

TESIS DOCTORAL

2014

**EL PRINCIPIO DE JUSTICIA UNIVERSAL Y LOS
CRÍMENES DE GUERRA**

**ABRAHAM MARTÍNEZ ALCAÑIZ
LICENCIADO EN DERECHO**

**UNIVERSIDAD NACIONAL DE EDUCACIÓN A
DISTANCIA
DEPARTAMENTO DE DERECHO PENAL Y
CRIMINOLOGÍA
FACULTAD DE DERECHO**

**DIRECTOR: JOSÉ LUIS RODRÍGUEZ VILLASANTE y PRIETO
CODIRECTORA: ALICIA GIL GIL**



TESIS DOCTORAL

2014

**EL PRINCIPIO DE JUSTICIA UNIVERSAL Y LOS
CRÍMENES DE GUERRA**

**ABRAHAM MARTÍNEZ ALCAÑIZ
LICENCIADO EN DERECHO**

**DEPARTAMENTO DE DERECHO PENAL Y
CRIMINOLOGÍA
FACULTAD DE DERECHO**

DIRECTOR: JOSÉ LUIS RODRÍGUEZ VILLASANTE y PRIETO

CODIRECTORA: ALICIA GIL GIL

AGRADECIMIENTOS

Quisiera agradecer a toda mi familia, en particular, a mi esposa, toda la paciencia, ayuda y comprensión dispensada durante todo el tiempo que he dedicado en esta investigación. En estos momentos, desearía incluir también a nuestra futura hija, Lourdes Sofía, para que pueda compartir, al igual que nosotros, la pasión por la vida y descubrir de la mejor manera posible todos los momentos buenos y malos que la misma le deparará, afrontándolos con fuerza, paciencia y ánimo de progreso en cualquier caso.

Igualmente, quisiera agradecer a mis Directores de investigación, al Doctor en Derecho, General Consejero Togado del Cuerpo Jurídico Militar (retirado) y Director del Centro de Estudios de Derecho Internacional Humanitario de la Cruz Roja, D. José Luis Rodríguez-Villasante y Prieto y a la Doctora en Derecho, Profesora Titular de Universidad en el Departamento de Derecho Penal de la UNED y Subdirectora del Instituto Universitario General Gutiérrez Mellado, D^a. Alicia Gil Gil, ya que sin su ayuda, observaciones, correcciones y horas de dedicación no habría podido afrontar esta labor. Sobre todo, quisiera agradecerles la confianza depositada en mí, sin la cual no me podría haber enfrentado a esta investigación.

Por último y no por ello menos importante, me gustaría agradecer a todos mis amigos su apoyo durante el tiempo que he dedicado a la presente investigación, desde el momento en que comencé los pertinentes cursos de doctorado hasta el actual momento.

Madrid, a 20 de enero de 2014.

LISTA DE ABREVIATURAS

- AN:** Audiencia Nacional.
AGNU: Asamblea General de Naciones Unidas.
CE: Constitución Española.
CP: Código Penal.
CPM: Código Penal Militar.
CAI: Conflicto armado internacional.
CANI: Conflicto armado no internacional.
CGI: Convenio de Ginebra de 12 de agosto de 1949, para mejorar la suerte de los heridos y enfermos de las Fuerzas Armadas en campaña.
CGII: Convenio de Ginebra de 12 de agosto de 1949, para mejorar la suerte de los heridos, enfermos y náufragos de las Fuerzas Armadas en el mar.
CGIII: Convenio de Ginebra de 12 de agosto de 1949, relativo al trato de los prisioneros de guerra.
CGIV: Convenio de Ginebra de 12 de agosto de 1949, relativo a la protección de personas civiles en tiempo de guerra.
CDI: Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas.
CIJ: Corte Internacional de Justicia.
CPI: Corte Penal Internacional.
CNU: Carta de las Naciones Unidas.
CEDH: Convenio Europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales.
CIDH: Corte Interamericana de Derechos Humanos.
CICR: Comité Internacional de la Cruz Roja.
CPIJ: Corte Permanente Internacional de Justicia.
CSNU: Consejo de Seguridad de Naciones Unidas.
CSJN: Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina.
DIH: Derecho Internacional Humanitario.
DIDH: Derecho Internacional de los Derechos Humanos.
ECPI: Estatuto de la Corte Penal Internacional.
EE.UU: Estados Unidos de América.
ECCC: Salas Extraordinarias para el enjuiciamiento de los crímenes cometidos durante el período de la Kampuchea democrática en Camboya.
EOMF: Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal.
LOPJ: Ley Orgánica del Poder Judicial.
LOCCPI: Ley Orgánica de Cooperación con la Corte Penal Internacional.
LECrIm: Ley de Enjuiciamiento Criminal.
ONU: Organización de Naciones Unidas.
PAI: Protocolo Adicional I a los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949, relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales.
PAII: Protocolo Adicional II a los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949, relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional.
PIDCP: Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

PCCPSH: Proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y Seguridad Humana de 1996.

STL: Tribunal Especial para el Líbano.

SCSL: Tribunal Especial para Sierra Leona.

TC: Tribunal Constitucional.

TS: Tribunal Supremo.

TMIN: Tribunal Militar Internacional de Nüremberg.

TMILO. Tribunal Militar Internacional para el Lejano Oriente.

TEDH: Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

TPIY: Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia.

TPIR: Tribunal Penal Internacional para Ruanda.

U.S.C.: United States Code.

ÍNDICE.-

CAPÍTULO PRIMERO.- JUSTICIA PENAL INTERNACIONAL.

1. Justicia Penal Internacional y derecho penal internacional, pág. 23.
 - 1.1. ¿Qué es la justicia penal internacional?, pág. 23.
 - 1.1.1. Ventajas de la justicia penal internacional, pág. 27.
 - 1.1.2. Desventajas de la justicia penal internacional, pág. 27.
 - 1.2. Derecho penal internacional, pág. 28.
2. Crímenes y delitos internacionales, pág. 32.
3. Intentos de implementar una justicia penal internacional a consecuencia de la Primera Guerra Mundial, pág. 38.
 - 3.1. Observaciones generales, pág. 38.
 - 3.2. El Tratado de Versalles de 1919, pág. 39.
 - 3.3. Objeciones al Tratado de Versalles, pág. 43.
 - 3.4. La Comisión sobre la responsabilidad de los autores de la guerra y sobre la aplicación de las penas por la violación de las leyes y costumbres de la guerra, del año 1919 de la Conferencia de Paz, pág. 45.
4. Los Tribunales Militares Internacionales de Nüremberg y Tokio, pág. 47.
 - 4.1. El Tribunal Militar Internacional de Nüremberg, pág. 49.
 - 4.1.1. Legitimidad, pág. 51.
 - 4.1.2. Críticas al sistema instaurado en Nüremberg, pág. 53.
 - 4.1.3. Legado, pág. 57.
 - 4.2. El Tribunal Militar Internacional de Tokio, pág. 59.
 - 4.3. La Ley núm. 10 del Consejo del Control Aliado, pág. 60.
5. Los Tribunales Penales Internacionales para la antigua Yugoslavia y para Ruanda, pág. 62.
 - 5.1. Origen, pág. 62.
 - 5.2. Base legal para el establecimiento de los tribunales penales internacionales, pág. 66.
 - 5.3. La jurisdicción concurrente de los tribunales, pág. 70.
6. Los Tribunales Internacionales Híbridos o Mixtos, pág. 71.
7. La Corte Penal Internacional, pág. 73.
 - 7.1. Antecedentes de un tribunal penal internacional permanente, pág. 73.
 - 7.2. Competencia de la Corte Penal Internacional, pág. 77.
 - 7.3. La jurisdicción de la Corte: el umbral determinado, pág. 79.

