

CORTE PENAL INTERNACIONAL Y/O JUSTICIA UNIVERSAL ¿LAS DOS CARAS DE LA MISMA MONEDA?

José Ricardo Pardo Gato
Alferez R.V. Abogado. Árbitro
Diplomado en Estudios de la Defensa Nacional (CESEDEN).
Profesor de la Escuela de Práctica Jurídica Decano Iglesias Corral.

*«Se puede engañar a todo el mundo por un tiempo,
y a algunos siempre,
pero no a todos siempre»*

ABRAHAM LINCOLN

SUMARIO

I. INTRODUCCIÓN A MODO DE PREMISA: LA DISYUNTIVA LIBERTAD-SEGURIDAD Y EL RESPETO DE LOS PRINCIPIOS INTERNACIONALES.- II. LA POTESTAD DE JUZGAR Y HACER EJECUTAR LO JUZGADO. LA DESEADA DOBLE INSTANCIA PENAL EN EL SISTEMA ESPAÑOL.- III. LA CORTE PENAL INTERNACIONAL.- III.1. Aprobación, finalidad y principios.- III.2. Lagunas detectadas en su aplicación jurisdiccional.- a) *Ausencia de ratificación general.*- b) *Limitación a la extensión competencial.*- c) *Aspectos formales y procesales.*- d) *Colisión entre diferentes modelos jurídicos.*- IV. LA JUSTICIA UNIVERSAL ESPAÑOLA.- IV.1. Sumarios y asuntos abiertos: ¿Posible solución sobre el terreno?.- a) *Caso Chile (crímenes 1973-1990) y caso Argentina (crímenes 1976-1983).*- b) *Caso Fidel Castro.*- c) *Caso Guatemala.*- d) *Caso José Couso.*- e) *Caso Tibet y caso Falun Gong.*- e) *Caso Ruanda.*- R.D. *Congo (crímenes 1990-2002).*- IV.2. Legislación y jurisprudencia española a modo de justicia penal universal.- a) *Postulados legales y principios reconocidos.*- b) *Doctrina y limitaciones jurisprudenciales.*- c) *Limitaciones derivadas de la Ley de Cooperación con la Corte Penal Internacional.*- V. CORTE PENAL INTERNACIONAL VERSUS AUDIENCIA NACIONAL.- VI. CONSIDERACIONES FINALES Y *DESIDERATUM* CONCLUSIVO.

I. INTRODUCCIÓN A MODO DE PREMISA: LA DISYUNTIVA LIBERTAD-SEGURIDAD Y EL RESPETO DE LOS PRINCIPIOS INTERNACIONALES

Libertad y seguridad son, sin duda, dos de los pilares fundamentales sobre los que se asienta el actual Estado de Derecho. Ante ellos, la Justicia, en su concepción lata, ha de mantenerse siempre expectante en su cometido de garante de que ambos conceptos, en cuanto que consustanciales a la condición humana, coexisten pacíficamente para hacer posible un estatus de libertad garantizada por un efectivo sistema de seguridad, frente a la amenaza que siempre supone el alcanzar una situación de tales garantías a costa, en detrimento o cercenamiento de derechos fundamentales básicos de la persona.

En este sentido, el siempre difícil equilibrio entre la libertad y la seguridad por todos requerida no supone, o al menos no debe presuponer inicialmente, la contraposición de lo que por dichos conceptos entendemos genéricamente, sin que de su interrelación quepa inferir con carácter previo connotaciones de por sí negativas, siempre y cuando esa equidad de justas aspiraciones se mantengan, propiamente, en esa anhelada posición de racionalidad y equilibrio en que se sustenta la legitimidad de los sistemas democráticos de corte occidental.

No obstante, conocedores de que los acontecimientos de la realidad social y los intereses políticos de cada momento y de cada lugar sustentan dicha contraposición en un constante tira y afloja, tal situación exige a las distintas cortes y tribunales que velan por garantizar el ansiado equilibrio de voluntades el permanecer en alerta y vigilantes para que un exceso de celo en salvaguardar la seguridad no vaya acompañado de una aminoración de la libertad por debajo del umbral que configura un moderno Estado democrático de Derecho.

Convivimos, ciertamente, en constante presencia de esa aludida dicotomía libertad-seguridad, la cual se antoja a todas luces presente en la *cotidianidad* actual del mundo globalizado, sin que por ello dicha tesitura deba traducirse a la postre, necesariamente, en una merma de libertad y de reconocimiento y respeto de los derechos humanos *globalmente* consagrados.

A diferencia de lo que ha venido sucediendo hasta tiempos muy recientes, invariable se presenta el preservar esta polémica en el espectro internacional, dado que la movilidad social imperante, junto con los incesantes flujos migratorios, convierten los problemas transnacionales en vicisitudes concretas de los países receptores de tales flujos, junto con el hecho –no menos importante– de que los problemas suscitados en el seno de estos estados repercuten e inciden directa o indirectamente en la realidad internacional. De ahí que, de un modo u otro, no debamos o –mejor dicho– no podamos que-

darnos impasibles e inertes ante tales acontecimientos, pasados o presentes, así como respecto de aquellos que puedan aflorar o sobrevenir en el futuro.

Para ello debemos reafirmarnos en los dos principios, plenamente reconocidos¹, que los juristas, al menos desde el prisma de la cultura instalada en el mundo democrático occidental, consideramos definitivamente adquiridos e inmutables: por un lado, en su máxima expresión, cualquier Estado de Derecho que se precie, para merecer tal nomenclatura, incluso para justificar su propia razón de ser, debe venir presidido y proclamar abiertamente los derechos y libertades fundamentales de los ciudadanos, así como propiciar y crear las instituciones y procedimientos necesarios para que tales derechos y libertades sean por todos respetados y puedan ejercitarse sin menoscabo alguno; por otro, el Estado, así configurado, debe garantizar a los ciudadanos un marco de seguridad viable y razonable que haga factible el desarrollo de su vida y actividades diarias en forma pacífica y que ampare con eficacia el ejercicio y disfrute de sus derechos y libertades.

En relación al primer principio citado, y respecto a la conformación de las instituciones y los procedimientos necesarios para que esos derechos y libertades sean por todos coherentemente respetados, susceptible en todo caso de ejercitación, va destinado el presente estudio, sobre todo a los efectos de situar y clarificar, en la medida de lo posible, la oportunidad que asiste a un determinado estado de extrapolar su derecho y jurisdicción más allá de sus fronteras cuando lo que se entiende conculcado es, precisamente, el desarrollo de tales libertades y derechos fundamentales, cuando no, en todo caso, el poder apelar a organismos y tribunales internacionales que vengan a tutelar y amparar el libre y natural desarrollo de los mismos; para lo cual trataremos de perfilar en el camino los pros y contras de cada una de las dos vías jurisdiccionales articuladas a día de hoy desde la base del derecho nacional e internacional directamente aplicable.

II. LA POTESTAD DE JUZGAR Y EJECUTAR LO JUZGADO. LA DESEADA DOBLE INSTANCIA PENAL EN EL SISTEMA ESPAÑOL

Pero antes de adentrarnos en el cometido propuesto, cabe referirnos, aunque sea someramente, a una cuestión previa que no debemos perder

¹ Tanto por la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, el Convenio Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos, como por la propia Convención Europea de Derechos Humanos, así como en las constituciones de todos los países democráticos, entre ellas la Constitución española.

de vista dada su evidente vinculación con el tema, al menos por lo que al sistema español de defensa de los derechos fundamentales se refiere en cuanto al necesario o, al menos, conveniente recurso a la doble instancia penal para el supuesto de su conculcación.

Sabido es que, en derecho español, la potestad de juzgar y ejecutar lo juzgado viene atribuida al justiciable en el artículo 117.3 de la Carta Magna (CE), del mismo modo que, símbolo de madurez política y sobre todo de respeto a la libertad de expresión, los ciudadanos puedan, hasta cierto punto, mostrar su acuerdo o desacuerdo con tales decisiones, dentro de los márgenes democráticos instaurados, de tal forma que a través del derecho fundamental de defensa el abogado y, en último término, el juzgador se conviertan en garantes de la inviolabilidad de derechos y libertades que por ser inherentes a las personas resultan de naturaleza irrenunciable.

Es en este contexto donde debe afirmarse que el derecho a la doble instancia penal tiene en nuestro país rango constitucional –si bien no expresado–, tras la ratificación por el Estado español, el 13 de abril de 1977, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, otorgado en Nueva York el 19 de diciembre de 1966, que expresamente así lo garantiza, a lo que cabe añadir lo proclamado a su vez por el artículo 10.2 de la CE cuando dispone que «[l]as normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España».

El sistema de recursos regulado en la vigente Ley de Enjuiciamiento Criminal (LECrim) excluye, paradójicamente, de la doble instancia a los delitos que llevan aparejadas penas más graves frente a aquellos otros de penalidad inferior, de tal modo que mientras para estos últimos la ley establece un régimen de recurso de naturaleza ordinaria (recurso de apelación)²,

² El Proyecto de Ley Orgánica 121/000069 por la que se adapta la legislación procesal a la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, si bien tiene como objetivo primordial generalizar la doble instancia en los procesos penales mediante la extensión del recurso de apelación a toda sentencia penal, no parece, en principio, que vaya a cumplir todas las expectativas expuestas, al declarar su anunciada Exposición de Motivos que: «... se puede revisar, por tanto, a través de este cauce procesal de la apelación, la aplicación del Derecho realizada por el órgano *a quo* y el control de los hechos realizado por el expresado órgano judicial únicamente cuando se trata de verificar que la conducta se sustenta sobre pruebas lícitas, que existe prueba de cargo suficiente y si la prueba practicada permite sostener la culpabilidad más allá de toda duda razonable». En el nuevo recurso de apelación regulado se excluye, por tanto, como motivo del mismo, el *error en la valoración de la prueba*, por lo que no habilita para una nueva instancia plena. No en vano en la actualidad dicho error se contempla, si bien con carácter restringido, en el recurso de casación y, de manera amplia, en el de apelación que regula el artículo 790 de la vigente LECrim.

para los primeros sólo se prevé el de casación ante el Tribunal Supremo, ya demandado en su día, no sin razón, por nuestro excelso DE QUEROL Y LOMBARDEO para el proceso militar³; recurso que, por su carácter extraordinario, sólo procede si concurren los requisitos y presupuestos legalmente establecidos, por lo que se veda la posibilidad de hacer una nueva valoración de los hechos o indicios incriminatorios.

Fruto de todo ello reiteradamente se viene vulnerando el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva en su dimensión penal a la doble instancia, lo que ha supuesto la condena a España en diversas ocasiones por el Comité de Derechos Humanos de la Organización de la Naciones Unidas (ONU), por violación del artículo 14.5 del precitado Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos⁴, en el que se señala que «[t]oda persona declarada culpable de un delito tendrá derecho a que el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto sean sometidos a un tribunal superior, conforme a lo prescrito por la Ley».

A la espera de la pertinente reforma de nuestra ley procesal penal y de cómo quede definitivamente regulada la doble instancia en el futuro texto legal, sirva aquí de expresa constancia la denuncia por la vulneración reiterada del referido Pacto internacional de Nueva York para luego poder acudir a las instancias, organismos y tribunales internacionales.

