “*In the aftermath of Belgium’s 2003 decision to significantly narrow its universal jurisdiction laws (in part due to direct pressure from foreign governments including the United States, which threatened to have the NATO Headquarters moved from Brussels), there was a widespread perception that universal jurisdiction was ‘on its last legs, if not already in its death throes’ (...). The successful prosecution of international crimes in 2005 by courts in Spain, France, Belgium, the United Kingdom and the Netherlands –with more trials scheduled for 2006– indicates that universal jurisdiction is now a practical reality that is gradually being assimilated into the functioning of criminal law systems in parts of Western Europe*”.

pasiva, lo que acredita que la pretensión coincidente del Tribunal Supremo español es, precisamente, incompatible con el principio de jurisdicción universal. Esto hace que no sea, precisamente, un modelo a seguir. Sin embargo, mientras estuvo vigente en su redacción originaria, los jueces belgas la aplicaron, en vez de adelantarse a la reforma mediante interpretaciones incompatibles con la ley.

F°D° 8.º También el Código Penal Internacional alemán (vStGB)—que el Tribunal Constitucional en su sentencia F.J. 6 reprocha a nuestra sentencia no haber citado— avala el punto de vista de esta Sala. Una lectura íntegra del Código y de la Ley que lo introduce en orden jurídico de Alemania permite constatar que, efectivamente, el parágrafo 1 del Código Penal Internacional no menciona límite alguno al principio de universalidad. Pero, se incorpora a la Ley Procesal Penal (STPO) un nuevo supuesto de aplicación del principio de oportunidad en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, parágrafo 153 f), que somete la persecución de los delitos cometidos fuera del territorio alemán a la decisión del fiscal.

Comentario crítico

Tal y como se analiza más adelante, el Código Penal Internacional alemán reconoce el principio de jurisdicción universal puro o absoluto y, además, regula, en efecto, determinados supuestos en los que el fiscal puede abstenerse de perseguir un crimen internacional, salvo si el autor es de nacionalidad alemana. Pero, obsérvese que la reforma de la ley procesal alemana no interfiere en la naturaleza del principio de jurisdicción universal, incorporándole requisitos perversos, es decir, incompatibles con la propia idea, sino que prevé ciertas condiciones en las cuales el fiscal puede —no tiene que— abstenerse de ejercitar la acción penal. Es decir, incluso en esos casos, el fiscal puede instar la persecución de esos crímenes en Alemania, con base, pues, en el principio de jurisdicción universal⁹.

9 HRW Report 2006, cit: “*Presence in the prosecuting state is a requirement triggering the discretion of national authorities in Denmark, France and the Netherlands. In the United Kingdom, an arrest warrant cannot be issued unless a suspect is present or likely to be present in the territory. Norway requires that a suspect be present before he or she can be charged. Spain does not require presence to open an investigation or charge a suspect. 113 The Netherlands, for example, requires that a suspect be present before an investigation can commence: Netherlands, International Crimes Act, Section 2(1). The Danish Special International Crimes Office requires a suspect to be present before an investigation is opened, and if a suspect flees while the investigation is ongoing, then an investigation will be closed. German law does not require the presence of the suspect, but gives a prosecutor discretion to refuse to open an investigation if the suspect’s presence cannot be anticipated. This approach was evident in the German federal prosecutor’s refusal to open an investigation into former Uzbekistan Interior Minister ZOKIRJON ALMATOV, who is alleged to have had command responsibility for systematic torture and the massacre of hundreds of individuals in Andijan in May 2005. 121 A complaint against ALMATOV was filed with the prosecutor by victims 122 when he traveled to HANNOVER for medical treatment, but Almatov had left Germany before the prosecutor made a decision concerning the complaint. In that decision, in which he declined to open an investigation, one of the reasons given by the prosecutor was that the expectation of non-cooperation from Uzbekistan made an investigation practically impossible. By ignoring the*”

A esto se añade que el Tribunal Supremo español no tiene en cuenta que en España, a diferencia de Alemania, la acción penal puede ser ejercitada también por los perjudicados (acción particular) e, incluso, por quienes no lo son (acción popular), y que la posible restricción del ejercicio de estas acciones al fiscal prevista en Alemania, debería, en consecuencia, extenderse a estos acusadores particulares o populares en España. Siendo, como es en Alemania, un mera facultad y no una prohibición de instar la persecución, en España tal reforma sería absolutamente inútil, por lo que la reforma solo sería efectiva si legitimase solo al Fiscal para ejercitar las acciones penales por crímenes internacionales¹⁰. Muy probablemente, esta pretensión implicaría una reforma de la Constitución española.