CAPÍTULO SEGUNDO.- LA JURISDICCIÓN.

1. Concepto, pág. 81.
2. Principios de atribución de la jurisdicción penal, pág. 90.

- 2.1. Principio de territorialidad, pág. 91.
 - 2.1.1. Ordenamiento jurídico español, pág. 96.
- 2.2. Principio de personalidad, pág. 97.
 - 2.2.1. Principio de personalidad absoluto, pág. 99.
 - 2.2.2. Principio de personalidad mixto, pág. 99.
 - 2.2.3. Principio de personalidad pasiva, pág. 99.
 - 2.2.4. Principio de personalidad activa, pág. 102.
 - 2.2.5. Ordenamiento jurídico español, pág. 105.
- 2.3. Principio de protección de intereses, pág. 106.
 - 2.3.1. Ordenamiento jurídico español, pág. 108.
- 2.4. Principio de beligerancia, pág. 109.
 - 2.4.1. Ordenamiento jurídico español, pág. 120.
- 2.5. Principio de justicia supletoria, pág. 123.

CAPÍTULO TERCERO.- EL PRINCIPIO DE JUSTICIA UNIVERSAL.

1. Orígenes, pág. 127.
2. Concepto, pág. 138.
 - 2.1. Protección penal de determinados bienes jurídicos, pág. 138.
 - 2.2. Protección de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario, pág. 143.
 - 2.2.1. Los derechos humanos, pág. 143.
 - 2.2.2. El derecho internacional humanitario, pág. 149.
 - 2.2.2.1. Finalidad y concepto, pág. 149.
 - 2.2.2.2. Solapamiento entre el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho internacional humanitario, pág. 151.
 - 2.2.2.3. Diferencias entre el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho internacional humanitario, pág. 153.
 - 2.3. Definición, pág. 157.
 - 2.4. Naturaleza y gravedad de los hechos, pág. 165.
 - 2.5. Evitación de la impunidad, pág. 171.

CAPÍTULO CUARTO.- FUENTES Y CLASES DEL PRINCIPIO DE JUSTICIA UNIVERSAL.

1. Fuentes, pág. 175.
 - 1.1. Obligación de aplicar la justicia universal, pág. 175.
 - 1.1.1. Jurisdicción universal primaria, pág. 178.
 - 1.1.2. Jurisdicción universal subsidiaria, pág. 178.

- 1.1.3. Jurisdicción universal supletoria, pág. 180.
- 1.2. Facultad de aplicar la justicia universal, pág. 180.
- 1.3. Fuentes convencionales y consuetudinarias, pág. 182.
 - 1.3.1. Normas convencionales que justifican la aplicación del principio de justicia universal, pág. 182.
 - 1.3.2. Normas consuetudinarias que justifican la aplicación del principio de justicia universal, pág. 183.
- 1.4. ¿Es la jurisdicción universal una obligación *erga omnes* impuesta por el derecho internacional a causa de la naturaleza *ius cogens* de los crímenes internacionales?, pág. 185.
 - 1.4.1. Normas de *ius cogens*, pág. 185.
 - 1.4.1.1. Finalidad, pág. 185.
 - 1.4.1.2. Concepto, pág. 187.
 - 1.4.1.3. Práctica judicial sobre normas de *ius cogens*, pág. 189.
 - 1.4.1.4. Ejemplos de normas de *ius cogens*, pág. 191.
 - 1.4.2. Normas de eficacia *erga omnes*, pág. 193.
 - 1.4.3. Consecuencias jurídicas de la violación de normas de *ius cogens* y eficacia *erga omnes*, pág. 196.
2. Clases de jurisdicción universal, pág. 198.
 - 2.1. Jurisdicción universal absoluta, pág. 198.
 - 2.2. Jurisdicción universal relativa, pág. 206.
 - 2.3. Jurisdicción universal territorial, pág. 206.
3. Postura de la comunidad internacional en relación a la jurisdicción universal, pág. 210.

CAPÍTULO QUINTO.- LA OBLIGACIÓN *AUT DEDERE AUT IUDICARE*.

1. Concepto y antecedentes, pág. 215.
 - 1.1. Concepto, pág. 215.
 - 1.2. Antecedentes, pág. 217.
2. Fuentes de la obligación, pág. 221.
3. Alcance del principio *aut dedere aut iudicare*, pág. 228.
 - 3.1. La extradición, pág. 228.
 - 3.1.1. La extradición activa y el principio de jurisdicción universal, pág. 230.
 - 3.1.2. La extradición pasiva y el principio de jurisdicción universal, pág. 235.
 - 3.1.3. Principios de la extradición, pág. 239.
 - 3.1.4. Objeciones, pág. 242.
 - 3.2. Sometimiento a las autoridades competentes para el ejercicio de la acción penal o del enjuiciamiento, pág. 249.

- 3.2.1. Acción penal, pág. 250.
- 3.2.2. Enjuiciamiento, pág. 252.
- 3.2.3. Principio “*aut iudicare*” en relación a los crímenes de guerra que constituyan infracciones graves del DIH, pág. 253.
4. Relación y diferencias con la justicia universal, pág. 255.
 - 4.1. Relaciones, pág. 256.
 - 4.2. Diferencias, pág. 257.

CAPÍTULO SEXTO.- CRÍMENES Y DELITOS INTERNACIONALES SUSCEPTIBLES DE ENJUICIARSE EN APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE JUSTICIA UNIVERSAL.

1. Piratería, pág. 261.
2. Esclavitud, pág. 265.
3. Falsificación de moneda, pág. 269.
4. Genocidio, pág. 270.
5. Terrorismo transnacional e internacional, pág. 275.
 - 5.1. Clases de terrorismo, pág. 276.
 - 5.1.1. Terrorismo interno, pág. 276.
 - 5.1.2. Terrorismo transnacional, pág. 277.
 - 5.2. Concepto de terrorismo, pág. 279.
 - 5.3. Finalidad de los tratados de lucha contra el terrorismo, pág. 282.
 - 5.4. El terrorismo como delito internacional, pág. 283.
 - 5.5. El principio de justicia universal a la luz de los tratados internacionales de lucha contra el terrorismo, pág. 285.
 - 5.5.1. Naturaleza consuetudinaria, pág. 285.
 - 5.5.2. Persecución universal del terrorismo, pág. 290.
 - 5.5.3. ¿Jurisdicción universal obligatoria o facultativa?, pág. 294.
6. Tortura, pág. 298.
7. Crímenes de lesa humanidad, pág. 304.

CAPÍTULO SÉPTIMO.- PERSECUCIÓN UNIVERSAL DE LOS CRÍMENES DE GUERRA.

1. Aspectos generales de los crímenes de guerra, pág. 308.
 - 1.1. Antecedentes, pág. 308.
 - 1.2. Concepto, pág. 313.
 - 1.2.1. Diferencias entre los crímenes de guerra y las infracciones graves del derecho internacional humanitario, en particular, de los Convenios de Ginebra de 1949 y del Protocolo Adicional I de 1977, relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales, pág. 318.