III. LA CORTE PENAL INTERNACIONAL

Entre los organismos y tribunales creados para velar y, sobre todo, castigar ciertas actuaciones alejadas a derecho en el ámbito internacional, destaca fundamentalmente –desde su conformación e inicio de facultades y consiguientemente actividad jurisdiccional– la Corte Penal Internacional (CPI),

³ DE QUEROL Y LOMBARDEO, J.F.: «El mando militar ante el recurso de casación», *Revista Española de Derecho Militar*, núm. 53, enero-junio 1989, pp. 27-56; «El recurso de casación en el proceso militar», *Derecho penal y proceso militar*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1993, pp. 655-676. En este último trabajo y en el contexto temporal de la temática abordada, el autor iniciaba su reflexión con estas palabras de tanto significado al efecto: «Salvo un paréntesis corto, cuando la Segunda República reformó la legislación castrense, pretendiendo establecer un recurso de casación contra las sentencias de los Consejos de Guerra, ha sido tradicional en el proceso militar la inexistencia de pluralidad de instancias. Inexistencia de recursos de apelación como medio ordinario de impugnar las resoluciones judiciales; imposibilidad de las partes de instar ante un Tribunal Superior cuando las sentencias infrinjan la ley; escasa posibilidad de denunciar quebrantamientos de formas, etc.». Motivos que, aunque por razones diferentes, avalan la doble instancia penal aquí solicitada.

⁴ Valga de ejemplo el Dictamen del Comité de Derechos Humanos de la ONU de 11 de agosto de 2000 por el que se ordenaba la anulación de la condena a un español por vulneración de su derecho a la doble instancia penal, salvo que fuera revisado su proceso.

cuyo favorable reconocimiento no debe impedirnos denunciar los posibles inconvenientes o aspectos negativos que su funcionamiento, después de poco más de media década, arrastra tras de sí.

III.1. APROBACIÓN, FINALIDAD, PRINCIPIOS

A tenor de una propuesta presentada en 1989 por Trinidad y Tobago ante la 44ª Asamblea General de la ONU, el 17 de julio de 1998, la Conferencia Diplomática de Plenipotenciarios de este mismo organismo aprobó el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional (ECPI), primer tribunal de estas características con vocación de permanencia, de continuidad en el tiempo, y alcance potencialmente universal. Dicho texto legal entró finalmente en vigor el 1 de julio de 2002, una vez superadas las sesenta ratificaciones necesarias que a tal fin el propio Estatuto preveía. España, por su parte, prestó su consentimiento al mismo a través de la aprobación de la Ley Orgánica 6/2000, de 4 de octubre.

Si su finalidad se centra, básicamente, en acabar con la impunidad y prevenir nuevos crímenes mediante la constitución de una instancia judicial independiente, vinculada con las Naciones Unidas, dos de los principios generales por los que se rige entroncan directamente con los ya recogidos en la Carta de tan alto organismo internacional, a saber: la prohibición del uso o amenaza de la fuerza y la no injerencia en los asuntos internos⁵; postulado este último que no ha de entenderse de tenor restrictivo, pues uno de los grandes logros de la CPI es que los crímenes notorios cometidos en los conflictos armados internos (no internacionales) serán igualmente de su competencia.

III.2. LAGUNAS DETECTADAS EN SU APLICACIÓN JURISDICCIONAL

a) Ausencia de ratificación general

Hasta enero del pasado año 2007, 104 países habían suscrito el Estatuto de Roma de la CPI⁶, por lo que si consideramos que son 192 en la

⁵ Para mayor abundamiento sobre la aprobación, finalidad y principios de la norma base de la CPI, *vid.* RODRÍGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO, J.L.: «Nota sobre el Estatuto de la Corte Penal Internacional», *Revista Española de Derecho Militar*, núm. 73, enero-junio 1999, pp. 197-207.

⁶ De este número de países, 41 son europeos, 29 son Estados africanos, 22 de Iberoamérica y Caribe y 12 de Asia.

actualidad los Estados miembros de las Naciones Unidas, el número de Estados parte de la Corte es significativo e importante, si bien claramente insuficiente, por cuanto si lo pretendido es ejercer una jurisdicción universal y una primacía institucional en la defensa de los derechos humanos y las libertades fundamentales, ha de estimarse como un fracaso y una radiografía ciertamente inquietante del estado del mundo la ausencia de naciones clave en el concierto internacional.

Así, la falta de ratificación por las grandes naciones (los Estados Unidos de América, Rusia, China, India, Israel y la práctica totalidad de los Estados árabes, desde Marruecos, Egipto y Arabia Saudita, hasta Irán o Pakistán), ha supuesto un serio varapalo al objetivo inicial con el que se fraguó la conformación de la CPI. Dejar fuera de su jurisdicción a una parte importante de ciudadanos no hace sino convertir, para muchos de ellos, en mera expectativa inviable el acceso a las reparaciones, indemnizaciones o rehabilitaciones que podrían exigir de concurrir una mayor extensión de su competencia.

b) Limitación a la extensión competencial

Como premisa, debe quedar claro antes de nada que este organismo conoce exclusivamente de «los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto», de ahí que hasta la fecha se haya concretado en la persecución de los delitos de genocidio, de guerra y de lesa humanidad, previéndose su extensión en el futuro al delito de agresión (artículo 5 ECPI), cuya competencia queda deferida a una posterior concreción, tanto de los elementos del mismo como de las condiciones en que pueda ser perseguido (ex artículos 121 y 123 ECPI). Empero, carece de competencia para conocer del delito de terrorismo⁷, por presentar el mismo un concepto no unívoco en el ámbito internacional, habida cuenta de su falta de tipificación hasta el momento por la Asamblea General de la ONU.

A diferencia de otros tribunales de cariz similar creados con anterioridad (Nüremberg, Tokio, Ruanda, Yugoslavia)⁸, con la finalidad de atender

⁷ Al respecto, tempranamente, *vid.* GUTIÉRREZ LANZA, G.: «Notas sobre los delitos de terrorismo», *Revista Española de Derecho Militar*, núm. 29, enero-junio 1975, pp. 35-48; y, en cuanto a su íntima relación con los derechos humanos, FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE ROMANÍ, C. y JIMÉNEZ GARCÍA, F.: *Terrorismo y Derechos Humanos. Una aproximación desde el Derecho internacional*, Dykinson, Madrid, 2005.

⁸ Los Tribunales de Nüremberg y Tokio fueron consecuencia de una guerra de agresión y unieron la responsabilidad de los gobernantes por violaciones de derechos humanos a la responsabilidad por la guerra [BACIGALUPO, E.: «Jurisdicción penal nacional y

a situaciones concretas y con carácter temporal, la CPI no se limita al conocimiento de delitos acaecidos en el *interin* de una contienda o un determinado conflicto, ni para situaciones definidas durante o con posterioridad a la lucha armada; no se trata, pues, de un tribunal *ad hoc* creado *ex post facto*, tras haberse cometido el delito, lo que viene a justificar la razón de por qué no retrotrae su jurisdicción, al limitar su conocimiento a los delitos y crímenes ocurridos después del 1 de julio de 2002.

c) Aspectos formales y procesales

Por otro lado, si bien el Estatuto reconoce los principios *nullum crimen sine lege* y *nulla pena sine lege*, basados en la aplicación de los delitos y penas que se regulan en la propia norma, no contempla, contrariamente, la posibilidad de desarrollar, en su caso, el juicio en la lengua materna del acusado, sino tan solo en los idiomas de trabajo de la Corte, entre los que, sorpresivamente dada su amplia difusión, no se encuentra la lengua española.

Destacable es también, como nota diferencial respecto de los Tribunales *ad hoc* precedentes, la regulación de los derechos de las víctimas que, en relación con muchos de los sistemas jurídicos nacionales existentes, ha venido a representar una verdadera irrupción jurisdiccional novedosa.

A nivel procesal, conviene asimismo aclarar que se incorpora en este Tribunal la figura del *amicus curiae*, por la que, acorde con su espíritu, por vía de intervención adhesiva puede ser llamado al proceso bien por el propio justiciable, bien a petición propia.

En el ámbito de la exigencia a la hora de la demanda, se requiere a las víctimas para su presentación la respectiva solicitud de participación en el procedimiento y el reconocimiento de su condición, con la consiguiente posibilidad de rechazo de tales reclamaciones en caso de la no acreditación indubitada de la *categoría* de víctimas de los demandantes⁹. Esta circuns-

violaciones masivas de derechos humanos cometidas en el extranjero», *Revista Española de Derecho Militar*, núm. 77, enero-junio 2001, p. 251; sobre el desarrollo de los acuerdos internacionales para la penalización de la guerra de agresión –Protocolo de Ginebra, 1924, Pacto Kellogg, 1928–, *vid.* SCHMITT, C.: *Das internationalrechtliche Verbrechen des Angriffskrieges und der Grundsatz nullum crimen sine lege*, 1945, ed. por QUARITSCH, H., 1994]. En cuanto a los Tribunales para la antigua Yugoslavia y para Ruanda, *vid.* Resoluciones de la ONU 827 (1993), de 25 de mayo, y 955 (1994), de 8 de noviembre, respectivamente.

⁹ En cuanto a la condición de *víctimas*, debemos tener presente lo confirmado por la sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (STJCE), Sala Tercera, de 28 de junio de 2007 (asunto: C-467/2005), al no incluir dentro de dicho concepto (conteni-

tancia, aparentemente lógica desde el punto de vista de la *ratio* jurídica, quiebra su naturalidad ante la esencia del proceso y su fin perseguido, por cuanto las víctimas suelen encontrarse dispersas, en ocasiones en situaciones de grave riesgo y con evidentes problemas para la demostración palpable de lo que se les requiere; tengamos por caso la situación de mujeres violadas o agredidas, las más de las veces ocultas y silenciadas por el miedo. Por tanto, facilitar el acceso a la demanda y la posibilidad de intervención en el procedimiento sin exigencias previas, que pueden no responder a la necesidad de la aplicación de la justicia, parecería lo más razonable, ello sin desconocer que los procedimientos puedan iniciarse de oficio, lo que para nada empece lo que acabamos de decir.

La audiencia de confirmación de cargos que ha tenido lugar en el único procedimiento que se ha iniciado propiamente ante la CPI, así como las primeras sesiones celebradas¹⁰, han revelado, en este sentido, que el procedimiento establecido por los estados parte del Tratado de Roma requiere de ajustes para garantizar un adecuado amparo del derecho a la defensa, habiendo instaurado, por otro lado, un novedoso papel encomendado a las defensas de las víctimas, con posibilidad de intervención en las sesiones¹¹, no equiparable totalmente en sus posibilidades procesales al fiscal y a la defensa del acusado.

Junto a estas breves pinceladas destinadas a dibujar a vuela pluma la presencia de la CPI en el ámbito en el que nos movemos, cabe significar como rasgo también identitario de la misma en su ejercicio la concesión de privilegios e inmunidades del abogado defensor, tal como se colige del

do en la Decisión marco 2001/220/JAI, del Consejo, de 15 de marzo) a las personas jurídicas que hayan sufrido un perjuicio directamente causado por un acto u omisión que infrinja la legislación penal de un Estado miembro.

Además, hay que tener en cuenta que para la activación de la jurisdicción abstracta de la CPI con respecto a una situación de crisis referida en la pretensión de activación, los estados partes han establecido toda una serie de presupuestos materiales (*presupuestos de activación*) que deben concurrir en relación con dicha situación y que se recogen en los artículos 15, 16 y 53 ECPI y en la regla 48 de las Reglas de Procedimiento y Prueba.

¹⁰ Sesiones que tuvieron lugar durante tres semanas en los meses de noviembre y diciembre de 2006, en el asunto del *Fiscal contra Thomas Lubanga Dilo*; única causa que se ha venido juzgado ante la CPI en el pasado año 2007 por hechos acaecidos en la República Democrática del Congo afectantes al reclutamiento de niños soldado, entre otros cargos. En los últimos meses la CPI ha prestado su sede para acoger el juicio contra *Charles Taylor ante el Tribunal Internacional de Sierra Leona*.