F°D° 9.º Especial relevancia revisten en esta línea los Princeton Principles on Universal Jurisdiction, elaborados en 2001 por profesores de la Universidad de Princeton (EE.UU.), Utrecht (Holanda), Cincinnati (EE.UU.), y otros juristas de la Asociación Internacional de Derecho Penal y de la Comisión Internacional de Juristas, prologados por la Alta Comisionada de Naciones Unidas para los Derechos Humanos. En el Principio 1(2) de este texto se establece que: “La jurisdicción universal puede ser ejercida por un cuerpo competente y ordinario de cada Estado en orden al enjuiciamiento de una persona debidamente acusada de haber cometido los graves crímenes del derecho internacional especificados en el principio 2(1), siempre y cuando la persona esté presente ante dicho órgano judicial”.

possibility of conducting investigations outside the territorial state –such as by interviewing witnesses and victims present in other states and identified by the complainants¹²³– the federal prosecutor has de facto made the physical presence of the suspect a strict precondition for opening an investigation into an international crime. This seems to unduly narrow the scope of Germany’s universal jurisdiction laws and contradicts the spirit of the legislation, which expressly leaves open the possibility of opening an investigation. Cases against U.S. Defense Secretary DONALD RUMSFELD, former Chinese President JIANG ZEMIN and former Uzbek Minister of Interior ZOKIRJON ALMATOV, have not been investigated as the federal prosecutor relied on the discretion provided for in the Criminal Procedure Code”.

- 10 HRW Report cit.: “Somewhat unusually for a common law country, UK law permits private individuals to request an arrest warrant directly from a magistrate (district judge) in instances where the police fail to investigate an allegation that a crime has been committed. On September 10, 2005, based on evidence presented by a UK law firm acting on behalf of a Palestinian human rights NGO, Senior District Judge TIMOTHY WORKMAN issued the first ever warrant under the UK’s Geneva Conventions Act 1957 against retired Israeli General DORON ALMOG. The warrant sought Almog’s arrest for his alleged participation in grave breaches of the Geneva Conventions in Israeli-occupied Gaza, where he had been a commander. Almog arrived at Heathrow Airport the following day, but did not disembark from his flight after he was informed of the existence of the warrant. He returned to Israel before the Metropolitan Police could execute the warrant. Both the UK Prime Minister and Foreign Secretary apologized to their Israeli counterparts concerning the incident, and consideration is now being given to amending the Prosecution of Offences Act 1985 to preclude private parties from applying for arrest warrants in relation to international crimes. Revisions to Belgium’s universal jurisdiction laws in 2003 curtailed the right of parties civiles to complain directly to an investigative judge, and placed the decision to open a prosecution in the hands of federal prosecution authorities”.

Es importante destacar que en el Comentario adicionado por sus redactores a los Principios de Princeton (pág. 43) también se señala el riesgo de abuso y se plantea la cuestión de si, además la exigencia de la presencia del acusado en el Estado que ejerce la jurisdicción universal, deben ser requeridas otras conexiones territoriales, cuestión que los redactores han dejado expresamente para una ocasión futura, “en parte para continuar la discusión, en parte evitar el cierre de la evolución de la jurisdicción universal y, en parte, como deferencia ante la pendiente legitimación de la Corte de Justicia” (con referencia a la cuestión del *Congo vs. Bélgica*, pendiente entonces de decisión ante la Corte Internacional de Justicia, y a la decisión de la Corte de Casación de Senegal, que había rechazado la jurisdicción para enjuiciar a HISSÈNE HABRÉ, ex presidente de Chad, por torturas cometidas en este último país).

Comentario crítico

Precisamente, los Principios de Princeton se limitan a impedir el juicio en ausencia, ni siquiera a exigir la vinculación territorial del responsable en el territorio del tribunal que pretenda su persecución, como condición para poder iniciar el correspondiente proceso penal contra él. Reconociendo los riesgos de abuso, no ha existido, sin embargo, consenso sobre la conveniencia de someter el principio de jurisdicción universal a restricciones o límites vinculados a las “conexiones territoriales” o similares.