- 1.2.2. Las infracciones graves, las violaciones graves y otras contravenciones de los Convenios de Ginebra de 1949 y del Protocolo Adicional de 1977, pág. 321.
 - 1.3. Evolución de los crímenes de guerra, pág. 325.
 - 1.3.1. El Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Nüremberg, pág. 325.
 - 1.3.2. El Estatuto del Tribunal Penal Internacional de la antigua Yugoslavia, pág. 327.
 - 1.3.3. El Estatuto del Tribunal Penal Internacional para Ruanda, pág. 328.
 - 1.3.4. El Estatuto de la Corte Penal Internacional, pág. 330.
 - 1.4. Requisitos de los crímenes de guerra, pág. 334.
 - 1.4.1. Existencia de un conflicto armado, pág. 334.
 - 1.4.1.1. Conflictos armados internacionales, pág. 336.
 - 1.4.1.2. Conflictos armados no internacionales, pág. 337.
 - 1.4.1.3. Conflictos armados mixtos, pág. 341.
 - 1.4.2. Conexión entre el conflicto armado y el crimen de guerra, pág. 341.
 - 1.4.3. Elementos subjetivos del tipo, pág. 344.
 - 1.4.4. Gravedad del hecho punible, pág. 345.
2. La persecución universal de las infracciones graves del derecho internacional humanitario, pág. 347.
 - 2.1. Antecedentes, pág. 347.
 - 2.2. Cuestiones generales sobre la jurisdicción universal instaurada en los Convenios de Ginebra de 1949 y el Protocolo Adicional I de 1977, pág. 348.
 - 2.3. Criterios para determinar la jurisdicción preferente, pág. 352.
3. El Estatuto de la Corte Penal Internacional, pág. 354.
 - 3.1. Complementariedad de la Corte Penal Internacional respecto de las jurisdicciones nacionales, pág. 354.
 - 3.2. ¿Puede la Corte Penal Internacional perseguir crímenes de guerra bajo el principio de jurisdicción universal?, pág. 359.
4. Consideraciones sobre la persecución universal de las violaciones graves del derecho internacional humanitario cometidas durante una contienda armada no internacional, pág. 360.
 - 4.1. El art. 3 común a los Convenios de Ginebra de 1949, pág. 361.
 - 4.2. Violaciones graves del Protocolo Adicional II, pág. 363.
 - 4.3. Jurisdicción universal facultativa sobre las violaciones graves del derecho internacional humanitario cometidas en un conflicto armado interno, pág. 367.

CAPÍTULO OCTAVO.- LÍMITES A LA JURISDICCIÓN UNIVERSAL.

1. La inmunidad de jurisdicción, pág. 373.
 - 1.1. Introducción, pág. 373.
 - 1.2. Antecedentes de la irrelevancia del cargo oficial ante tribunales penales internacionales, pág. 376.
 - 1.3. La relevancia del cargo oficial en los procesos judiciales nacionales, pág. 382.
 - 1.4. Clases de inmunidad, pág. 383.
 - 1.4.1. Inmunidad *ratione materiae*, pág. 383.
 - 1.4.2. Inmunidad *ratione personae*, pág. 385.
 - 1.5. Excepciones en sede doméstica a la inmunidad por la comisión de crímenes internacionales, pág. 388.
 - 1.6. Inmunidad *versus* crímenes internacionales de *ius cogens*, pág. 389.
2. *Non bis in ídem*, pág. 391.
 - 2.1. Concepto, pág. 391.
 - 2.2. Regulación en el derecho internacional, pág. 393.
 - 2.2.1. El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, pág. 395.
 - 2.2.2. El Protocolo 7 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, pág. 396.
 - 2.2.3. Otros convenios regionales en el ámbito de la Unión Europea, pág. 397.
 - 2.2.4. Convención Americana de Derechos Humanos, pág. 399.
 - 2.2.5. El *non bis in ídem* en el derecho penal internacional, pág. 401.
 - 2.3. Fundamento, pág. 407.
 - 2.4. Naturaleza, pág. 408.
 - 2.5. Presupuestos del *non bis in ídem*, pág. 409.
 - 2.5.1. Identidad subjetiva, pág. 409.
 - 2.5.2. Identidad de objetiva, pág. 410.
 - 2.5.3. Identidad de fundamento, pág. 412.
 - 2.5.4. Formalidad debida en la resolución judicial, pág. 413.
 - 2.6. *Non bis in ídem* v. jurisdicción universal, pág. 413.
 - 2.6.1. Conflictos entre órganos judiciales internacionales y nacionales, pág. 415.
 - 2.6.2. Conflictos entre órganos judiciales nacionales de distintos Estados, pág. 417.
3. La prescripción, pág. 419.
 - 3.1. Concepto, pág. 419.
 - 3.2. Naturaleza, pág. 420.
 - 3.3. Fundamento, pág. 421.

- 3.4. La Convención de las Naciones Unidas de 1968 sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y lesa humanidad, pág. 426.
- 3.5. La Corte Penal Internacional, pág. 432.
- 3.6. Divergencias entre la justicia universal y la imprescriptibilidad de los crímenes internacionales, pág. 433.
- 4. Leyes de amnistía e impunidad, pág. 435.
 - 4.1. Cuestiones generales, pág. 435.
 - 4.2. Concepto, pág. 439.
 - 4.3. Fundamentos de la amnistía, pág. 441.
 - 4.4. Efectos jurídicos de las amnistías frente a tribunales penales internacionales y tribunales nacionales de otros Estados, pág. 447.

CAPÍTULO NOVENO.- EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD.

- 1. El principio *nullum crimen sine lege* a la luz del derecho internacional, pág. 457.
 - 1.1. La Declaración Universal de Derechos Humanos, pág. 463.
 - 1.2. El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, pág. 465.
 - 1.3. El Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales, pág. 472.
 - 1.4. La Corte Penal Internacional, pág. 480.
- 2. Práctica judicial en relación al principio de legalidad, pág. 483.
 - 2.1. Procesos de carácter internacional, pág. 483.
 - 2.1.1. Nüremberg, pág. 483.
 - 2.1.2. Tokio, pág. 484.
 - 2.1.3. Juicios en aplicación de la Ley nº 10 del Consejo de Control Aliado, pág. 485.
 - 2.1.4. Tribunales Penales Internacionales *ad hoc* y mixtos, pág. 487.
 - 2.2. Procesos de carácter nacional, pág. 489.
- 3. Breves reflexiones sobre el principio *nullum crimen sine lege* en el derecho internacional, pág. 495.
- 4. El principio de legalidad en el derecho español, pág. 497.
 - 4.1. La sentencia de la Audiencia Nacional en el caso *Scilingo*, pág. 500.
 - 4.2. La sentencia del Tribunal Supremo en el caso *Scilingo*, pág. 505.

CAPÍTULO DÉCIMO.- DERECHO COMPARADO.

- 1. Países con un sistema de *civil law*, pág. 509.
 - 1.1. Alemania, pág. 509.
 - 1.2. Bélgica, pág. 517.

- 1.3. Francia, pág. 521.
- 1.4. Países Bajos, pág. 524.
2. Países con un sistema de *common law*, pág. 529.
 - 2.1. Reino Unido, pág. 529.
 - 2.2. Canadá, pág. 533.
 - 2.3. Australia, pág. 536.
 - 2.4. Estados Unidos, pág. 537.

CAPÍTULO UNDÉCIMO.- EL TÍTULO JURISDICCIONAL UNIVERSAL EN EL DERECHO ESPAÑOL.