¹¹ OLÁSALO ALONSO, H.: «La posición procesal de las víctimas en el proceso de activación ante la Corte Penal internacional», *La Ley*, núm. 6343, 20 de octubre de 2005, p. 1, destaca que dicha posición procesal ha sido considerada como uno de los avances más significativos del Estatuto de Roma (así, también, SCHABAS, W.A.: *An Introduction to the International Criminal Court*, 2004, p. 172).

artículo 48 ECPI. Así, el Acuerdo sobre Privilegios e Inmunities de la Corte Penal Internacional, redactado por la Comisión Preparatoria de la CPI y adoptado por la Asamblea de los Estados Partes el 9 de septiembre de 2002, deviene en medio necesario –*cuasi* imprescindible– para poder ejercitar la acusación y la defensa con total independencia y libertad: localización de pruebas en el propio territorio nacional del defendido, cuando probablemente los dirigentes sean reacios a proporcionar medios y facilitar las investigaciones pertinentes, o permitir la salida del país de las pruebas obtenidas, así inculpatorias como exculpatorias, puede significar una tarea ciertamente peligrosa e incluso potencialmente lesiva si el acusador o el defensor resultan ser ciudadanos –nacionales o extranjeros– carentes de la necesaria protección.

De ahí que tanto las personas como los bienes de fiscales y abogados hayan sido dotados de la debida salvaguarda, articulada en base a los preceptos 15, 16 y 18 del mentado Acuerdo, donde se detallan las inmunidades, inviolabilidades y exenciones de que gozan tanto los principales como los integrantes de sus equipos, durante el tiempo en que se prolongue su mandato. Esta protección dispensada se justifica, desde el prisma técnico, en que la CPI no es propiamente un organismo perteneciente a la ONU, por lo que quienes lo integran no gozan de los privilegios e inmunidades de que se favorecen y están facultados los funcionarios de la máxima organización internacional, a diferencia, por otro lado, de lo que le sucede respecto de quienes actúan o forman parte integrante de los Tribunales Internacionales para la Antigua Yugoslavia o Ruanda.

Sin embargo, es de lamentar que España aun no haya procedido a la ratificación de este Acuerdo internacional, por lo que, como efecto contrario, los letrados españoles ya inscritos en la lista de abogados admitidos para actuar ante la CPI no gozarán hasta ese momento de tales privilegios esenciales para el adecuado ejercicio del derecho de defensa con todas las garantías procesales oportunas, ello sin perjuicio de la ayuda que a tal fin proporciona la figura de la Secretaría de la Corte Penal Internacional¹².

¹² No quedan, sin embargo, eliminadas las carencias de la defensa gracias a la contribución que proporciona la regulación de la Secretaría de la Corte, tan extraña a nuestro sistema nacional español. Pues si bien la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1985 –que al referirse, en su Exposición de Motivos, a los secretarios judiciales, indicaba que su función era la de auxiliar y colaborar con los jueces y tribunales– ha sido actualizada a finales del año 2003 en lo que a la secretaría del tribunal concierne, «convirtiendo la figura del secretario judicial en una de las claves de la actual reforma», lo que no obsta que su cometido, conforme a esta misma norma, se siga conjugando entre dos extremos esenciales: la dación de fe y la documentación judicial.

d) Colisión entre diferentes modelos jurídicos

Además de lo señalado, otra cuestión merece ser contemplada en este recorrido de problemas encontrados. Cuando se trata de alcanzar un punto suficiente de encuentro en medio de intereses y experiencias diversas, por lo general a los vértices de unión sólo se llega con ciertas tensiones o situando el acuerdo en espacios de difícil e incompleta conjunción.

De hecho, en el marco internacional resulta perfectamente constatable que ciertos acuerdos no resultan, a menudo, fáciles de plasmar o de llevar a la práctica –ténganse en cuenta experiencias recientes como el proceso de aprobación de una *Constitución* para la Unión Europea o las distintas contradicciones que han surgido y sobrevienen en el seno de organismos más consolidados, como la propia ONU–, por lo que avanzar a pequeños pasos es siempre aproximarse plausiblemente al objetivo propuesto, a falta de una superior concreción en menor tiempo.

En este sentido, la existencia de un modelo jurídico y judicial anglosajón y un sistema continental europeo, con tantos puntos de diversidad como se sabe, no facilita a este respecto la armonización deseada, inclinando en muchas ocasiones la balanza hacia los principios del sistema de la *common law*, lo que desde nuestra perspectiva y desarrollo legal no hace sino provocar insuficiencias, también y sobre todo en las garantías de que deben disponer las víctimas, lo que ha de convertirse en un concienzudo empeño por nuestra parte en ir corrigiendo y subsanando tales deficiencias.

IV. LA JUSTICIA UNIVERSAL ESPAÑOLA

IV.1. SUMARIOS Y ASUNTOS ABIERTOS: ¿POSIBLE SOLUCIÓN SOBRE EL TERRENO?

Es precisamente, como acabamos de sostener, en el campo de protección de las víctimas y del ejercicio de sus derechos, donde estos problemas se acentúan o se hacen más palpables y manifiestos –estados al margen de la CPI, incompetencia en algunos delitos, dificultades formales y procesales en su encaje a derecho, o la colisión entre modelos jurídicos diferentes–, sobre todo si tenemos en cuenta que en el derecho penal los dos objetivos claves perseguidos son, por un lado, la condena y castigo de los culpables, pero por otro –no menos relevante–, la satisfacción a las víctimas de los daños ocasionados por aquellos.

A esta situación parece venir a responder, sino en todo al menos en parte, la denominada como *justicia universal* o *jurisdicción universal*, que ha

ido adquiriendo protagonismo en los últimos años, a la sombra –sino a la par– de la CPI, con importantes reminiscencias y especial protagonismo de nuestro país sobre el tema –sin olvidar, como así nos lo ha manifestado nuestro Tribunal Constitucional¹³, que España no es el único estado que recoge el principio de jurisdicción universal sin vinculación a intereses nacionales, citando a los efectos las legislaciones de Bélgica, Dinamarca, Suecia, Italia o Alemania¹⁴, al mostrarse competente la Audiencia Nacional española (AN), en diversas ocasiones, para conocer de los delitos de genocidio, crímenes de guerra y de lesa humanidad, además de la posibilidad de irradiar su influencia sobre los delitos de terrorismo o agresión, e incluso –aunque más cuestionable– sobre el de tortura, cometidos *a espaldas* de nuestro territorio.

A algunos de estos casos se refirió la profesora GIL en un trabajo sobre la cuestión objeto de análisis publicado en el primer semestre de 2006 en la *Revista Española de Derecho Militar*¹⁵, conviene en este momento, por ende, además de a modo de recordatorio, dejar reflejados, con carácter objetivo, los posibles fallos recaídos y actualizar los asuntos abiertos, para disponer de los suficientes elementos de juicio a la hora de ofrecer una valoración e interpretación adecuada a su justa repercusión.

a) Caso Chile (crímenes 1973-1990) y caso Argentina (crímenes 1976-1983)

Como asuntos pioneros abiertos en nuestro país por crímenes internacionales se sitúan los procesos judiciales por genocidio, terrorismo y torturas por los hechos acaecidos durante las dictaduras argentina y chilena, de tal forma que el pleno de la Sala de lo Penal de la AN, en sendos autos de 4 y 5 de noviembre de 1998, respectivamente¹⁶, vino a reconocer la com-

¹³ STC de 26 de septiembre de 2005.

¹⁴ Bélgica, en el artículo 7 de la Ley de 16 de julio de 1993, reformada por la Ley de 10 de febrero de 1999; Dinamarca, en el artículo 8.6 de su Código Penal; Suecia, en la Ley relativa a la Convención sobre el Genocidio de 1964; Italia, en el artículo 7.5 de su Código Penal; y Alemania, distintos *Länder* incorporan, con mayor o menor amplitud, la represión de distintos crímenes contra la comunidad internacional a su ámbito de jurisdicción, sin restricción alguna basada en vínculos nacionales. Sobre el comentario a algunos de los asuntos abiertos en estos países, como el *caso de las monjas ruandesas* en Bélgica, *vid.* BACIGALUPO, E.: «Jurisdicción penal nacional y violaciones masivas...», *cit.*, pp. 259 y ss.

¹⁵ GIL GIL, A.: «Jurisdicción de los Tribunales españoles sobre genocidio, crímenes contra la humanidad y crímenes de guerra», *Revista Española de Derecho Militar*, núm. 87, enero-junio de 2006, en particular pp. 55-62.

¹⁶ Argentina: auto AN núm. R. Apel. 84/1998, de 4 de noviembre, de la Sala de lo Penal, Sección 3ª; Chile: auto AN núm. R. Apel. 173/1998, de 5 de noviembre, de la Sala de lo Penal, Sección 1ª. El ponente de ambos autos fue Carlos Cezón.

potencia de la jurisdicción española. En el primero, la AN interpretó que el artículo 6 de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio no excluye la existencia de jurisdicciones distintas de las del territorio o estado en el que se cometió el delito o de un tribunal internacional; y, en sentido similar, aunque valiéndose de menor argumentación, en el segundo se aceptó también la competencia para juzgar a *Pinochet* por las imputaciones de terrorismo y torturas, si bien el Ministro del Interior británico decidió finalmente, el 2 de marzo de 2000, denegar su extradición a España por encontrarse «gravemente enfermo».

Sin embargo, el proceso, tanto en relación con la dictadura chilena como argentina, ha seguido su curso respecto de otros acusados. Así, en cuanto al *caso del Gral. chileno Hernán Julio Brady Roche*, la STS de 8 de marzo de 2004 asumió la doctrina constitucional sobre la jurisdicción española recogida en la sentencia del caso Guatemala, al que más adelante nos referiremos.

Por su parte, en el marco de la dictadura argentina se han seguido actuaciones en el *caso del ex militar de la Escuela Mecánica de la Armada (ESMA), Adolfo Scilingo*, y en el *caso del oficial Ricardo Miguel Cavallo*. En el primero de ellos, la STS de 15 de noviembre de 2004 vuelve a confirmar la competencia de la AN para conocer de los delitos de genocidio, terrorismo y torturas imputados a Scilingo, de tal forma que el 19 de abril de 2005 la AN establece la primera sentencia condenatoria en este sumario por la que se condena a dicho ex militar a 640 años de prisión por la comisión de un delito de lesa humanidad¹⁷. En este fallo la AN cambia la calificación jurídica inicial de los hechos y, en lugar de por genocidio, terrorismo y torturas, dispone la condena por aplicación del artículo 607 bis del Código Penal español (CP), precepto por el que en el año 2004 se introdujeron en nuestro ordenamiento los crímenes contra la humanidad¹⁸. En su argumentación, la AN precisa que dicha decisión no implica, por el contrario, una violación del principio de legalidad, al existir tales crímenes en la costumbre internacional ya anteriormente a la comisión de los hechos.

En cuanto al *caso del oficial Ricardo Miguel Cavallo*, inicialmente México procedió al cumplimiento de las órdenes internacionales de deten-

¹⁷ En concreto, se trata de la SAN núm. 16/2005, de 19 de abril, de la Sala de lo Penal, Sección 3ª; ponente: José Ricardo de Prada.