2. Específicamente: la jurisdicción universal de los tribunales nacionales deducida directamente de los convenios y tratados internacionales.
Los crímenes de guerra. La procedencia de la solicitud de extradición por crímenes de guerra, tanto con base en los Convenios de Ginebra

Dada a la muy limitada capacidad de acción del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas en materia de conflictos bélicos que afectan a Estados sensibles, es decir, amparados por alguno de sus miembros permanentes, así como las limitaciones a la jurisdicción de la Corte Penal Internacional sobre crímenes de guerra cometidos en territorios de Estados que no son parte de su Estatuto y por ciudadanos de Estados que tampoco lo son, como ocurre en el actual conflicto bélico sobre territorio libanés, es procedente reivindicar la indiscutida jurisdicción universal sobre crímenes de guerra establecida en las Convenciones de Ginebra¹¹.

Aunque puede parecer utópico, el inicio de procesos penales por crímenes de guerra implica el fortalecimiento del orden jurídico internacional, y ellos incluso al margen de su posible eficacia procesal.

11 La doctrina coincide en que las Convenciones de Ginebra establecen una obligación absoluta de perseguir las infracciones graves por parte de todos los Estados. Cfr. MARÍA DOLORES, BOLLO AROCENA. *Derecho internacional penal*, Bilbao, 2004, p. 371, citando a MERON.

Cuando las tropas norteamericanas dispararon contra el Hotel Palestina en Bagdad, durante la invasión bélica de Irak, que era la sede de la prensa internacional, y mataron al periodista español JOSÉ COUSO, se abrió un proceso penal ante los tribunales españoles por crimen de guerra. La jurisdicción española al respecto no se basa en el principio de personalidad pasiva –nacionalidad de la víctima– sino, directamente, en el de jurisdicción universal reconocido en los Convenios de Ginebra¹². Pese a que los tribunales españoles no han solicitado la extradición de los responsables, ya que entienden, de acuerdo con la investigación del Pentágono, que no existen indicios de responsabilidad criminal por crimen de guerra, no obstante, el asunto sigue en pie ante los tribunales, y demuestra la voluntad de los acusadores particulares de mantener la vigencia del Derecho internacional.

La evidencia de la comisión de crímenes de guerra contra los prisioneros y la población civil cometidos en los frecuentes conflictos ajenos a la jurisdicción de la Corte Penal Internacional es el mayor argumento para reivindicar la vigencia del principio de jurisdicción universal.

3. Dos modelos legislativos nacionales sobre la complementariedad de la CPI referida a los delitos objeto de su jurisdicción perseguibles al amparo del principio de jurisdicción universal

La voluntad de cumplir con el mandato de complementariedad de la Corte Penal Internacional es patente en el párrafo 1 del Código Penal Internacional alemán, que responde al modelo puro de jurisdicción universal¹³ complementaria de la de la Corte Penal Internacional¹⁴ por parte de los tribunales alemanes. En ese contexto, debe interpretarse, pues, la reforma del párrafo 153 f) del Código Procesal Penal alemán.

En efecto, el párrafo 1 establece:

12 Hay que recordar que estos convenios establecen la obligación genérica de las partes contratantes de buscar a los responsables de las infracciones graves y a quienes las ordenaron y hacerlos comparecer ante sus propios tribunales, sea cual fuere su nacionalidad, o bien entregarlos para que sean juzgados por otra parte contratante interesada (cfr. Arts. 49 del primer Convenio; 50 del segundo; 129 del tercero; 146 del cuarto; y 85 del Primer Protocolo Adicional, de 1977,

13 En el mismo sentido, GERHARD WERLE. *Tratado de Derecho penal internacional*, Valencia, 2005, pp. 168-169, que mantiene, además, que la jurisprudencia del Tribunal Supremo alemán restrictiva del principio de jurisdicción universal no es aplicable, por tanto, al Código Penal alemán.