1. Orígenes, pág. 545.
 - 1.1. Ley del año 1870 del Poder Judicial, pág. 545.
 - 1.2. Código de Justicia Militar del año 1945, pág. 547.
2. Régimen actual, pág. 549.
 - 2.1. Ley Orgánica del Poder Judicial del año 1985, pág. 549.
 - 2.2. Práctica judicial anterior a la reforma llevada a cabo por la Ley Orgánica 1/2009, pág. 552.
 - 2.2.1. El caso *Guatemala* ante el Tribunal Supremo, pág. 554.
 - 2.2.2. El caso *Scilingo*, pág. 558.
 - 2.2.3. El caso *Guatemala* ante el Tribunal Constitucional, pág. 559.
 - 2.2.4. Otros casos, pág. 561.
 - 2.2.5. El caso *Gaza*, pág. 563.
 - 2.3. Problemática sobre la nueva redacción del art. 23.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, pág. 568.
 - 2.4. Vinculaciones requeridas tras la nueva enmienda, pág. 576.
 - 2.4.1. Existencia de víctimas españolas, pág. 577.
 - 2.4.2. Existencia de vínculo de conexión relevante con España, pág. 583.
 - 2.4.3. La presencia del presunto responsable en territorio español, pág. 585.
 - 2.5. Principio de subsidiariedad v. principio de concurrencia, pág. 592.
 - 2.5.1. Necesidad de un proceso judicial, pág. 599.
 - 2.5.2. Proceso judicial efectivo, pág. 600.
 - 2.6. Interpretación del término “*sin perjuicio*”, pág. 603.
3. Crímenes de guerra y justicia universal, pág. 605.
4. Cooperación internacional con la Corte Penal Internacional, pág. 609.
5. Proposición de Ley Orgánica de modificación de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, relativa a la justicia universal, de enero de 2014, pág. 616.
 - 5.1. Los crímenes de guerra, pág. 618.
 - 5.1.1. Nexos requeridos, pág. 620.

- 5.1.1.1. Nacionalidad española del responsable, pág. 620.
- 5.1.1.2. Nacionalidad extranjera del responsable, pág. 621.
- 5.2. Cláusula *aut dedere aut iudicare*, pág. 622.
- 5.3. Eliminación de la cláusula de salvaguarda del derecho internacional, pág. 623.
- 5.4. Exclusión de la acción popular, pág. 624.
- 5.5. Control jurisdiccional de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo sobre procedimientos penales iniciados en el extranjero, pág. 626.

CONCLUSIONES.

BIBLIOGRAFÍA.

INTRODUCCIÓN

En los últimos años hemos podido observar como la comunidad internacional hacía frente a nuevas situaciones criminales que perjudicaban o ponían seriamente en peligro la paz y seguridad internacional y los derechos humanos más relevantes de nuestro momento. Los mecanismos empleados han sido diversos, desde la creación de tribunales penales internacionales *ad hoc* e híbridos, hasta la constitución de la Corte Penal Internacional, culminándose de esta manera el desarrollo del derecho penal internacional, sin perjuicio de las posteriores modificaciones que pueda sufrir esta rama del derecho y la evolución inherente que queda pendiente según vayan resolviéndose las causas que están instruyendo por crímenes internacionales. Sin embargo, no podemos olvidar que las jurisdicciones nacionales siempre han tenido y tendrán un papel fundamental en la represión de los comportamientos punibles referidos. La competencia jurisdiccional de los tribunales del *locus delicti* para juzgar los crímenes y delitos internacionales cometidos en su territorio es incontestable. Aun así, existen situaciones en las que por causas sobrevenidas o por la propia voluntad de los Estados, no pueden juzgar dichos injustos penales. Ante esta situación solamente quedan dos opciones para juzgar tales delitos, la justicia penal internacional y la justicia nacional de terceros Estados, principalmente la universal.

Desde esta perspectiva se ha elaborado la presente investigación, efectuando una consideración especial al estudio de los crímenes de guerra y su persecución universal. La aplicación de la justicia universal por diversos Estados para juzgar crímenes internacionales, incluidos los crímenes de guerra, ha conllevado que la doctrina estudie en profundidad este título jurisdiccional. Numerosos inconvenientes se han planteado al uso de este principio jurisdiccional, en concreto, la injerencia en asuntos internos de otro Estado. Lejos de lo antedicho, la justicia universal puede ser un mecanismo óptimo para juzgar aquellos crímenes internacionales que no lo estén siendo por los tribunales penales internacionales ni por los tribunales del *locus delicti*. Lo

importante en la aplicación de este principio es que su uso sea adecuado, es decir, en situaciones excepcionales que pueda observarse que los crímenes presuntamente cometidos puedan quedar sin enjuiciamiento. Esto conllevará que los Estados tengan perfectamente tipificado en su ordenamiento jurídico los delitos que pretenden juzgar, así como la habilitación jurisdiccional correspondiente, en suma, justicia universal.

El año 1998, desde mi punto de vista, supuso un punto de inflexión en el ejercicio de la jurisdicción universal para juzgar crímenes internacionales. La solicitud de extradición de *Augusto Pinochet*, antiguo Jefe de Estado de Chile, por órganos judiciales españoles hizo temblar los cimientos de la comunidad internacional y de la doctrina científica, analizándose la legitimidad que podían tener nuestros tribunales para juzgar crímenes cometidos en otro territorio en aplicación de la justicia universal. A partir de ese momento numerosos casos se plantearon ante nuestros tribunales y otros de distintos Estados para intentar juzgar crímenes internacionales que no lo estaban siendo en ningún sitio, especialmente en el territorio del *locus delicti*. Ahora bien, en estos momentos resulta imprescindible analizar el lugar que ocupa la justicia universal, ante la existencia de diversos órganos judiciales internacionales encargados de juzgar crímenes internacionales.

A lo largo de la investigación he intentado analizar el lugar que ocupa actualmente la justicia universal, su legitimación, fundamento y sus límites, aspecto importante que considero no ha sido tratado con profundidad. Así, en el primer capítulo he analizado la justicia penal internacional, la cual hemos de diferenciarla de la justicia universal, los antecedentes de aquella, su fundamento, concepto y su manifestación en la actualidad a través de los distintos órganos judiciales internacionales existentes. Posteriormente, se estudia el concepto de jurisdicción, base sobre la que se asentará la justicia universal. Los diferentes títulos jurisdiccionales existentes resulta esencial para comprender el alcance de la justicia universal. Dentro de estos distintos títulos jurisdiccionales he incluido el principio de beligerancia, que considero ha sido

dejado de lado durante mucho tiempo y constituye junto con el principio de justicia supletoria el origen de la justicia universal para crímenes de guerra, con las diferencias que les separan en todo caso. A continuación se estudia el principio de justicia universal, su origen, concepto, fundamento y distintas clases existentes, toda vez que considero que no hay un único modelo de justicia universal, sino que nos encontramos ante diversas variantes de aplicación de la justicia universal. El principio *aut dedere aut iudicare* también es objeto de estudio, al estar relacionado directamente, en muchos casos, con la justicia universal. En este sentido he centrado la atención en la institución de la extradición, la cual facilitará la entrega de responsables de crímenes internacionales para que puedan ser juzgados en tribunales distintos de los del *locus delicti*. Dicho lo anterior, nos centramos en el estudio de los distintos crímenes y delitos internacionales que pueden ser objeto de persecución mediante el título jurisdiccional universal, con especial atención del delito de terrorismo.