¹⁸ En este sentido, se había pronunciado, con anterioridad, GIL GIL, A.: *Derecho penal internacional*, 1999, pp. 183, quien comenta asimismo esta sentencia de la AN en *Jueces para la Democracia*, julio, 2005, pp. 7 y ss., y cuyas observaciones críticas a la misma son contrarrestadas por CASTRESANA FERNÁNDEZ, C.: «De Nüremberg a Madrid: la sentencia del caso Scilingo», *Revista Electrónica de Ciencia penal y Criminología*, 07-rl, noviembre 2005, pp. 3-11.

ción del juez español Baltasar Garzón, lo que se consiguió el 24 de agosto de 2000 en Cancún, cuando intentaba regresar a Buenos Aires, para su extradición a España. La AN dictó auto de fecha 20 de diciembre de 2006 por la que apreció la declinatoria de jurisdicción a favor de la República Argentina, al fundamentarlo en la existencia de diligencias penales abiertas por los tribunales de este país que estima preferentes al entender que se trata de un supuesto de «conurrencia de jurisdicciones», lo que permitiría hablar de un «conflicto de jurisdicción», toda vez que existe *litis pendencia* por encontrarse simultáneamente en curso actuaciones en dos países; y así, estima la declinatoria de jurisdicción que, como artículo de previo pronunciamiento, planteó la defensa del procesado en el trámite anterior a la celebración del juicio oral, para ceder a la autoridad competente argentina el conocimiento de los hechos que motivaron el procesamiento –genocidio, terrorismo y torturas–. Posteriormente, la STS de 18 de julio de 2007 estimó que dicha resolución de la AN debía quedar sin efecto por incurrir en varias infracciones legales, a saber: en primer lugar, por disponer materialmente la extradición de un acusado cuyo enjuiciamiento correspondía a los tribunales españoles a través de una inadecuada vía procesal –estimación de una declinatoria de jurisdicción planteada de forma incorrecta–; en segundo término, por omitir la solicitud y el cumplimiento de los requisitos previstos en el Tratado de Extradición suscrito con la República Argentina y sustraer al Ejecutivo su capacidad decisoria; y, en tercer lugar, por vulnerar también el contenido del Tratado suscrito con los Estados Unidos Mexicanos que prescribe el «obligado consentimiento expreso», previo a la posibilidad de autorizar la *reextradición* a un tercer país. Por tanto, podemos igualmente concluir que el TS, tras modificar su inicial posición al respecto para otros casos –como comprobaremos–, vuelve a otorgar la competencia a los tribunales españoles para enjuiciar al imputado por delitos de genocidio, terrorismo y torturas en detrimento de la jurisdicción argentina.

b) Caso Fidel Castro

Como efecto reflejo, los citados autos iniciales de la AN relativos a los casos chileno y argentino trajeron consigo la presentación de otras denuncias y querellas por presuntos delitos de genocidio, terrorismo y torturas cometidos en otros países, en su mayoría de ámbito latinoamericano. Así ocurrió con los sucesivos intentos de *encausamiento* de *Fidel Castro*, al menos tres hasta la fecha, que la AN ha ido rechazando, incluso con posterioridad a la sentencia del caso Guatemala y pese a la convalecencia del

dictador y la consiguiente cesión del mando a favor de su hermano Raúl, por razón de la inmunidad de la que gozaba, según el derecho internacional consuetudinario, al tratarse, en su momento, de un Jefe de Estado en activo (cfr. *caso Yerodia*)¹⁹ y, posteriormente, por motivos de «cosa juzgada».

c) Caso Guatemala

La denuncia presentada por la Premio Nobel de la Paz, *Rigoberta Menchú Tum*, ante el Juzgado Central de instrucción de guardia, el 2 de diciembre de 1999, por delitos de genocidio, tortura, terrorismo, asesinato y detención ilegal, imputados, conjunta e indistintamente, a los Grales. *Efraín Ríos Montt* y *Oscar Humberto Mejías Víctores*, que ocuparon sucesivamente la jefatura del gobierno golpista guatemalteco, al ex presidente *Fernando Romeo Lucas García* y a otros cinco acusados que ostentaron altos cargos en el gobierno, la policía y el ejército, llevó al Tribunal Constitucional español (TC) a dictar una de las más relevantes sentencias hasta el momento recaídas sobre el tema²⁰, al fijar la delimitación jurisdiccional de la justicia universal, haciéndola residir al efecto en los tribunales españoles, siguiendo el cariz de la definición aportada, sólo un mes antes, por el Instituto de Derecho Internacional, en resolución firmada en Cracovia el 26 de agosto de 2005: «La competencia de un Estado para perseguir y, en caso de ser declarados culpables, castigar presuntos delincuentes, independientemente del lugar de comisión del delito y sin consideración o vínculo

¹⁹ Esta interpretación parece haber sido confirmada por la posterior del Tribunal Internacional de Justicia en el *caso Yerodia*, en la que este Tribunal sostiene la existencia en el derecho internacional consuetudinario de inmunidades de jurisdicción, si bien excepciona de la regla de la inmunidad la persecución en el propio país, lo casos en que el mismo Estado decide el levantamiento de la inmunidad, la persecución de actos cometidos a título privado cuando el sujeto ha dejado ya el cargo oficial, así como la persecución ante jurisdicciones penales internacionales. Sobre el asunto Yerodia, *vid.* PUEYO LOSA, J.: «Derechos humanos, crímenes de guerra y globalización de la justicia», *Revista Española de Derecho Militar*, núm. 83, enero-junio 2004, en particular pp. 28-33; y, en cuanto a la jurisprudencia general de este Tribunal, OMAR RAIMONDO, F.: «El valor de la jurisprudencia de la Corte internacional de Justicia como verificadora del derecho internacional humanitario y el crimen internacional de genocidio», *Revista Española de Derecho Militar*, núm. 81, enero-junio 2003, pp. 143-191.

²⁰ Sobre este caso y la importancia del fallo del TC, véase mi trabajo PARDO GATO, J.R.: «El papel de los abogados ante la jurisdicción universal. El nuevo horizonte abierto tras el *caso Guatemala*», *Libro de ponencias y comunicaciones IX Congreso Nacional de la Abogacía*, 26 al 28 de septiembre de 2007, Aranzadi, Pamplona, 2007, pp. 187-194.

alguno de nacionalidad activa o pasiva u otros criterios de jurisdicción reconocidos por la Ley internacional»²¹.

En concreto, se trata de la STC 237/2005, Sala Segunda, de 26 de septiembre, que vino a anular las dos resoluciones previas impugnadas, vertidas hasta ese momento sobre el caso en cuestión, por vulnerar el derecho a la tutela judicial efectiva en su vertiente de derecho de acceso a la jurisdicción. Así, conforme al criterio sentado, tanto el anterior auto del pleno de la AN de 13 de diciembre de 2000²², como la STS de 25 de febrero de 2003²³, realizan, a juicio del Alto Tribunal, una interpretación excesiva e infundadamente rigorista del artículo 23.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ) a partir de argumentos restrictivos de la competencia de los tribunales de nuestro país, no incluidos en la ley ni que puedan derivarse razonablemente de ésta.

Razón por la cual, una vez comunicada la decisión del Constitucional, la AN, en asunción de la misma, adoptó un acuerdo del pleno no jurisdiccional de 3 de noviembre de 2005, conforme la idea de unificación de criterios del artículo 264 LOPJ, según el cual en adelante examinará de oficio su propia jurisdicción, así como la inactividad de los tribunales del territorio y de los tribunales internacionales, y aceptará la jurisdicción *«salvo que se aprecie exceso o abuso de 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»*. Asimismo, en ejecución de la citada decisión constitucional, la AN ha dictado nueva resolución en este caso admitiendo su competencia a través del auto de 16 de febrero de 2006.

²¹ El proyecto de 1996 de *Código de Crímenes contra la Humanidad*, promovido por la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas, establecía que cualquier estado parte se puede encontrar facultado para ejercer su *jurisdicción respecto del presunto responsable de algunos de los crímenes de derecho internacional enunciados (genocidio, crímenes contra la humanidad, de guerra, etc.)*.

²² En su apoyatura, la AN se vale del artículo 6 del Convenio de la Asamblea General de las Naciones Unidas de 9 de diciembre de 1948 relativo a la prevención y sanción del delito de genocidio para sostener la vigencia de una relación de subsidiariedad de la jurisdicción española sobre la territorial, requiriendo además una acreditación plena de la imposibilidad legal o prolongada de inactividad judicial, hasta el extremo de exigir la prueba del rechazo efectivo de la denuncia por los tribunales de Guatemala.

²³ El TS fundamenta la denegación de la competencia jurisdiccional española en los límites de aplicación intrínsecos al principio de jurisdicción universal. Así, en su apelación a la costumbre internacional, requiere para su asunción unilateral por el derecho interno la concurrencia de «vínculos de conexión», a saber: que el presunto autor del delito se halle en territorio español, que las víctimas tengan la nacionalidad española, o bien que exista otro punto de conexión directo con los intereses nacionales.

d) Caso José Couso

De gran impacto social en nuestro país, por auto del Juzgado de instrucción núm. 1 de la AN de 19 de octubre de 2005 se dicta orden internacional de busca, captura y detención a efectos de extradición contra tres militares estadounidenses (*sargento Cornelio, capitán Lázaro y teniente coronel Carlos José*) bajo la acusación de crímenes de guerra por un presunto delito de homicidio de dos periodistas, uno de ellos de nacionalidad española (José Manuel Couso, de la cadena *Telecinco*), en el ataque al *Hotel Palestina* de Bagdá, donde se alojaba la prensa internacional. Confirmado en reforma por auto de 28 de octubre de 2005, fue recurrido en apelación por el Ministerio Fiscal ante la Sala Penal de la AN, cuya Sección Segunda dictó auto de fecha 8 de marzo de 2006 por el que confirmó el recurso y declaró la falta de jurisdicción, revocando los autos citados y decretando el archivo de las diligencias previas. No obstante, contra la anterior resolución los querellantes interpusieron recurso de casación, que el TS, en sentencia de 11 de diciembre de 2006, haciendo suyos los fundamentos de la referida STC 237/2005, declara haber lugar, casando y anulando el anterior auto, bajo la declaración de que los tribunales españoles tienen jurisdicción para conocer de los hechos denunciados en esta causa.

e) Caso Tibet y caso Falun Gong

Los fundamentos de la meritada STC recaída en el caso Guatemala han servido también de base para que la AN declarara su competencia para investigar el presunto genocidio cometido por las ex autoridades chinas en el *Tibet*²⁴, lo que justificó la decisión del auto de 10 de enero de 2006, por el que se revocó a su vez el del Juzgado de instrucción núm. 2 de la AN de 5 de septiembre de 2005. Con independencia del proceso seguido, la represión policial china ante las revueltas acontecidas en el Tibet por tensiones políticas en el momento en el que escribo estas líneas ha vuelto a poner en la picota la presunta vulneración de los derechos y libertades fundamentales de la minoría tibetana en ese país, por parte, en este caso, de las actuales autoridades.

Con China también en el punto de mira y con sustento asimismo en la STC 237/2005, ha sido de nuevo el Alto Tribunal español quien ha deter-

²⁴ Una nota sobre este asunto, desde la perspectiva filosófica, puede consultarse en CALVO GONZÁLEZ, J.: «Jurisdicción universal y genocidios en el Tibet. La Justicia, entre los juncos», *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 711, 2006.

minado, mediante STC de 22 de octubre de 2007, que la inadmisión de la querrela interpuesta contra los ciudadanos de esa nacionalidad, *Jiang Z. Y Luo G.*, por supuestos delitos de genocidio y torturas cometidos desde el año 1999 en relación con miembros del grupo *Falun Gong* vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva, en su vertiente de acceso a la jurisdicción. Responde así este fallo a la impugnación, por un lado, del auto del Juzgado Central de instrucción núm. 2 de 20 de noviembre de 2003, confirmado en reforma por auto de 17 de diciembre, en apelación por el del pleno de la Sala de lo Penal de la AN de 11 de mayo de 2004 y en casación por la STS de 18 de marzo de 2005, que habían acordado dicha inadmisión por no ser españolas ni las víctimas ni los presuntos responsables de los delitos denunciados, no encontrándose además en territorio nacional.

