

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

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

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

Carmen Vallejo Peña*

Fecha de recepción: 1 de agosto de 2014.

Fecha de aprobación: 8 de diciembre de 2014.

Doi: [dx.doi.org/10.12804/anidip03.01.2015.04](https://doi.org/10.12804/anidip03.01.2015.04)

Para citar este artículo: VALLEJO PEÑA, C., "La fragilidad de una jurisdicción universal complementaria de la justicia internacional penal: el reciente paradigma español", *Anuario Iberoamericano de Derecho Internacional Penal*, Anidip, vol. 3, 2015, pp. 99-123. doi: [dx.doi.org/10.12804/anidip03.01.2015.04](https://doi.org/10.12804/anidip03.01.2015.04)

Resumen

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

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

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

Abstract

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

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

Resumo

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

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

I. Introducción

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

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

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

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

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

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

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

8 Deber de todo Estado de ejercer su jurisdicción penal contra los responsables de crímenes internacionales, recordado en el Preámbulo del Estatuto de la Corte. ASAMBLEA GENERAL, “Declaración de la reunión de alto nivel de la Asamblea General sobre el Estado de Derecho en los planos nacional e internacional”, Documento de Naciones Unidas, A.67/L.1, 30 de noviembre de 2012. Se recoge el compromiso de “asegurar que no se tolere la impunidad por el genocidio, los crímenes de guerra y los crímenes de lesa humanidad, ni por las violaciones del Derecho Internacional Humanitario y las violaciones graves de las normas de derechos humanos, y que tales violaciones se investiguen debidamente y reciban las sanciones apropiadas, lo que incluye hacer comparecer ante la justicia a los autores de cualquier delito, mediante mecanismos nacionales o, cuando proceda, mecanismos regionales o internacionales, de conformidad con el derecho internacional, y con ese fin, alentamos a los Estados a que fortalezcan los sistemas e instituciones judiciales nacionales”. De forma semejante, CONSEJO DE EUROPA, Comité de Ministros, “Lignes directrices du Comité des Ministres du Conseil de l’Europe pour éliminer l’impunité pour les violations graves des droits de l’homme”, CM/Del/Dec(2011)1110/4.8/annexe5, 30 de marzo de 2011.

9 Ex Artículo 17 de su Estatuto.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

15 La primera, en virtud de la Ley Orgánica 1/2009, de 3 de noviembre de 2009, complementaria de la Ley de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina judicial, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (BOE, Núm. 266, de 4 de noviembre de 2009). La segunda, por Ley Orgánica 1/2014, de 13 de marzo, de modificación de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, relativa a la justicia universal (BOE, Núm. 63, de 14 de marzo de 2014), vigente desde el 15 de marzo de 2014.

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

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

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

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

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

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

18 CHINCHÓN ÁLVAREZ, J., “Análisis formal y material de la reforma del principio de jurisdicción universal en la legislación española: de la ‘abrogación de facto’ a la ‘derogación de iure’”. *La Ley. Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, Núm. 7211, 2009, pp. 1-8.

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

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

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

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

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

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

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

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

24 *Vid. supra* nota 13.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

34 *Vid. supra* nota 29.

En consecuencia, se puede afirmar que los cambios en la legislación española de 2009 y 2014 parecen confirmar la tensión y fortaleza de los principios internacionales clásicos de soberanía estatal y de no injerencia, sobre los principios derivados del Derecho Internacional Humanitario y del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, cuando estos últimos son afectados por el núcleo duro de los crímenes internacionales, ámbito donde se producen, en la práctica, los conflictos internacionales derivados del ejercicio de esta jurisdicción.³⁵

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

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

35 “[...] los tribunales españoles [...] aplicaban, y lo siguen haciendo, el principio de jurisdicción universal de forma pacífica, y sin controversia alguna adicional a la propia de cualquier procedimiento judicial, cuando se trataba [...] por ejemplo, los delitos de falsificación de moneda o los delitos de tráfico ilegal de drogas [...]. Los problemas surgen cuando nuestros tribunales comienzan a aplicar el principio de jurisdicción universal respecto [a] genocidio, los crímenes de lesa humanidad, la tortura o el terrorismo, [...] impregnados de importantes connotaciones políticas y en los que se debate constantemente el ejercicio de la soberanía de los Estados y el principio de no injerencia”. OLLÉ SESÉ, M., *Justicia universal para crímenes internacionales*, La Ley, Madrid, 2008, p. 202.