El estudio de los crímenes de guerra ocupa un lugar importante en la presente investigación. El análisis de los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949 y del Protocolo Adicional I y II a los mismos de 1977, determinará las peculiaridades encontradas en estos convenios internacionales, únicos en el derecho internacional, ya que los mismos contemplan la justicia universal obligatoria, primaria, concurrente y absoluta, a excepción del Protocolo Adicional II citado. Dentro de los crímenes de guerra he centrado la atención en su origen y requisitos, analizando la jurisprudencia del Tribunal penal Internacional para la Yugoslavia quien se ha ocupado en profundidad de este asunto. Un aspecto relevante del estudio se centra en diferenciar las distintas infracciones que se pueden cometer durante un conflicto armado, las cuales tendrán distintas consecuencias jurídicas. Igualmente, los crímenes de guerra cometidos en conflictos armados internos son objeto de análisis, toda vez que los mismos han sido dejados fuera del sistema de eficacia del derecho internacional humanitario, aunque en la actualidad puede observarse una implicación mayor de los Estados en enjuiciarlos, a través de la justicia penal

internacional, sin perjuicio de la facultad que tienen los Estados para perseguirlos.

Llegados a este punto, resulta necesario estudiar los límites de la justicia universal, aspecto importante que facilita la comprensión y dificultad de la aplicación de este título jurisdiccional. La inmunidad, prescripción, *non bis in ídem* y amnistías son analizadas y puestas en relación con la justicia universal. En capítulo aparte nos ocupamos del principio de legalidad, postulado esencial del derecho penal, tanto nacional como internacional, que puede ser considerado como un límite a la justicia universal si los Estados no tienen debidamente tipificados los delitos en su ordenamiento jurídico. Este principio es tratado desde una perspectiva internacional y nacional, con atención especial al ordenamiento jurídico español. El derecho comparado también es objeto de análisis en esta investigación, ya que facilitará comprender como afrontan los Estados de nuestro entorno el principio de justicia universal. Por último, nos ocupamos del principio referido en nuestro ordenamiento jurídico, sus antecedentes, aplicación y actual modificación sufrida, la cual ha limitado considerablemente su ámbito de aplicación.

Se ha tenido en cuenta en la elaboración de la tesis la doctrina existente sobre el estudio de la materia a tratar, principalmente la española y anglosajona. La jurisprudencia de los tribunales que se han ocupado del análisis de los crímenes de guerra o de la justicia universal también ha sido objeto de estudio. Considero que era necesario tratar la justicia universal en la actualidad, apreciar sus límites, consecuencias, problemas y legitimidad, sobre todo ante la comisión abrumadora de crímenes de guerra y el papel que están jugando los distintos tribunales internacionales existentes en su enjuiciamiento.

CAPÍTULO PRIMERO: LA JUSTICIA PENAL INTERNACIONAL.

El principio de justicia universal¹ se ha desarrollado a partir del siglo XX, sin perjuicio de que delitos tales como la piratería o la trata de esclavos ya fueran en el siglo XIX perseguidos universalmente con base en la costumbre internacional². La finalidad de la justicia universal es poder enjuiciar a los responsables de los delitos más graves que atentan contra la comunidad internacional, es decir, los crímenes internacionales³. Ciertamente, la práctica ha demostrado que tanto los tribunales penales internacionales, en virtud de la justicia penal internacional, como los tribunales estatales, en aplicación de los títulos jurisdiccionales existentes, entre ellos, el de jurisdicción universal, constituyen los principales mecanismos para enjuiciar a los responsables de la comisión de crímenes internacionales⁴. Sin embargo, no debemos confundir la justicia penal internacional con la justicia universal. Algunos autores han contribuido a ello, pues al estudiar ciertos antecedentes jurisdiccionales de los crímenes de guerra los han relacionado con el título jurisdiccional universal,

¹ La resolución de la UNTAET Regulation n° 2000/15, de 6 de junio, nos ofrece una primera aproximación al término de jurisdicción universal, al indicar en la sección 2.2 en relación a la competencia jurisdiccional de los Paneles de Timor-Leste que: «*For the purposes of the present regulation, "universal jurisdiction" means jurisdiction irrespective of whether: (a) the serious criminal offence at issue was committed within the territory of East Timor; (b) the serious criminal offence was committed by an East Timorese citizen; or (c) the victim of the serious criminal offence was an East Timorese citizen*»; cfr. A. ZIMMERMANN. 2006, «Violations of Fundamental Norms of International and the Exercise of Universal Jurisdiction in Criminal Matters», en *The Fundamental Rules of the International Legal Order*, Editores: C. TOMUSCHAT y J.M. THOUVENIN, Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, pág. 336.

² K. C. RANDALL. 1988, «Universal jurisdiction under international law», en *Texas Law Review*, Vol. 66, pág. 791; L. N. SADAT. 2001, «Redefining Universal Jurisdiction», en *New England Law Review*, Vol. 35, n° 2, pág. 244; cfr. I. BLANCO CORDERO. 2004, «Crisis del principio de jurisdicción universal en el derecho penal internacional contemporáneo», en *Diario La Ley*, núm. 5980 y 5981, Ref. D-69, pág. 9; A. I. PÉREZ CEPEDA. 2012, «Principio de Justicia penal universal v. principio de Jurisdicción penal internacional», en *El Principio de Justicia Universal: Fundamentos y límites*, Directora: A. I. PÉREZ CEPEDA, Valencia: Tirant Lo Blanch, pág. 63.

³ Como principal referente sobre los hechos punibles que pueden juzgarse mediante el principio de justicia universal, podemos citar el Proyecto de Principios de *Princeton* sobre Jurisdicción Universal, en cuyo art. 2.1 se enumeran los delitos susceptibles de ser perseguidos bajo este título jurisdiccional, siendo éstos la piratería, la esclavitud, los crímenes de guerra, crimen de agresión, crímenes contra la humanidad, genocidio y tortura, disponible en http://www.law.depaul.edu/centers_institutes/ihrli/downloads/Princeton%20Principles.pdf, *The Princeton Principles on Universal Jurisdiction*, Princeton University, New Jersey. 2001.

⁴ Cfr. A. ZAHAR y G. SLUITER. 2008, «*International Criminal Law. A critical introduction*», Oxford: Oxford University Press, pág. 4, como bien indican estos autores los tribunales penales internacionales han servido para recordar a los Estados que ellos poseen la jurisdicción primaria para perseguir los crímenes internacionales.

cuando en realidad lo que se estaba aplicando era, simplemente, el viejo principio de beligerancia o la justicia penal internacional. Si bien es cierto que ésta podría tener ciertas connotaciones de universalidad⁵, en realidad no tiene nada que ver con la justicia universal. Esta última es ejercida por los Estados, aplicando normalmente su ley penal, mientras que la justicia penal internacional supone el enjuiciamiento de crímenes internacionales por tribunales internacionales *ad hoc*, salvo la Corte Penal Internacional (en adelante, CPI) que es permanente, aplicando preferentemente derecho penal internacional. Estos tribunales normalmente tienen su origen en resoluciones emanadas del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas (en adelante, CSNU), sin perjuicio de otros que pueden surgir mediante un acuerdo concreto, entre un Estado y las Naciones Unidas u otros Estados entre sí. La justicia penal internacional está limitada a lo que se denomina *macrocriminalidad*. Dentro de este término se pueden incluir aquellos injustos de naturaleza grave, masivos y cometidos desde el Estado o con tolerancia de éste, siendo indiferente que los autores materiales sean o no agentes estatales⁶. En suma, la justicia penal internacional podría consistir en una trasplatación del poder punitivo estatal a determinados ámbitos internacionales, hallándonos, como manifiesta PASTOR, ante la internacionalización del derecho penal⁷.

⁵ Cfr. A. I. PÉREZ CEPEDA. 2012, “Principio de...”, *loc cit*, pág. 62, quien entiende que la justicia universal en un sentido amplio integra el ejercicio de la jurisdicción penal internacional por tribunales internacionales y domésticos.