Ambas decisiones, tanto la de la AN en el caso Tibet como la del TC en el caso Falung Gong, vuelven a contradecir la doctrina del TS ya desautorizada por el constitucional desde el caso Guatemala. En el asunto Falung Gong dicha doctrina se desestima, además de por la interpretación que se hace del artículo 23.4 LOPI, por el hecho de que la única vía procesal a disposición de las víctimas es la aplicación del principio de jurisdicción universal, dada la imposibilidad de enjuiciar estos delitos en la CPI, pues China no reconoce su competencia y como miembro del Consejo de Seguridad de la ONU dispone de derecho de veto sobre cualquier resolución que pudiera dictarse. Por su parte, igualmente importante se antoja para el estudio que nos ocupa el auto de la AN acogido en el caso Tibet, ya que, además de analizar la inactividad jurisdiccional china en la persecución del delito, se detiene también en la imposibilidad de intervención de la CPI por ser los hechos acaecidos anteriores a la entrada en vigor del Estatuto de Roma y no ser ni el presunto infractor ni la víctima parte en el mismo, motivo por el que la jurisdicción española manifiesta su competencia.

f) Caso Ruanda-R.D. Congo (crímenes 1990-2002)

En esta misma línea, el 6 de abril de 2005 la AN dictó un auto admitiendo a trámite la querrela interpuesta por el Forum Internacional por la Verdad y la Justicia en el África de los Grandes Lagos contra 69 altos cargos del Estado ruandés por los crímenes de genocidio, lesa humanidad, crímenes de guerra, terrorismo y tortura cometidos tanto en Ruanda como en la República Democrática del Congo entre los años 1990 y 2002. En ese período perdieron violentamente la vida nueve misioneros y cooperantes

españoles²⁵ que asistían a la población civil *hutu* en ambos países en medio de una dramática situación humana silenciada²⁶.

Uno de los aspectos relevantes de esta decisión, además de reiterar la competencia de la jurisdicción española en tales casos, es la de decantarse por la investigación de la muerte no sólo de los ciudadanos españoles sino también de algunos ruandeses y congoleños, como necesario contexto para conocer la dimensión real de lo sucedido. Aunque es evidente la imposibilidad de investigar todos los crímenes cometidos en dicho período en los dos países, el acometerla sobre determinados crímenes de contexto debe servir, según el auto referido, para confirmar o no la «*existencia de un sistemático plan de exterminio de una determinada etnia*» –concretamente la *hutu*– para imputar un delito de genocidio. Asimismo, como elemento diferenciador respecto de los casos de Chile, Argentina o Guatemala, en los que se investigaba a responsables de crímenes que ya no se encontraban formalmente en el poder, en el asunto de Ruanda-R.D. Congo los responsables del ejército ruandés del FPR/APR ocupan hoy el poder, así como puestos claves en la administración político-militar ruandesa, tanto la oficial como la secreta, y los crímenes y matanzas se siguen produciendo a día de hoy, con miles de desplazados y víctimas inocentes.

²⁵ Además de los varios millones de víctimas ruandesas (desde 1990 hasta la fecha) y congoleñas (desde 1996 hasta el presente), junto con otros ciudadanos europeos, canadienses y de otras nacionalidades que han perdido violentamente la vida sin haberse realizado las correspondientes investigaciones criminales, en un clima de la más absoluta impunidad, que no hace más que agudizar y acrecentar el conflicto.

²⁶ La organización internacional *International Rescue Committee* ha puesto de manifiesto que desde el año 1998 hasta 2004 cerca de cuatro millones de personas han perdido la vida a causa de este conflicto armado, después de que el ejército de Ruanda –APR/FPR– liderara la invasión, por segunda vez, de la R.D. del Congo. Asimismo, debe hacerse referencia a las resoluciones del Parlamento Europeo sobre la explotación ilegal de los recursos naturales en dicha R.D. (en especial, las de 15 de septiembre de 1999, 14 de febrero, 4 de julio y 12 de diciembre de 2001, 15, 16 y 23 de enero de 2003 y 15 de enero de 2004), así como a los cuatro informes del Grupo de Expertos de Naciones Unidas sobre la explotación ilegal allí ocurrida (en especial, los informes S/2001/357, de 12 de abril, y S/2002/1146, de 16 de octubre). En estos informes se ponía de manifiesto –junto con el listado de las personas, organizaciones y empresas halladas responsables– que estas actividades sobrepasan lo que se entiende por explotación ilegal para convertirse en pillaje sistemático, además de advertir de la existencia de un vínculo claro entre ese pillaje y la continuación del conflicto, por entender que la explotación de estos recursos contribuye a financiar los ejércitos y actúa como fuente de abastecimiento para la guerra, de tal manera que el acceso a los principales recursos minerales y no minerales y su control se presentan como una de sus causas principales, con la consiguiente violación reiterada de derechos humanos y del derecho internacional humanitario. Estos hechos, por sí solos, deben ser considerados a todas luces como crimen internacional de guerra de pillaje sistemático y a gran escala.

IV.2. LEGISLACIÓN Y JURISPRUDENCIA ESPAÑOLA A MODO DE JUSTICIA PENAL UNIVERSAL

A la vera de las decisiones recaídas, habría que preguntarse si para llenar las lagunas actuales detectadas en la regulación y aplicación de la CPI la respuesta ha de venir efectivamente de la mano de la justicia universal y, en su caso, si dicha aportación ha de ser complementaria o adicional a la jurisdicción dimanante de la CPI, o bien si debemos buscar salidas alternativas a la situación creada. Para ello destinaremos las siguientes observaciones a tratar de determinar, en primer término, la base y principios legales de la competencia jurisdiccional universal española para, a continuación, contrastar la misma, virtudes y defectos, con los ya mencionados respecto a la CPI.

a) Postulados legales y principios reconocidos

Como se ha podido inferir del pronunciamiento de la STC 237/2005 fallada en el caso Guatemala, el precepto principal sobre el que gravita la legislación de nuestro país al respecto es el artículo 23.4 de la LOPJ, según el cual «será competente la jurisdicción española para conocer de los hechos cometidos por españoles o extranjeros fuera del territorio nacional susceptibles de tipificarse, según la ley penal española, como alguno de los siguientes delitos: a) Genocidio. b) Terrorismo. c) Piratería y apoderamiento ilícito de aeronaves. d) Falsificación de moneda extranjera. e) Los delitos relativos a la prostitución y los de corrupción de menores o incapaces. f) Tráfico ilegal de drogas psicotrópicas, tóxicas y estupefacientes. g) Los relativos a la mutilación genital femenina, siempre que los responsables se encuentren en España²⁷. h) Y cualquier otro que, según los tratados o convenios internacionales, deba ser perseguido en España».

No es éste, sin embargo, el único precepto de nuestro ordenamiento que afronta la cuestión, pues, de una manera general y al hilo de lo establecido en el artículo 8.1 del Código Civil²⁸, puede indicarse como regla base en la materia que la jurisdicción penal española tiene atribuida, ex artículos 4 y 9.3 LOPJ, el conocimiento y ejecución de las causas y juicios criminales relativos a todas las personas y en todo el territorio nacional, sin más límites que los derivados del *principio de legalidad* y de ciertas especialidades sub-

²⁷ Redactado por el artículo único de la Ley Orgánica 3/2005, de 18 de julio, de modificación de la LOPJ.

²⁸ Según el artículo 8.1 del Código Civil, «[l]as leyes penales, las de policía y las de seguridad pública obligan a todos los que se hallen en territorio español».

jetivas propias de la CE y normas internacionales suscritas por España (cfr. artículo 23.1 LOPJ). Como regla rectora, a priori, aparece así el *principio de territorialidad (forum loci comissi)*, uno de los bastiones sobre los que, de siempre, se ha cimentado nuestro derecho, en cuanto que la jurisdicción española en el orden penal alcanzará hasta donde se irrogue su soberanía²⁹.

Ahora bien, este principio de territorialidad, como anticipamos, no agota las posibilidades de actuación de la jurisdicción española al convivir con normas también legislativas que, en ciertos supuestos, convierten en viable la actuación de la jurisdicción española más allá de dicho límite territorial. Así, junto a él, nuestro ordenamiento reconoce también como principios válidos, complementarios, el *principio de personalidad o nacionalidad activa*, regulado en el artículo 23.2 LOPJ³⁰, en virtud del cual se atribuye jurisdicción a los tribunales de un estado para el enjuiciamiento de los hechos realizados por sus nacionales en el extranjero –los ciudadanos se hallan sometidos a la jurisdicción de su país de origen–; el *principio real, de defensa, o de protección de intereses*, recogido en el artículo 23.3 LOPJ³¹ y en el

²⁹ En el mismo sentido, *vid.*, por todos, CEREZO MIR: *Curso de Derecho penal español*, I, 2004, pp. 248 y ss.; también, RODRÍGUEZ Y FERNÁNDEZ, R. y ECHARRI CASI, F.J.: «El derecho de acceso a la denominada jurisdicción universal (Comentarios a la Sentencia del Tribunal Constitucional de 26 de septiembre de 2005)», *La Ley*, núm. 6377, de 13 de diciembre de 2005, p. 1; y, anteriormente, RODRÍGUEZ RAMOS, L.: «Límites de la jurisdicción penal universal española», *La Ley*, núm. 5788, de 26 de mayo de 2003.

³⁰ De acuerdo con el artículo 23.2 LOPJ, «conocerán de los hechos previstos en las leyes penales españolas como delitos, aunque hayan sido cometidos fuera del territorio nacional, siempre que los criminalmente responsables fueren españoles o extranjeros que hubieran adquirido la nacionalidad española con posterioridad a la comisión del hecho y concurrieren los siguientes requisitos: a) Que el hecho sea punible en el lugar de ejecución, salvo que, en virtud de un Tratado Internacional o de un acto normativo de una Organización Internacional de la que España sea parte, no resulte necesario dicho requisito. b) Que el agraviado o el Ministerio fiscal denuncien o interpongan querrela ante los tribunales españoles. c) Que el delincuente no haya sido absuelto, indultado o penado en el extranjero, o, en este último caso, no haya cumplido la condena. Si sólo la hubiere cumplido en parte, se le tendrá en cuenta para rebajarle proporcionalmente la que le corresponda».

³¹ Conforme el artículo 23.3 LOPJ, «[c]onocerá la jurisdicción española de los hechos cometidos por españoles o extranjeros fuera del territorio nacional cuando sean susceptibles de tipificarse, según la ley penal española, como alguno de los siguientes delitos: a) De traición y contra la paz o la independencia del Estado. b) Contra el titular de la Corona, su Consorte, su Sucesor o el Regente. c) Rebelión y sedición. d) Falsificación de la firma o estampillas reales, del sello del Estado, de las firmas de los Ministros y de los sellos públicos u oficiales. e) Falsificación de moneda española y su expedición. f) Cualquier otra falsificación que perjudique directamente al crédito o intereses del Estado, e introducción o expedición de lo falsificado. g) Atentado contra autoridades o funcionarios públicos españoles. h) Los perpetrados en el ejercicio de sus funciones por funcionarios públicos españoles residentes en el extranjero y los delitos contra la Administración pública española. i) Los relativos al control de cambios».

artículo 7 del Código Penal Militar³², por el que se confiere jurisdicción a las autoridades de un determinado estado para enjuiciar, con independencia del lugar de su comisión y de la nacionalidad del autor o autores, determinadas conductas que atentan contra sus intereses esenciales –extiende por ende la jurisdicción nacional a los ataques del estado que sean perpetrados desde territorios extranjeros–; y el mentado *principio de jurisdicción o de justicia universal*, o simplemente *principio universal o de universalidad*³³, regulado en el transcrito artículo 23.4 LOPJ, según el cual los estados pueden aplicar su ley penal a cualquier hecho cometido en cualquier lugar o, al menos, en lugares no sometidos a la jurisdicción de ningún otro estado³⁴.