14 Como demuestra el Código Penal Internacional alemán, no se puede compartir la tesis mantenida por MARÍA DOLORES, BOLLO AROCENA. *Derecho internacional penal*, Bilbao, 2004, p. 572, de que la complementariedad de la Corte Penal Internacional solo es predicable con respecto a los tribunales nacionales que puedan ejercer su jurisdicción al margen del principio de jurisdicción universal, como si esta no fuera una forma *normal* (art. 18.1 Estatuto) de ejercer la jurisdicción por parte de los tribunales nacionales.

Esta ley rige para todos los delitos descritos en ella, incluso cuando el hecho fue cometido en el extranjero y no muestra ninguna relación con el territorio nacional.

Tras esa delaración contundente, el párrafo 153 f) concede la posibilidad al fiscal –único que puede ejercer acciones penales en Alemania– de no instar la apertura del proceso en determinadas circunstancias:

(1) La Fiscalía puede abstenerse de perseguir un hecho punible [bajo el Código Penal Internacional] cuando el culpable no se encuentre en territorio nacional ni es de esperar tal presencia. Sin embargo (...) si el culpable es alemán lo anterior solo 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 [del Código Penal Internacional]:

1. cuando 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 su presencia, y
4. el hecho es perseguido por un tribunal penal internacional o por un Estado en cuyo territorio fue cometido el hecho, uno de cuyos ciudadanos es sospechoso del hecho o uno de cuyos ciudadanos 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 los números 1, 2 y 4 anteriores y la entrega a un tribunal internacional o la extradición al Estado que persigue es admisible y está legalmente prevista.

Obsérvese que la ley permite perseguir el hecho por los tribunales alemanes en cualquier caso, y que solo concede la opción de no instar la persecución al fiscal en esos supuestos. Lamentablemente, tal como ha resaltado el último informe de HRW sobre la jurisdicción universal en Europa, la Fiscalía alemana ha optado por no actuar en los casos más significativos de jurisdicción universal que se le han planteado.

En el polo opuesto se sitúa el Estado español, que ha promovido una ley contraria al principio de complementariedad de la Corte Penal Internacional establecido en el artículo 17.1.a) y en el párrafo 10.º del Preámbulo de su Estatuto. Con esta ley, el Estado español ha incumplido sus obligaciones internacionales derivadas de la ratificación del Estatuto de la Corte Penal Internacional.

En efecto, el artículo 7.2 y 7.3 de la Ley Orgánica de Cooperación con la CPI (Ley Orgánica 18/2003, de 10 diciembre) establece lo siguiente:

7.2: Cuando se presente una denuncia o querrela ante un órgano judicial español o del Ministerio Fiscal (...):

- *en relación con hechos sucedidos en otros Estados,
- *cuyos presuntos autores no sean nacionales españoles
- *y para cuyo enjuiciamiento pudiera ser competente la CPI

dichos órganos se abstendrán de todo procedimiento, limitándose a informar (...) sobre la posibilidad de acudir directamente al Fiscal de la CPI

No se excluye la posibilidad de adoptar diligencias urgentes que sean de su competencia.

7.3: Si el Fiscal de la CPI no acuerda la apertura de una investigación o la CPI acuerda su inadmisibilidad, la denuncia, querrela o solicitud podrá ser presentada nuevamente ante los órganos [españoles] correspondientes.

Este último párrafo, que no figuraba en el proyecto de ley, no salva la vulneración palmaria del principio de complementariedad de la CPI, pues la norma establece, precisamente, el principio contrario, a saber, el de complementariedad de la jurisdicción española con respecto a la Corte Penal Internacional¹⁵.

II. OTRAS MANIFESTACIONES DE LA COMPLEMENTARIEDAD DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL: VIGILANCIA DE LOS PROCESOS NACIONALES E INVALIDEZ DE LAS LEYES DE AMNISTÍA

El principio básico en el Derecho internacional en materia de crímenes internacionales, que es evitar su impunidad, así como el de complementariedad de la Corte Penal Internacional, esto es, la prioridad de las jurisdicciones nacionales para la persecución de los crímenes internacionales competencia de dicha Corte, siempre que tales jurisdicciones no se utilicen para evitar la punición de los crímenes, exige la prelación de la primacía de la Corte Penal Internacional cuando los tribunales nacionales son utilizados en fraude de la ley internacional.