⁶ D. N. PASTOR. 2006, “*El poder penal internacional. Una aproximación jurídica crítica a los fundamentos del Estatuto de Roma*”, Barcelona: Atelier, pág. 26; K. AMBOS. 2005, “*Parte General del Derecho Penal Internacional. Bases para una elaboración dogmática*”, Traducción de E. MALARINO, Montevideo: Konrad Adenauer, pág. 44 y ss.; cfr. R. CRYER, H. FRIMAN, D. ROBINSON Y E. WILMSHURST. 2008, “*An Introduction to International Criminal Law*”, Cambridge: Cambridge University Press, pág. 17.

⁷ D. N. PASTOR. 2006, “El poder...”, *loc cit*, pág. 26. Un ejemplo de justicia penal internacional fue el denominado juicio de *Breisach*, por el cual se juzgó al Gobernador VON HAGENBACH, «por haber pisoteado las leyes de Dios y del hombre». El tribunal, el cual estaba formado por una coalición victoriosa, halló culpable al acusado por haber cometido crímenes que tenía la obligación de prevenir. Este caso puede ser citado como uno de los antecedentes más antiguos sobre la irrelevancia de la obediencia debida, de juicios por la comisión de crímenes de guerra y del surgimiento de la justicia penal internacional, cfr. J. DOBOVSEK. 2008, “*Derecho Internacional Penal*”, Buenos Aires: La Ley, pág. XXXIII y ss.; G. SCHWARZENBERGER 1947, “The Judgment of Nüremberg”, *Tulane Law Review*, Vol. XXI marzo, nº 3, pág. 331; *Enciclopedia Universal Ilustrada Europeo Americana*, Madrid/Barcelona/Bilbao: Espasa e hijos, 1925, tomo XXVII, p. 513, voz *Hagenbach (Pedro de)*; cfr. F. PIGNATELLI Y MECA. 2007, “La punición de las infracciones del derecho internacional humanitario: los tribunales internacionales de crímenes de guerra”, en *Derecho*

1. Justicia penal internacional y derecho penal internacional.

1.1. ¿Qué es la justicia penal internacional?

Desde el momento en que un individuo comete un delito surge su responsabilidad penal, la cual se traduce en la obligación que tienen los Estados de perseguirlo, a fin de someterle a la justicia. Existe un interés público⁸ en la persecución del delito, ya que tales conductas resultan intolerables para la sociedad⁹, por lo que el Estado¹⁰ tipificará como delitos ciertos comportamientos que perjudiquen una serie de bienes jurídicos protegidos determinados¹¹. El justiciable, normalmente, será sometido a un proceso penal por parte de los tribunales del territorio, aplicándose la legislación interna del Estado. En síntesis, queda subordinado al *ius puniendi* del Estado¹². Las apreciaciones efectuadas podrían trasladarse al ámbito de la justicia penal internacional, toda vez que en ésta también rige el principio de responsabilidad penal, es decir, existe un interés supranacional para reprimir la comisión de los crímenes más atroces que afectan a la sociedad internacional¹³. Actualmente, los crímenes internacionales están tipificados, por un lado, en el Estatuto de la CPI, que es la principal norma penal internacional, quedando sometidos al *ius puniendi* de los Estados Parte de dicho convenio, siempre y

Internacional Humanitario, Coord. J.L. RODRÍGUEZ VILLASANTE y PRIETO, Valencia: Tirant Lo Blanch, pág. 770 a 772.

⁸ G. JAKOBS. 1997, *“Derecho Penal. Parte General: fundamentos y teoría de la imputación”*, Madrid: Marcial Pons, pág. 12.

⁹ V. MORENO CATENA y V. CORTÉS DOMINGO. 2010, *“Derecho Procesal Penal”*, Valencia: Tirant Lo Blanch, pág. 36; S. MIR PUIG. 2008, *“Derecho Penal. Parte General”*, Barcelona: Reppertor, pág. 39; M. COBO DEL ROSAL Y T.S. VIVES ANTÓN. 1999, *“Derecho Penal. Parte General”*, Valencia: Tirant Lo Blanch, pág. 59 y; H. WELZEL. 1956, *“Derecho Penal. Parte General”*, Buenos Aires: Roque Depalma, pág. 3.

¹⁰ S. MIR PUIG. 2010, *loc cit*, pág. 40.

¹¹ A. GIL GIL, J.M. LACRUZ LÓPEZ, M. MELENDO PARDOS y J. NÚÑEZ FERNÁNDEZ. 2011, *“Curso de Derecho penal. Parte General”*, Madrid: Dykinson, pág. 6 y 7, consideran el derecho penal como aquel sector del ordenamiento jurídico cuyo fin es proteger bienes jurídicos del individuo y de la sociedad, a fin de mantener el orden social.

¹² S. MIR PUIG. 2010, *loc cit*, pág. 42; C. ROXIN. 2008, *“Derecho Penal. Parte General: Fundamentos. La estructura de la teoría del delito”*, Madrid: Thomson Civitas, pág. 43.

¹³ D. N. PASTOR. 2006, “El poder penal...”, *loc cit*, pág. 24, quien hace una comparación acertada de la justicia penal internacional con el derecho penal doméstico, significando que se practicó una especie de analogía del derecho interno, es decir, del contrato civil interno se pasó al tratado de derecho internacional; D. ZOLO. 2007, *“La justicia de los vencedores. De Nüremberg a Bagdad”*, Madrid: Trotta, pág. 158.

cuando los hayan incorporado en su ordenamiento penal en virtud del principio de complementariedad, y por otro lado, en los Estatutos de los tribunales penales internacionales *ad hoc*. Ante esta situación, puede observarse que existen dos posibilidades de represión penal, la nacional o la internacional. En relación a la jurisdicción nacional, el Estado del *locus delicti* será el preferente para enjuiciar los crímenes internacionales cometidos¹⁴. Con respecto a la jurisdicción penal internacional, existen situaciones en las que los poderes del Estado no están en condiciones de juzgar a determinados criminales, ya sea por el alto rango estatal que ocupan, por el posible desencadenamiento o continuación de un conflicto armado si se inicia un procedimiento penal, porque ha sido el propio Estado quién ha participado o mostrado su aquiescencia en los crímenes¹⁵, por la falta de implementación en el derecho interno de los principales convenios del derecho penal internacional¹⁶ o por la propia gravedad de los crímenes internacionales cometidos. A su vez, la ausencia de nexo alguno con el crimen hace que los Estados tengan apatía en aplicar el principio de justicia universal. En estos supuestos es cuando entra en juego la justicia penal internacional, es decir, el enjuiciamiento ante un tribunal internacional de personas que han cometido crímenes o delitos internacionales. Estos tribunales internacionales, a diferencia de los nacionales, se caracterizan porque aplican principalmente derecho penal internacional, aunque para interpretarlo suelen acudir al derecho internacional humanitario (en adelante, DIH)¹⁷.

¹⁴ Cfr. L. N. SADAT. 2001, “Redefinig Universal...”, *loc cit*, pág. 243, este autor defiende la posición de que los tribunales nacionales antes de constituirse los tribunales penales internacionales de la antigua Yugoslavia, Ruanda y la Corte Penal Internacional, eran los principales ejecutores de las normas penales internacionales, no debiendo perder dicha prerrogativa.

¹⁵ S. R. RATNER y J. S. ABRAMS. 2001, “*Accountability for human rights atrocities in international law. Beyond the Nuremberg Legacy*”, Oxford: Oxford University Press, pág. 4.