Junto a estos principios, expresamente regulados, podemos referirnos a alguno más no contemplado por nuestro ordenamiento jurídico. Así, por ejemplo, el *principio de personalidad pasiva*, por el que la condición de nacional de la víctima sería susceptible de conferir competencia al estado para el enjuiciamiento, al menos, de determinados delitos de singular gravedad, aun cuando hubieren sido cometidos fuera de su territorio y por

³² Según el artículo 7 del Código Penal Militar, «[l]os preceptos de esta Ley son aplicables a todos los hechos previstos en la misma con independencia del lugar de comisión, salvo lo establecido por Tratados y Convenios internacionales». Para ser sujeto activo de los delitos contenidos en este Código es requisito necesario tener la condición de militar, conforme lo previsto al efecto en la definición del artículo 8.

³³ HENZELIN, M.: *Le principe de l'universalité en droit pénal international. Droit et obligation pour les Etats de poursuivre et juger selon le principe de l'universalité*, Bruylant, Bruselas, 2000.

³⁴ Así, BACIGALUPO, E.: «Jurisdicción penal nacional...», cit., p. 259. Desde una concepción amplia, sería aquel por el que se atribuye competencia a las autoridades de un estado que carece de especiales vínculos o nexos de unión con los hechos de cuyo enjuiciamiento se trata, ya sea desde el punto de vista del lugar de la comisión, la nacionalidad de los autores y/o víctimas, o de los intereses o bienes jurídicos lesionados (RODRÍGUEZ Y FERNÁNDEZ, R. y ECHARRI CASI, F.J.: «El derecho de acceso a la denominada jurisdicción universal...», cit., p. 2). Desde esta perspectiva, el principio de universalidad sería aquel título de jurisdicción por el que los jueces y tribunales de un determinado estado asumen competencias para enjuiciar delitos cometidos en el extranjero, por extranjeros, contra extranjeros y sin que tal estado pueda considerarse especialmente lesionado (SÁNCHEZ LEGIDO, A.: *Jurisdicción universal penal y Derecho internacional*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, pp. 34 y ss.). Otros fundamentan este principio desde el punto de vista ontológico, caracterizándolo como un principio operativo para la represión nacional de delitos especialmente odiosos y, por ello, atentatorios contra intereses esenciales de la humanidad y/o de la comunidad internacional (GARCÍA ARÁN, M.: «El principio de justicia universal en la LOPJ», *Crimen internacional y jurisdicción universal. El caso Pinochet*, Valencia, 2004, p.67). En la doctrina italiana, FLORIAN: *Trattato di Diritto Penale*, 1910, p. 198, había sostenido que el principio universal «desconoce la variedad de los delitos en los diversos países y la conexión entre la forma de la delincuencia y el grado de civilización de un pueblo», mientras que otros autores admitían que el *delincuente nato* podía ser juzgado en cualquier parte (FEDOZZI: en *Riv. Italiana per le scienze giuridiche*, vol. XXIII, pp. 240-269).

nacionales de terceros estados³⁵; o el conocido como *principio de beligerancia*, por el que el estado beligerante vendría facultado, en virtud del derecho consuetudinario, para enjuiciar a los enemigos considerados responsables de violaciones graves de las leyes y costumbres de guerra.

Vistos a grandes rasgos los principios susceptibles de aplicación³⁶, es-timo debemos prestar atención a los específicamente previstos en nuestra legislación. Y así como la LOPJ no prevé limitación alguna al principio de territorialidad, no sucede lo mismo para la aplicación extraterritorial de la ley penal española por nuestros tribunales; en concreto, en los principios de defensa y de justicia universal el único requisito previsto –sin perjuicio de las restricciones introducidas para este último por la jurisprudencia y por la Ley de Cooperación con la CPI– es que el sujeto no haya sido absuelto, indultado o penado en el extranjero, o, en este último caso, no haya cumplido la condena; mientras que en el principio de personalidad activa se exige, además, la punibilidad en el lugar de comisión, salvo que se excepcione por el derecho internacional. No obstante, debe tenerse también en cuenta que cada una de las conductas delictivas reseñadas en el artículo 23.4 LOPJ, a los efectos del principio de justicia universal, contienen límites en cuanto a su persecución y enjuiciamiento derivadas de sus propios convenios reguladores³⁷.

b) Doctrina y limitaciones jurisprudenciales

Como puede presumirse de lo expuesto, si en alguno de los sumarios abiertos debemos desentrañar la doctrina y posibles limitaciones jurisprudenciales en torno a la justicia universal ésta no es sino la sentada en el tan traído y llevado asunto Guatemala, donde el TC critica y censura la interpretación restrictiva que del artículo 23.4 LOPJ realizaron, en instancias

³⁵ Principio cuestionado por DIEZ SÁNCHEZ, J.L.: *El Derecho Penal Internacional (Ámbito espacial de la ley penal)*, Madrid, 1990, pp. 113 y ss., y 139 y ss.

³⁶ Para cuyo detalle me remito, por su clarividencia al respecto, a la lectura del FJ 3º de la STS de 21 de junio de 2007, que otorga la competencia a los tribunales españoles para juzgar a los «patrones» de un cayuco descubierto en aguas internacionales por delito de tráfico de inmigrantes.

³⁷ Así, *ad exemplum*, en materia de terrorismo, el Convenio europeo para la represión del terrorismo (Estrasburgo, 21 de enero de 1977) y el Convenio internacional para la represión de la financiación del terrorismo (Nueva York, 9 de diciembre de 1999); y en materia de piratería y apoderamiento ilícito de aeronaves, el Convenio para la represión del apoderamiento ilícito de aeronaves (La Haya, 16 de diciembre de 1970) y el Convenio sobre represión de actos ilícitos contra la seguridad de la aviación civil (Montreal, 23 de septiembre de 1971).

previas, tanto la AN como el TS. Así, mientras la AN había negado su competencia por entender que la misma debería recaer en los tribunales guatemaltecos en base a una infundamentada aplicación subsidiaria del principio de justicia universal³⁸, modalizada posteriormente en otros asuntos por el TS hacia el *principio de concurrencia*³⁹, este último tribunal se decantó finalmente por rechazar dicho criterio e introducir la necesidad de conexión con intereses nacionales españoles, posicionamiento seguido a posteriori, aunque con cierta atenuación, por otros fallos del mismo tribunal⁴⁰.

Sin embargo, ese exacerbado rigorismo de los criterios aplicados por la AN y por el TS redundaba en su palmaria incompatibilidad con el derecho a la tutela judicial efectiva, que el TC estima, con acierto, vulnerado en su vertiente de acceso a la jurisdicción –doctrina reiterada por la STC de 22 de octubre de 2007 en el caso Falun Gong–, por lo que anula la jurisprudencia, anterior y posterior, del TS y contraría el principio de subsidiariedad manejado por la AN en el caso Guatemala y reiterado en el caso Scilingo, oponiendo a su vez el de concurrencia, principio por el que se cede la competencia a una jurisdicción concurrente preferente como la del territorio, sin implicar por ello obligatoriedad alguna de que el denunciante acredite de forma plena la imposibilidad legal o la prolongada inactividad judicial, como así se exigía desde la AN. Asimismo, el TC niega la existencia en derecho internacional consuetudinario de límites al ejercicio unilateral, no reconocido en convenio internacional, del principio de jurisdicción universal, como así justificaba el TS⁴¹; y rechaza abiertamente la exigencia de conectividad o puntos de conexión, como la nacionalidad de la víctima, vínculos con intereses españoles o la presencia del inculpado en territorio español.

En palabras del propio TC, que califica los anteriores límites como requisitos establecidos *contra legem* y alejados del propio fundamento y fines del principio de universalidad, la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva viene dada al excluir la posibilidad de interpretaciones más laxas y

³⁸ Ni la legislación española ni el derecho internacional consuetudinario acogen dicha posibilidad, argumentada por la AN en la ausencia de normas en Guatemala que sancionen la impunidad.

³⁹ Cesión de la competencia a una jurisdicción preferente cuando la misma efectivamente haya iniciado la persecución del delito [SSTS 20 mayo 2003 (caso Perú) y 15 noviembre 2004 (caso Scilingo)].

⁴⁰ SSTS 8 marzo 2004 (caso Gral. chileno Brady Roche) y 15 noviembre 2004 (caso Scilingo).

⁴¹ Un comentario sobre la doctrina del TS vertida en el caso Guatemala lo encontramos en PARDO GATO, J.R.: «El papel de los abogados ante la jurisdicción universal...», cit., pp. 187-194; RUEDA FERNÁNDEZ, C.: «La boicoteada consolidación del principio de jurisdicción universal en el ámbito del ordenamiento jurídico español: el «Genocidio Maya» ante el Tribunal Supremo», *Boletín Aranzadi Penal*, núm. 6, 2003.

acordes con el *principio pro actione*, entendido como «de obligada observancia por Jueces y Tribunales, que impide que determinadas interpretaciones y aplicaciones de los requisitos establecidos legalmente para acceder al proceso obstaculicen injustificadamente el derecho a que un órgano judicial conozca o resuelva en derecho sobre la pretensión a él sometida»⁴².

De esta manera, dada la inexistencia de los procesos *in absentia* en nuestra legislación⁴³, el que la presencia en territorio español del presunto responsable constituya un requisito insoslayable para el respectivo enjuiciamiento y eventual condena, no debe llevarnos a erigir dicha circunstancia en requisito *sine qua non* para el ejercicio de la competencia judicial y la apertura del proceso, máxime cuando con ello estaríamos sometiendo el acceso a la jurisdicción universal a una restricción de hondo calado no contemplada legalmente.

En cuanto a la nacionalidad de las víctimas, además de incorporar un requisito añadido no previsto por la normativa legal, tampoco puede considerarse como *teleológicamente* fundado, por cuanto, en relación con el genocidio, contradice la propia naturaleza de este delito y la aspiración compartida de su lógica persecución universal, la cual quedaría cercenada por su base.

Y lo mismo cabe concluir en relación con el criterio jurisprudencial del interés nacional argüido en contrario, pues el sometimiento de la competencia para enjuiciar crímenes internacionales a la concurrencia de intereses de ámbito *estrictamente* nacional no resulta cabalmente conciliable con el fundamento perseguido de universalidad jurisdiccional.

En la referida pugna hasta el momento servida por nuestros jueces y magistrados, el TC parece haberse decantado finalmente, por tanto, a favor de las tesis que podemos considerar como posiciones *universalistas*, aquellas que reivindicando una justicia universal para evitar la impunidad de los más horribles crímenes contra la humanidad y el *ius gentium* comprueban como sus postulados se positivizan en el derecho y en la realidad internacional con toda la firmeza del *ius puniendi*.

Salvaguardando no obstante el principio de territorialidad⁴⁴, con esta importante sentencia, de obligada traslación al resto de sumarios abiertos y

⁴² Vid. SSTC 133/2005, de 23 de mayo; 122/1999, de 28 de junio; o 168/2000, de 29 de septiembre.

⁴³ Esto es, no puede juzgarse a una persona que se encuentre fuera de España [*vid. STEDH* de 12 de diciembre de 2001 (*caso Bankovic v. 17 Estados miembros*)].