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

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

38 En TRIBUNAL SUPREMO, Sala de lo Penal, Sentencia 327/2003, de 25 de febrero de 2003, sobre el genocidio de Guatemala (Id Cendoj: 28079120012003102585), con doctrina reiterada en TRIBUNAL SUPREMO, Sala de lo Penal, Sentencia 319/2004, de 8 de marzo de 2004 (Id Cendoj: 28079120012004100254), el Tribunal afirma que el Convenio para la prevención y sanción del genocidio, de 9 de diciembre de 1948, no puede interpretarse como consagración de la jurisdicción universal y “no le corresponde a ningún Estado en particular ocuparse unilateralmente de estabilizar el orden, recurriendo al Derecho Penal, contra todos y en todo el mundo, sino que más bien hace falta un punto de conexión que legitime la extensión extraterritorial de su jurisdicción. Sin duda existe un consenso internacional respecto a la necesidad de perseguir esta clase de hechos, pero los acuerdos entre Estados no han establecido la jurisdicción ilimitada de cualquiera de ellos sobre hechos ocurridos en el territorio de otro Estado”.

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

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

[...] resulta alterada hasta hacer irreconocible el principio de jurisdicción universal según es concebido desde el Derecho internacional [...]. La persecución internacional y transfronteriza que pretende imponer el principio de justicia universal se basa exclusivamente en las particulares características de los delitos sometidos a ella, cuya lesividad [...] trasciende la de las concretas víctimas y alcanza a la comunidad internacional en su conjunto. Consecuentemente su persecución y sanción constituyen, no sólo un compromiso, sino también un interés compartido de todos los Estados [...], cuya legitimidad, en consecuencia, no depende de ulteriores intereses particulares de cada uno de ellos. Del mismo modo la concepción de la jurisdicción universal en el Derecho internacional actualmente vigente no se configura en torno a vínculos de conexión fundados en particulares intereses estatales.⁴¹

39 *Vid. supra* nota 41.

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

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

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

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

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

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

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

43 Vid. *supra* nota 30.

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

45 Vid. *supra* nota 29.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

IV. Extrapolación del caso español al ámbito universal

A. Una práctica reducida del principio de jurisdicción universal

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

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

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

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

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

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

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

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

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

B. El núcleo duro de los crímenes internacionales

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

66 *Vid. supra* nota 66.

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

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

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

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

C. Rechazo de un modelo de jurisdicción universal puro

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

79 Vid. *supra* notas 56-58.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

84 *Vid. supra* nota 65.

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

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

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

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

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

87 Ibid.

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

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

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

Es cierto que el principio de jurisdicción universal tiene mayor amplitud que la fórmula *aut dedere aut iudicare*, puesto que, como se ha dicho, en defecto de esa presencia, constituye título suficiente para fundamentar una solicitud de extradición, pero también es cierto que si el Estado requerido de extradición no ha procedido al enjuiciamiento del crimen y se trata del Estado de nacionalidad de su presunto autor, es más que probable que rechace la extradición.⁹⁰

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

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

90 Es lo que ha ocurrido en España ante la demanda de extradición presentada desde Argentina, donde el Juzgado Nacional en lo Criminal y Correccional Nº 1 de la República Argentina, en la causa número 4591/2010, (*Vid. supra* nota 55), cursó el 19 de septiembre de 2013 orden internacional de detención a efectos de extradición contra el nacional español Antonio González Pacheco. La Audiencia Nacional resolvió el 24 de abril de 2014 la denegación de la extradición por extinción de la responsabilidad criminal. Esta denegación se fundamentó en que la imputación al requerido de extradición lo era por torturas, prescritas según el Código Penal español. AUDIENCIA NACIONAL, Sección Tercera de la Sala de lo Penal, Auto Nº 14/2014, CENDOJ, Roj: AAN 89/2014. Id: 28079220032014200001.

V. Conclusiones

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

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

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

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

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