¹⁶ A. CASSESE. 2008, “*International Criminal Law*”, New York: Oxford University Press, pág. 436.

¹⁷ Cfr. H.D.T. GUTIÉRREZ POSSE. 2006, “La relación entre el derecho internacional humanitario y los tribunales penales internacionales”, en *Revista Internacional de la Cruz Roja*, n° 861. Figuras como la responsabilidad del superior, la protección de la población civil, la figura del combatiente, etc., surgen directamente del derecho internacional humanitario, protegiéndose penalmente incluso en dichos textos a través de la persecución de las infracciones graves del derecho internacional humanitario, y también mediante la tipificación en normas de derecho penal internacional. Por lo tanto, entiendo que el derecho internacional

Asimismo, los jueces que componen el tribunal internacional son neutrales, ajenos al conflicto o al lugar de comisión del delito, en aras del principio de imparcialidad y neutralidad que rige en todo sistema penal. La elección sobre qué sistema penal (nacional o internacional) aplicar para enjuiciar los crímenes internacionales dependerá de la situación en la que se encuentre el país afectado o aquél en dónde se produjeron los hechos. Si éste demuestra tener capacidad suficiente para someter a los responsables a un proceso justo, con todas las garantías, tanto para las víctimas como para los criminales, lo normal es que se aplique el sistema penal interno. Empero lo anterior, si la jurisdicción doméstica no está en situación de poder juzgarlos, entonces sólo quedan dos alternativas, o que terceros Estados en aplicación, entre otros títulos jurisdiccionales, de la justicia universal, conozcan de los crímenes, o que sea un tribunal penal internacional quien los enjuicie.

Junto con la Corte Penal Internacional coexisten otra serie de tribunales penales internacionales. La principal diferencia entre estos órganos penales es que la Corte Penal Internacional es permanente, cosa que el resto de tribunales penales internacionales no, ya que éstos una vez hayan juzgado todos los crímenes internacionales de su competencia quedarán extinguidos. En este orden de ideas, la jurisdicción universal ostenta un lugar relevante en la persecución de los crímenes internacionales. Ante la ausencia de procedimientos penales en el Estado del *locus delicti* o en el de la nacionalidad de los presuntos responsables o víctimas, aquellos Estados que estén en condiciones de juzgarlos debidamente podrían hacerlo en virtud del título jurisdiccional universal. De ahí su importancia y la necesidad de que los Estados no tengan desidia a la hora de ejercer esta facultad y en ciertos casos obligación¹⁸.

humanitario también tiene una vinculación especial con el derecho penal internacional y por ende con los tribunales penales internacionales.

¹⁸ Cfr. V. PELLA. 1950, "Towards an International Criminal Court", en *American Journal of International Law*, Vol. 44, n° 1, pág. 41 y 45, quien consideraba que los crímenes internacionales deberían estar sujetos a la justicia internacional y no a los tribunales domésticos.

Así pues, podemos definir la justicia penal internacional como la potestad que tienen determinados órganos judiciales internacionales para juzgar a los responsables de la comisión de crímenes internacionales aplicando derecho penal internacional¹⁹. La justicia penal internacional tiene por objeto impedir la impunidad de los crímenes internacionales²⁰, prevenirlos, retribuirlos y rehabilitar dentro de lo posible al responsable²¹. En cualquier caso, el objeto de la justicia penal internacional tiene una finalidad maximalista, consistente en obtener justicia, reconciliación y paz. Aparte del enfoque maximalista, encontramos, siguiendo a EIROA, un enfoque minimalista, consistente en obtener una respuesta adecuada de la situación procesal de los acusados respetándose los términos del debido proceso, a saber, imparcialidad, independencia y garantía del derecho de defensa²². Lo que no debería ocurrir es que para conseguirse estas finalidades se vulneren las garantías del acusado. El enfoque minimalista referido es inquebrantable, sin el mismo, la justicia penal internacional se convertiría en una justicia parcial, sin perspectiva alguna de futuro en el sistema penal liberal al que pertenecemos.

La justicia penal internacional se aplica cuando se han cometido crímenes internacionales y los tribunales del *locus delicti* no pueden juzgarlos debidamente²³. En cuanto a las formas de constitución de estos órganos penales internacionales, podemos sostener la idea de que hay cuatro niveles distintos de creación. En primer lugar, puede que los mismos se creen en virtud de un tratado internacional (Corte Penal Internacional). En segundo lugar, que se constituyan mediante resolución del CSNU (Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia y para Ruanda). En tercer lugar, siendo esta opción actualmente criticable, puede que se creen por imposición de los Estados

¹⁹ Cfr. S. ZAPPALA. 2010, “*Qué es la justicia penal internacional*”, Canoves: Proteus, pág. 11, quien sostiene que la justicia penal internacional también está conformada por las reglas que disciplinan el castigo de los responsables de los crímenes internacionales.

²⁰ D. ZOLO. 2007, *loc cit*, pág. 171.

²¹ R. CRYER *et al.* 2008, *loc cit*, pág. 18 y ss.

²² P. D. EIROA. 2009, “*Políticas del castigo y derecho internacional. Para una concepción minimalista de la justicia penal*”, Buenos Aires: Ad-Hoc, pág. 130 y ss.

²³ A. CASSESE. 2008, “*International Criminal...*”, *loc cit*, pág. 435; un ejemplo de la falta de capacidad estatal para perseguir crímenes internacionales fue el caso de Ruanda y la antigua Yugoslavia, que dieron origen a los tribunales penales *ad hoc*.

vencedores en un conflicto armado (Tribunal Militar Internacional de Nüremberg o de Tokio). Por último, en cuarto lugar, pueden surgir tribunales penales internacionales mediante acuerdo expreso del Estado implicado y la Organización de Naciones Unidas (en adelante, ONU), como sucedió con el Tribunal Especial de Sierra Leona. En relación con la comisión de delitos ordinarios, normalmente, serán los tribunales nacionales los encargados de juzgarlos, aunque puede ocurrir que el propio tribunal penal internacional, mediante acuerdo expreso, conozca también de estos, como sucede con el Tribunal Especial de Sierra Leona.

1.1.1. *Ventajas de la justicia penal internacional.*

Siguiendo a CASSESE, podemos considerar que los tribunales penales internacionales tienen como finalidad, determinar la responsabilidad penal del individuo, no juzgando a un pueblo o sociedad por ciertos actos criminales; tienen la capacidad y legitimidad suficiente para hacer efectivas las principales normas del derecho internacional, juzgando a los responsables de su vulneración; la imposición de penas justas a los responsables de crímenes internacionales evitaría la venganza de las víctimas, o sus ánimos de represión, fuera de los cauces legalmente establecidos; y por último, los tribunales penales internacionales, sirven como advertencia y medida persuasoria para aquellas personas que pretendan cometer dichos crímenes internacionales, ya que serán conscientes de que la comunidad internacional velará por la represión de tales actos criminales²⁴.