⁴⁴ JIMÉNEZ DE ASÚA: *Tratado de Derecho Penal*, II, núm. 768, 4ª ed., 1977, p. 759, considera que el principio de universal es «inaplicable como doctrina absoluta, y sólo puede defenderse como principio complementario de la territorialidad, para aquellos delitos que lesionen la comunidad de intereses».

respecto a la toma de decisiones judiciales posteriores que fueron asumiendo una a una su doctrina –cfr. SSTs 8 marzo 2004, caso Gral. Brady Roche; 15 noviembre 2004, caso Scilingo; 11 diciembre 2006, Caso Couso; 18 julio 2007, caso Cavallo; o la propia STC 22 octubre 2007, caso Falun Gong; entre otras–, nuestro más Alto Tribunal parece querer mostrar, con carácter conclusivo, el concepto y extensión legal del *ex* artículo 23.4 LOPJ de la jurisdicción universal partiendo de nuestro propio marco legal de actuación, al considerarla como potestad jurisdiccional y atribución competencial ilimitada, material, subjetiva y territorial de los juzgados y tribunales españoles, en particular de los Juzgados Centrales de instrucción de la AN y su Sala de lo Penal⁴⁵, de conformidad con las normas sobre competencia y procedimiento de nuestro ordenamiento, para el conocimiento y fallo de los delitos recogidos en dicho precepto.

c) Limitaciones derivadas de la Ley de Cooperación con la Corte Penal Internacional

El acotamiento de las limitaciones del principio de justicia universal por el TC no obsta, por el contrario, que la promulgación de la Ley Orgánica 18/2003, de 10 de diciembre, de Cooperación con la CPI, por la que se ha adaptado la normativa del Estatuto de Roma al sistema jurídico español, haya traído consigo sus propias limitaciones a este principio, las cuales van más allá de las establecidas por el constitucional, por cuanto el artículo 7.2 de esta Ley cede a los efectos la competencia a la CPI⁴⁶, si bien entendemos que será el juez español ante el que se interponga la denuncia correspondiente el que deberá determinar, en un primer momento, si la CPI puede o no ser competente para juzgar los hechos, teniendo en cuenta sus propias limitaciones jurisdiccionales, por lo que el juzgador nacional deberá atender no sólo a la naturaleza del delito denunciado, sino también

⁴⁵ En palabras de TRILLO NAVARRO, J.P.: «Jurisdicción universal, menores y ablación: el nuevo artículo 23.4.g) LOPJ», *La Ley*, núm. 6354, 8 de noviembre de 2005, p. 10.

⁴⁶ Este precepto dispone lo siguiente: «Cuando se presentare una denuncia o querrela ante un órgano judicial o del Ministerio fiscal o una solicitud de un departamento ministerial, en relación con hechos sucedidos en otros Estados, cuyos presuntos autores no sean nacionales españoles y para cuyo enjuiciamiento pudiera ser competente la Corte, dichos órganos se abstendrán de todo procedimiento, limitándose a informar al denunciante, querrelante o solicitante de la posibilidad de acudir directamente al Fiscal de la Corte, que podrá, en su caso, iniciar una investigación, sin perjuicio de adoptar, si fuera necesario, las primeras diligencias urgentes para las que pudieran tener competencia. En iguales circunstancias, los órganos judiciales y el Ministerio Fiscal se abstendrán de proceder de oficio».

a los criterios de competencia derivados del lugar y tiempo de comisión del delito⁴⁷.

De hecho, esta última matización fue la razón de fondo que movió al legislador a incorporar un nuevo párrafo, el tercero, en el seno de dicho precepto («...si el Fiscal de la Corte no acordara la apertura de la investigación o la Corte acordara la inadmisibilidad del asunto, la denuncia, querrela o solicitud podrá ser presentada nuevamente ante los órganos correspondientes»); lo que, sin embargo, tampoco aporta una solución definitiva al efecto, quedándose en un *mero* intento por facilitar una salida a la víctima o víctimas ante la eventualidad de que la CPI no llegue a admitir el asunto.

V. CORTE PENAL INTERNACIONAL *VERSUS* AUDIENCIA NACIONAL

De las limitaciones competenciales referidas a lo largo del presente trabajo, tanto de la CPI como de la *justicia universal española*, personalizada en la AN, se hace obligado cohonestar las mismas respecto a los delitos contra la comunidad internacional en los que puedan concurrir ambas jurisdicciones⁴⁸, habida cuenta del carácter complementario de la CPI respecto de las jurisdicciones penales nacionales (artículo 1 ECPI, que se completa con la proclamación de su preámbulo: «... es deber de todo Estado ejercer su jurisdicción penal contra los responsables de crímenes internacionales»). Y es que, en relación a los aspectos negativos que se irradian de la competencia jurisdiccional de la CPI, cabría inferir *a sensu contrario* elementos positivos a favor de la jurisdicción universal española depositada en la AN, y viceversa.

Con ánimo de recapitulación, la CPI, en principio, no es competente si el delito se cometió con anterioridad a la entrada en vigor del Estatuto (artículo 11 ECPI), por lo que no estaría capacitada para enjuiciar los delitos cometidos previamente al 1 de julio de 2002, y para lo que, en su caso, sí estaría facultada la AN.

En segundo lugar, la CPI tampoco es competente si el estado en el que se cometió el delito ni aquél cuyo nacional lo cometió son parte en el Es-

⁴⁷ Así, GIL GIL, A.: «Jurisdicción de los tribunales españoles...», cit., p. 78; al respecto, puede consultarse igualmente su trabajo *El genocidio y otros crímenes internacionales*, Valencia, 1999, pp. 67 y ss.

⁴⁸ Para una delimitación competencial –cronológica, orgánica y sustantiva– entre la CPI y la AN, *vid.* SALÁS DARROCHA, J.T.: «Corte Penal Internacional y Audiencia Nacional: delimitaciones competenciales», *Sentencias de TSJ y AP y otros Tribunales*, núm. 19, 2006.

tatuto ni otorgan su consentimiento (artículo 13 ECPI), aspecto que nada influye, de por sí, respecto de que la AN pueda mostrar, en su caso, su *vis atractiva*. En este sentido, pocas advertencias merece el hecho de que los países más poblados no hayan suscrito el Estatuto, en tanto que la relevancia de su exclusión por sí misma se define.

Escasas igualmente son las consideraciones que cabe reseñar ante la incompetencia en delitos como la agresión o el terrorismo, al que cada vez en mayor medida se hallan más expuestos los ciudadanos del mundo, delitos sobre los que la AN no deja de mostrarse competente, incluso respecto de los considerados de lesa humanidad, pues aunque pudiera pensarse en su inadecuación con anterioridad al 1 de octubre de 2004 –fecha de entrada en vigor de la Ley Orgánica 15/2003–, lo cierto es que la inserción del delito de genocidio⁴⁹ debe relacionarse con la adhesión de España al Convenio para la prevención y la sanción del mismo, cuya entrada en vigor tuvo lugar el 12 de diciembre de 1968, incorporándose al Código Penal por la Ley 44/1971, de 15 de noviembre, razón por la que nos reafirmamos en la posibilidad que la AN ostenta de proceder por delito de lesa humanidad debido a conductas anteriores al 1 de octubre de 2004, lo que, como sabemos, no es posible acogiendo a la jurisdicción de la CPI.

Por otro lado, puede decirse que la participación de las víctimas contemplada por la CPI, recogida en las reglas 89 a 98 del Reglamento de Procedimiento y en los artículos 68 y 75 del Estatuto –así como en otras disposiciones dispersas–, es muy inferior a la establecida por nuestra propia LECrim, donde sí resulta perfectamente posible ejercer la acusación penal, además de exigir la responsabilidad civil correspondiente, desde el mismo inicio del procedimiento, lo que sitúa a las víctimas en un nivel de exigencia, de protección y de demanda notablemente superior, indispensable desde mi punto de vista si lo que se persigue es un resarcimiento lo más pleno posible al grado de sufrimiento o pérdida padecido⁵⁰. El hecho de que el representante de las víctimas no pueda ejercer de acusador –«acusar»– colisiona seriamente con las posibilidades que a este respecto

⁴⁹ Sobre su concreción actual y su modificación conceptual por la STC de 7 de noviembre de 2007, que declara la inconstitucionalidad de la expresión contenida en el primer inciso del artículo 607.2 CP, cuando castiga la difusión de ideas o doctrinas «que nieguen» un delito de genocidio, *vid.* DE LA ROSA CORTINA, J.M.: «Negacionismo y revisionismo del genocidio: perspectiva penal y constitucional», *La Ley*, núm. 6842, 17 de diciembre de 2007.

⁵⁰ Lo que ha llevado a algunos a manifestar que, en la práctica, la representación de las víctimas se ejerce desde las ONG y sus abogados (BERNARDO RÓDENAS, S.: «Algunas notas en relación a la CPI y su funcionamiento en relación con el derecho de las víctimas», *Libro de ponencias y comunicaciones IX Congreso...*, *ob. cit.*, p. 93; para mayor abundamiento, *vid.* GARCÍA RUIZ, C.R.: *ONGs y Derecho internacional: Su influencia en la elaboración de las normas internacionales*, Iustel, Madrid, 2006).

otorga el derecho español⁵¹, y ello pese a reconocer, sin ambages, que el Reglamento de la CPI ha supuesto un importante avance en el derecho de participación de las víctimas comparativamente hablando con el dispuesto por el sistema del *common law*, donde las limitaciones se presentan si acaso más acusadas.

Estas razones abalan el que nos encontremos ante un momento de la historia crucial desde el prisma del acercamiento jurídico internacional, ya sea en su caso a través de la CPI, desde la AN –como igualmente sostenemos– o desde cualquier otra jurisdicción admitida internacionalmente, como puede ser en su caso el propio Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas⁵², en el que tanto las víctimas como los que ejercemos su defensa, así como el resto de conciudadanos del mundo en general, habremos de reafirmar nuestro más firme convencimiento en que la sociedad organizada actual parece haber encontrado los necesarios contrapesos a los peores desatinos.

Y es que la justicia universal ha dado, quizás, sus mayores pasos, decisivos por otra parte, en este caso no a manos de quien podría entenderse, en principio, como legítimo acreedor de sustanciación jurídica, la CPI, sino de un tribunal más cercano y cada vez más proclive en defender los derechos allá donde se conculquen, nuestra AN⁵³, lo que más que un rechazo hacia ese Tribunal internacional ha contribuido a su vez a crear un clima favorable a su instauración.

VI. CONSIDERACIONES FINALES Y *DESIDERATUM* CONCLUSIVO

Garantizar la seguridad y la libre y pacífica convivencia de los ciudadanos se configura, pues, como una obligación prioritaria de los estados y,

⁵¹ Desde el punto de vista de la acusación del Ministerio Fiscal español, *vid.* CASTRESANA FERNÁNDEZ, C.: *La figura del acusador público ante el principio de justicia universal*, Madrid 2001.

⁵² *Vid.*, por ejemplo, la STJCE de 15 de febrero de 2007, ante una acción ejercitada contra un estado contratante por los derechohabientes de las víctimas de masacres de guerra causadas por sus fuerzas armadas en otro estado contratante. Un comentario a la misma puede consultarse en ANDRES SÁENZ DE SANTAMARÍA, P.: «Reparaciones de guerra, actos *iure imperii* y Convenio de Bruselas. A propósito de la STJCE de 15 de febrero de 2007 en el asunto *Lechouritou y otros c. República Federal de Alemania*», *La Ley*, núm. 6745, 29 de junio de 2007.