Así, el artículo 17.1.a) establece, ciertamente, la inadmisibilidad de un caso si está interviniendo un tribunal nacional, pero acto seguido el epígrafe b) prevé los supues-

15 Esta norma de la LO 18/2003 parece seguir el criterio criticado en la nota anterior de que la Corte Penal Internacional no es complementaria, sino preferente con respecto a las jurisdicciones nacionales cuando éstas fundamentan su jurisdicción en el principio de jurisdicción universal, que se entiende como ejercicio *no normal* de la propia jurisdicción, en el sentido del artículo 18.1 del Estatuto CPI.

tos en los que la Corte puede, no obstante, reivindicar el conocimiento del caso. Esto ocurre cuando el Estado en cuestión:

no esté dispuesto a llevar a cabo la investigación o el enjuiciamiento o no pueda realmente hacerlo¹⁶.

Frente a lo que se podía esperar, las Reglas de Procedimiento y Prueba no añaden nada a las condiciones señaladas en el Estatuto de Roma referidas a las dos situaciones que permiten a la Corte admitir un caso pese a la actividad de los tribunales nacionales.

Más allá, pues, de las pautas que señala el propio artículo 17. 2 y 3 del Estatuto de Roma, no hay indicación alguna sobre la prueba de la voluntad real de investigar o enjuiciar un caso por parte de un Estado, ni sobre la imposibilidad real de hacerlo.

La Regla 51 de las de Procedimiento y Prueba se limita a prever que la Corte:

podrá tener en cuenta, entre otras cosas, la información que el Estado (...) ponga en su conocimiento mostrando que sus tribunales reúnen las normas y estándares internacionales reconocidos para el enjuiciamiento independiente e imparcial de una conducta similar o que el Estado ha confirmado por escrito al Fiscal que el caso se está investigando o ha dado lugar a un enjuiciamiento.

Sin dejar de reconocer la dificultad de intentar concretar las situaciones y medios de prueba al respecto, se pueden, no obstante, apuntar un par de precisiones previas a las pautas que establece el propio artículo 17.2 y 3 del Estatuto de Roma.

En primer lugar, hay que tener en cuenta que la Corte puede admitir los casos que han sido excluidos a priori de investigación o enjuiciamiento por leyes de amnistía o perdón¹⁷. Esto es así porque el artículo 17.1.a) del Estatuto exige para que no pueda

16 El artículo 17.2 y 3 establece, a su vez, los criterios orientativos al respecto: “A fin de determinar si hay o no disposición a actuar en un asunto determinado, la Corte examinará, teniendo en cuenta los principios de un proceso con las debidas garantías reconocidos por el Derecho internacional, si se da una o varias de las siguientes circunstancias, según el caso: a) Que el juicio ya haya estado o esté en marcha o que la decisión nacional haya sido adoptada con el propósito de sustraer a la persona de que se trate de su responsabilidad penal por crímenes de la competencia de la Corte, según lo dispuesto en el artículo 5; b) Que haya habido una demora injustificada en el juicio que, dadas las circunstancias, sea incompatible con la intención de hacer comparecer a la persona de que se trate ante la justicia; c) Que el proceso no haya sido o no esté siendo sustanciado de manera independiente o imparcial y haya sido o esté siendo sustanciado de forma en que, dadas las circunstancias, sea incompatible con la intención de hacer comparecer a la persona de que se trate ante la justicia. 3. A fin de determinar la incapacidad para investigar o enjuiciar en un asunto determinado, la Corte examinará si el Estado, debido al colapso total o sustancial de su administración nacional de justicia o al hecho de que carece de ella, no puede hacer comparecer al acusado, no dispone de las pruebas y los testimonios necesarios o no está por otras razones en condiciones de llevar a cabo el juicio”.

17 Esta conclusión no abarca los casos de indulto, ya que éste suele ser posterior a una sentencia conde-

intervenir la Corte Penal Internacional que el asunto esté siendo o haya sido objeto de una investigación o enjuiciamiento.

Esta conclusión podría discutirse solo si tales disposiciones legislativas o gubernativas tienen lugar cuando la investigación o el enjuiciamiento ya están en marcha. En tal caso, podría argumentarse, por un lado, que ha existido una investigación penal previa –lo que impediría la actuación de la Corte Penal Internacional, según prevé el art. 17. 1.b)–, así como, por otro, que la investigación así cerrada ha adquirido, no obstante, naturaleza de cosa juzgada –lo que impediría la intervención de la Corte, conforme al art. 20.3 del Estatuto de Roma.