⁵³ como resalta CID CEBRIÁN, M.: «Hacia una justicia universal», *Otrosí*, núm. 71, diciembre 2005, p.47, «nuestra Audiencia Nacional empieza a ser tanto o más que la CPI una esperanza para tantas víctimas desprotegidas, al menos de nuestro mundo más próximo cultural y afectivamente hablando».

en general, de todos los poderes públicos, lo que implica la explícita obligación para todos ellos, así como para las distintas organizaciones supranacionales e internacionales competentes, de luchar contra toda clase de abusos de los derechos humanos consagrados, pero siempre, en sus justos términos, dentro del marco establecido precisamente por el *ius* propio de tales derechos y libertades fundamentales, cuyos principios son inderogables y su desconocimiento no se justifica bajo ninguna clase de circunstancia o situación.

Compete, en este sentido, a cada estado y al resto de organismos nacionales y supranacionales, a través de sus mecanismos e instituciones, mantener, en todo caso, la vigencia de que las medidas adoptadas para garantizar un sistema de seguridad latente se sitúen dentro de los márgenes y límites establecidos por los tratados, constituciones y leyes que proclaman los derechos y libertades fundamentales de las personas⁵⁴.

Es más, los mismos convenios internacionales parecen querer sumarse a la voluntad de que no exista posibilidad alguna de impunidad en casos de tortura, conculcación de los derechos humanos o crímenes de lesa humanidad, no siendo más relevante el órgano o tribunal que la exija, por lo que desde este prisma la sentencia constitucional del caso Guatemala es perfectamente encuadrable en dicho acervo internacional, como doctrina más acorde con los convenios suscritos por España.

Con igual orientación, ya la citada Resolución del Instituto de Derecho Internacional configuraba el ejercicio de la jurisdicción universal como una competencia más de los estados, de cada uno por sí mismo, sin necesidad de su sometimiento a un órgano jurisdiccional supranacional como la CPI, así como, a su vez, sin el establecimiento de relaciones que podríamos calificar de subsidiariedad entre órganos internacionales de esa misma índole, o con otro u otros estados, ni tan siquiera en relación a que resulte competente bien por consideración del *forum delicti commissi* o por anterior comienzo de actuaciones judiciales.

No obstante, de todo lo constatado, con independencia del curso normal, guiado por la doctrina constitucional –que ha venido a corregir erróneas restricciones al principio de justicia universal– y seguido por nuestra AN, a la hora de entrar a dilucidar los más horribles y execrables crímenes internacionales no por menos cabe señalar, a título de demanda y de deseo conclusivo, las necesidades que el propio presente y futuro inmediato nos

⁵⁴ No debemos olvidar cómo a lo largo de la historia se han sucedido períodos, normalmente coincidentes con procesos de involución política de uno u otro signo, en los que, paradójicamente, se ha pretendido justificar la supresión de derechos y libertades individuales, con ansias de preservar un mayor e hipotético estado de seguridad y libertad colectivo.

exige, máxime concedores de que este tribunal español no puede convertirse *strictu sensu* en la CPI, por muy buenas intenciones y razones que se esgriman, al no gozar de la capacidad necesaria –ni material, ni jurídica, ni política– para afrontar una tarea de tal envergadura.

Y es que esta Corte, junto con el protagonismo ganado por la AN, ha supuesto, sin duda, un paso positivo en el establecimiento de una justicia común que trasciende los límites de cada estado. Superada así la experiencia de tribunales internacionales nacidos al calor de contiendas y para delitos derivados de las mismas, con una competencia temporal y sustantiva limitada, el nacimiento de la CPI ha supuesto el primer gran intento por la armonización de un derecho general y el reconocimiento de la necesidad de plantear un escenario de justicia independiente más allá de las coyunturas. No obstante, todo avance que se precie –y más los que se fraguan en el concierto de naciones diversas con intereses muchas veces encontrados e influencia dispar– suele generarse con pasmosa lentitud y exige normalmente un largo período de desarrollo, de maduración, hasta que se afinan sus engranajes y se armonizan consensuadamente los motivos iniciales de aquellos que se presentan como acreedores y partícipes.

Es por ello por lo que, en la progresiva adaptación a la realidad mundial, parece oportuno dejar reflejadas ciertas posibles mejoras a incorporar en el funcionamiento y efectividad de la CPI⁵⁵, con afán no sólo de constancia sino, fundamentalmente, de velado manifiesto de concienciación y deseo de acogimiento por aquellos estados, instituciones u organismos que tengan competencias al efecto:

– Urge, así, la firma y ratificación de su Estatuto por todas las naciones y, en especial, las de nuestro entorno más cercano, lo que debe ser instado, sin cejar en ese empeño, no sólo desde los estados integrantes del Tratado, sino también desde las distintas organizaciones supranacionales e internacionales competentes⁵⁶.

⁵⁵ En cuanto a las posibles medidas a adoptar, *vid.* las «Conclusiones aprobadas en la Primera Ponencia del IX Congreso Nacional de la Abogacía Española» (Zaragoza, 26 al 28 de septiembre de 2007), *colgadas* en la página *web* del Consejo General de la Abogacía Española (<http://www.cgae.es>), así como las comunicaciones presentadas a dicho Congreso, recogidas en el *Libro de ponencias y comunicaciones...*, *ob. cit.*, en particular las de CRESPO SALORT, F. y PÉREZ, P.J. (pp. 65-70), PARAMIO ESPINOSA, M^a.A. (pp. 70-76), BERNARDO RÓDENAS, S. (pp. 91-95), ORTIZ DE ZÁRATE ORTIZ DE ZÁRATE, J.P. (pp. 181-187), PARDO GATO, J.R. (pp. 187-194)

⁵⁶ La Comisión Interamericana de Derechos Humanos de la Organización de Estados Americanos, en su resolución de 8 de diciembre de 1998, ya aconseja a los distintos Estados americanos que «suscriban el Tratado de Roma del Tribunal Penal Internacional y que introduzcan en sus legislaciones el principio de jurisdicción universal en lo relativo a la persecución de crímenes contra la humanidad».

– Abogamos para que la Asamblea de Naciones Unidas apruebe una definición, lo más clara y precisa posible, de los delitos de terrorismo y de agresión, en aras a su inclusión final en el elenco de los contemplados por el Estatuto de Roma y, así tipificados, puedan ser objeto de enjuiciamiento por la Corte, a sabiendas de que la lucha contra el terrorismo y contra toda forma de delincuencia es uno de los objetivos fundamentales de todas las instituciones democráticas, que sólo se legitima si respeta los derechos humanos y libertades fundamentales, el imperio de la ley y la democracia y la independencia judicial en todos los órdenes. Esta última afirmación no implica debilidad en la lucha antiterrorista, más al contrario, la misma sólo será eficaz si se respetan tales principios, en tanto que su derogación *legal* o su no aplicación de facto pueden llegar a destruir aquello por lo que se combate.

– Impulso, sin dilaciones, de una política, lo más amplia posible, de la erradicación de la tortura y los malos tratos⁵⁷, para lo que se deben implementar de manera inmediata los Mecanismos de Prevención de la Tortura previstos en el Protocolo de Prevención de la Tortura de Naciones Unidas, a los que ya se comprometió el ejecutivo español al momento de su ratificación.

– Perentoria es la regulación sistematizada y completa del derecho de defensa, desde el mismo inicio de las actuaciones que conciernan a la detención, así como la inclusión del español como lengua de trabajo, con motivo del análisis que proceda de la futura revisión del Estatuto de la CPI.

– Igualmente obligada es la ratificación por el Estado español del Acuerdo sobre los Privilegios e Inmunities de la CPI y la publicación en el Boletín Oficial del Estado de las correspondientes Reglas de Procedimiento y Prueba.

En todo caso, se antoja cada vez más necesario desde las instancias jurídicas españolas abogar consistentemente por una ampliación del derecho de defensa de las víctimas, como es la modificación y ampliación sustancial de las referidas Reglas de Procedimiento y Prueba de la CPI relativas a su desarrollo, garantizando suficientemente su ejercicio y procurando que las normas más progresistas y garantes de nuestro propio ordenamiento puedan, incluso, informar los procedimientos de la Corte.

A este respecto, en el ámbito del ejercicio del derecho de defensa en nuestro país, como misión de tutelar los derechos y libertades fundamen-

⁵⁷ En la actualidad la tortura está jurídicamente erradicada de todos los países civilizados y rigurosamente prohibida por los tratados internacionales (*vid.* artículo 7 del Convenio Internacional de Derechos Civiles y Políticos o el artículo 3 de la Convención Europea para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales).

tales de las personas, propugnamos la instauración, sin mayor dilación, del sistema de doble grado de jurisdicción o doble instancia plena en el proceso penal, como expresión y garantía de cumplimiento del derecho constitucional a la tutela judicial efectiva y, dentro de él, como derecho a un proceso público con las debidas garantías procesales, dotado de un eficaz sistema de recursos.

Y en el marco internacional queda pendiente de desarrollo, como reto apasionante, el necesario derecho de defensa ante la CPI con todas las garantías, tanto desde el plano sustantivo como desde el procedimental, para conseguir alcanzar tan alta finalidad como con el ejercicio jurisdiccional de este Tribunal internacional se pretende, sin menoscabar para ello la competencia en su caso de la AN, sobre todo ante posibles inhibiciones competenciales del primero que puedan ser por éste asumidas.

Como ya se pronunciara en diciembre de 2003, en la Reunión Anual de la Abogacía, la Sra. Juez, Elisabeth Odio Benito, Vicepresidenta Segunda de la Corte:

Desde edades remotas los seres humanos nos hemos preguntado que es la Justicia. La pregunta contiene tras de sí el dolor de las víctimas postergadas, la frustración de la impotencia ante la impunidad, la humillación de los vencidos ante los vencedores. Las respuestas a esa crucial pregunta nunca han sido totalmente satisfactorias. Vengan de la filosofía, de la historia o del derecho, las respuestas han carecido de un carácter comprensivo que nos abarque a todas y a todos. Nunca hasta hoy la Justicia ha sido la misma para los miembros de una sociedad.

De ahí mi convencimiento de que de la respuesta que demos hoy y en los años por venir a esa pregunta, tanto en el orden nacional como en el internacional, bien sea en su caso por medio de la justicia universal representada por la AN o a través de la CPI, depende el futuro de paz que todos los pueblos que integramos las Naciones Unidas nos comprometimos en 1945 a conformar para el bien de las generaciones venideras; debemos sino pensar que hace sólo 150 años la aplicación de una justicia universal era, a lo sumo, un sueño, una quimera, tanto en su perspectiva de un *Tribunal Global* como en la aplicación de un «principio de justicia universal por parte de jurisdicciones nacionales»⁵⁸. El ingente esfuerzo colectivo reali-

⁵⁸ Expresión utilizada por PALOU-LOVERDOS, J.: «Esperanzas para la justicia universal...», *Abogados. Revista del Consejo General de la Abogacía Española*, núm. 42, febrero 2007, p. 62.

zado en el pasado siglo ha ido convirtiendo ese sueño en realidad, poco a poco, paulatinamente, pero sin pausa.

A pesar de los males que aquejan a este planeta, de la percepción de conflicto global, de delitos internacionales omnipresentes, desde la pacificación y armonía entre las personas, las gentes y los pueblos que lo habitamos actualmente debemos reafirmarnos en la convicción argüida de que existen avances sólidos –no sin dificultades– orientados al fin de la impunidad de los crímenes internacionales, sobre los cuales habremos de sustentar nuestro futuro en aras a la deseada Justicia, cuyo icono en forma de imagen femenina de ojos vendados representa su ceguera por no tener miramientos con las partes y por ser la misma para todos, pueblos y culturas, blandiendo su balanza independientemente de a quién afecte su actuación.