Sin embargo, estos argumentos no parecen sólidos: el primero no lo es, porque la Corte Penal Internacional puede “*incoar acción penal*” cuando un Estado no está dispuesto “*a llevar adelante el enjuiciamiento*”, lo que, evidentemente, ocurre cuando lo interrumpe mediante una amnistía o perdón; y, en cuanto al segundo, tampoco es de recibo, porque la Corte Penal Internacional no puede, ciertamente, “procesar”¹⁸ a alguien que ya haya sido procesado previamente por otro tribunal y por los mismos hechos, pero esta excepción de cosa juzgada no es aplicable cuando el procesamiento obedece “*al propósito de sustraer al acusado de su responsabilidad penal*”, o bien el proceso “*no hubiere sido instruido de forma independiente e imparcial de conformidad con las debidas garantías procesales reconocidas en el derecho internacional o lo hubiere sido de alguna manera que, en las circunstancias del caso, fuere incompatible con la intención de someter a la persona a la acción de la justicia*”. No parece difícil concluir que la amnistía o el perdón se encuentran dentro de estas excepciones.

En segundo lugar, debe precisarse que la ausencia de voluntad de llevar a cabo una investigación o enjuiciamiento puede probarse pese a la existencia en el país en cuestión de un Derecho conforme a los estándares internacionales. También en estos países la investigación puede ser una mera apariencia o formalidad, bien por la simple actividad de trámite del juez o del fiscal encargados del caso, bien por las instrucciones jerárquicas giradas al fiscal correspondiente para que no ejerza la acusación –o por la sospecha fundada de que tales instrucciones existen–, bien por la desaparición sospechosa de pruebas o diligencias probatorias, o, a la inversa, por la aparición sorpresiva de pruebas

natoria, es decir, a una investigación y enjuiciamiento previos conducidos con el rigor necesario para concluir en una condena de los responsables. Aunque, de acuerdo con el principio básico de evitar la impunidad, sería deseable que también estos casos hubieran permitido la admisión del caso por la Corte Penal Internacional, lo cierto es que el Estatuto de Roma solo permite la admisión cuando se constata la ausencia de voluntad de investigar o enjuiciar unos hechos por parte de un Estado, y no, también, la de que se ejecute la condena, como debiera.

18 El concepto de procesamiento es equívoco cuando se aplica a sistemas procesales muy diferentes. Pero, con independencia de esto, esta norma del Estatuto de Roma es muy imperfecta, ya que, por ejemplo, parece no incluir entre los supuestos de cosa juzgada los casos de sobreseimiento –incluso libre, es decir, no meramente provisional, anteriores al “procesamiento”. La referencia al concepto de procesamiento será, sin duda, fuente de serios problemas interpretativos.

de defensa manifiestamente sospechosas, bien por dilaciones indebidas, por juicios paralelos intimidatorios alentados desde el Estado o por cualquier otra circunstancia similar. En suma: el punto de vista para la interpretación material de las normas del artículo 17 es el de quien se sitúa en la posición de evitar que las investigaciones o enjuiciamientos por parte de los tribunales nacionales sean una simple forma de evitar el ejercicio de la competencia por la Corte Penal Internacional.

Lo mismo cabe decir con respecto a la imposibilidad real de llevar a cabo la investigación o enjuiciamiento: junto a las pautas que fija el artículo 17.3, referidas al colapso de la administración nacional de justicia o a que se carezca de ella y a la imposibilidad consiguiente de obtener pruebas, hay que recordar que esta norma concluye con una cláusula general: “*El Estado no está por otras razones en condiciones de llevar a cabo el juicio*”. Esta cláusula permite incluir gran variedad de supuestos, entre los que merece la pena aludir a la creación de un clima de coacción por parte de determinados sectores poderosos del Estado –generalmente militares– que ponga en peligro el propio sistema democrático de gobierno ante la eventualidad de un juicio en el propio país contra los responsables de los crímenes objeto de jurisdicción de la Corte Penal Internacional.