1.1.2. *Desventajas de la justicia penal internacional.*

Las principales desventajas de la justicia penal internacional podrían resumirse en la falta de medios económicos y personales para desplegar una

²⁴ A. CASSESE. 1997, "On the current trends towards criminal prosecution and punishment of breaches of international humanitarian law", en *European Journal of International Law*, Vol.9, pág. 9 y 10; cfr. B. V. SCHAACK y R. C. SLYE. 2007, "*International Criminal Law and its Enforcement*", New York: Foundation Press, pág. 13 y ss.

justicia eficaz, la falta de cooperación, en algunas ocasiones, de los Estados soberanos, que son los actores principales en el sistema penal mundial, toda vez que éstos tienen los medios suficientes para perseguir, detener y entregar a los tribunales penales internacionales a los presuntos responsables de crímenes internacionales y, por último, la complejidad de las normas legales internacionales, las cuales muchas de ellas están basadas en la costumbre internacional, como sucede con el Estatuto del Tribunal Penal para la Yugoslavia (en adelante, TPIY) y el Tribunal Penal Internacional para Ruanda (en adelante, TPIR), mientras que las normas domésticas gozan de más precedentes²⁵. Algunos autores han llegado a opinar que la constitución de tribunales penales internacionales *ad hoc* violaría el principio *nullum crimen sine lege*, cosa que no ocurre con la Corte Penal Internacional²⁶.

1.2. Derecho penal internacional.

La justicia penal internacional aplica principalmente derecho penal internacional. Aquí radica otra diferencia con la justicia universal, ya que en ésta se aplica principalmente derecho interno, acudiendo al derecho internacional como mecanismo de interpretación de la norma. En relación al tipo penal, normalmente, será el previsto en los códigos penales del Estado en cuestión. El término derecho penal internacional puede tener su origen con BENTHAM, quien utilizó por primera vez el término *international law* en sus

²⁵ A. CASSESE. 1997, "On the current..", *loc cit*, pág. 11.

²⁶ K. AMBOS. 2010, "El derecho penal internacional en la encrucijada: de la imposición *ad hoc* a un sistema universal basado en un tratado internacional", en *Revista de Política Criminal*, Vol. 5, nº 9, pág. 237, entiende que los tribunales penales internacionales instituidos hasta el momento al crearse con posterioridad a los hechos enjuiciados viola el principio de retroactividad de la ley penal; considerando que incluso aunque los crímenes tipificados en los diversos estatutos de los referidos tribunales, fueran ya considerados como tales por la costumbre internacional, se estaría violando el principio de seguridad jurídica (*nullum crimen sine lege certa*). En mi opinión, si es cierto que la técnica utilizada por la comunidad internacional, en concreto, el CSNU, para crear los tribunales penales internacionales (Yugoslavia y Ruanda) ha sido de carácter retroactivo, por lo que el principio al juez natural podría haberse visto perjudicado. Sin embargo, entiendo que los crímenes incluidos en los estatutos de los citados tribunales no vulneraron el principio de legalidad en el ámbito del derecho internacional, ya que formaban parte del derecho consuetudinario. Además, estos tribunales aplican derecho internacional siendo el principio de legalidad más flexible en su interpretación que en sede doméstica.

*principles de 1820*²⁷. GIL GIL de otra parte, considera que el término derecho penal internacional no aparece recogido en ninguna obra de BENTHAM, pudiéndose atribuir a BELING la creación de este término mediante el empleo de la expresión *Völkerstrafrecht*, que sería la aplicación de disposiciones emanadas de la Comunidad Internacional para tutelar y proteger sus intereses fundamentales, estando sometidos los ciudadanos de todas las naciones y siendo aplicado por órganos internacionales²⁸. La consolidación del derecho penal internacional no ha sido fácil, ya que la doctrina ha cuestionado en muchos momentos su existencia, incluso, dudando de si se trataba de derecho, que fuera internacional y tuviera la condición de penal²⁹. Su desarrollo se debe a la tragedia de la 2ª guerra mundial, a consecuencia de la cual se instituyó el primer tribunal penal internacional que aplicó por primera vez derecho penal internacional. El origen de este derecho es la conciencia universal de reprimir ciertas conductas de forma inmediata³⁰, a fin de tipificar comportamientos que cualquier cultura o sociedad civilizada debería castigar. QUINTANO RIPOLLÉS afirmaba que la dogmática del derecho penal internacional no era única, ya que estaba conformada por el *substractum* de la voluntad del Estado y las normas culturales de la comunidad internacional, es decir, la titularidad pertenecía tanto al Estado como a la sociedad internacional. A pesar de ello, también entendía que la existencia de la unidad de dicho derecho se asentaba en la idea de que el bien jurídico protegido era único, a saber, el interés de la comunidad internacional³¹.

En un primer momento, el profesor PELLA definió el derecho penal internacional como la ramificación del derecho público internacional que determina las infracciones, establece las penas y fija las condiciones de responsabilidad penal internacional de los Estados y de los individuos³². Esta

²⁷ A. QUINTANO RIPOLLÉS. 1955, "*Tratado de derecho penal internacional e internacional penal*", Madrid, CSIC, Tomo I, pág. 11.

²⁸ A. GIL GIL. 1999, "*Derecho Penal Internacional*", Madrid: Tecnos, pág. 23 y 24.

²⁹ A. QUINTANO RIPOLLÉS. 1955, *loc cit*, Tomo I, pág. 12.

³⁰ *Ibidem*, pág. 16.

³¹ *Ibidem*, pág. 20.

³² V. PELLA. 1931, "*La criminalidad colectiva de los Estados y el derecho penal del porvenir*". Madrid: Aguilar, pág. 218 a 237. Posteriormente PELLA definió el derecho penal

rama del derecho abarcaría todo el conjunto de normas de derecho internacional que establecen consecuencias jurídicas-penales, se trataría de la combinación de principios de derecho penal y de derecho internacional que giran en torno a dos ideas centrales, la responsabilidad del individuo, cuyo origen deriva del derecho penal y la regulación de las figuras penales que traen su razón de ser del derecho internacional³³. GIL GIL considera que el derecho penal internacional no puede comprender los temas relativos a la competencia jurisdiccional, entreatyuda judicial, reconocimiento de sentencias extranjeras o la aplicabilidad de la ley penal en el espacio, por tratarse todos estos temas de derecho procesal y derecho interno³⁴. Para esta autora, una definición de derecho penal internacional debe hacer referencia a su función, que no es otra que la protección de ciertos bienes jurídicos³⁵. Asimismo, las características principales del derecho penal internacional son su carácter de norma de *ius cogens*, sus consecuencias jurídicas (implica la responsabilidad penal del individuo) y su naturaleza mixta, al comprender tanto derecho penal como derecho internacional, penal por su contenido (protección de bienes jurídicos) e internacional por su objeto (determinación de bienes jurídicos de carácter internacional) y por su ámbito de aplicación (vincula a todos los Estados)³⁶. Para WERLE el derecho penal internacional comprende todas las normas que fundamentan una punibilidad de forma directa en el derecho internacional. Una norma pertenece a esta rama del derecho cuando describe un injusto imputable a una persona física con la amenaza de una pena, cuando ésta pertenece al derecho internacional y cuando la punibilidad por la comisión del injusto existe

internacional como aquellas normas internacionales cuya finalidad es reprimir los actos que violan los principios morales básicos que tienen por objetivo estructurar una sociedad internacional pacífica entre Estados, cfr. V. PELLA. 1950, "Towards an...", *loc cit*, pág. 55.

³³ K. AMBOS. 2005, "Parte General...", *loc cit*, pág. 35. De forma parecida define el derecho penal internacional BANTEKAS al indicar que éste es una fusión de dos disciplinas distintas el derecho internacional y el derecho penal, pudiendo apreciarse elementos del derecho penal dentro de esta rama del derecho pero no completándose la misma con éstos, por lo que necesitan en todo momento del derecho internacional y, por ende de sus fuentes, cfr. I. BANTEKAS y S. NASH. 2007, "*International Criminal Law*", London: Routledge-Cavendish, pág. 1.

³⁴ Como posición en contra de la postura de A. GIL GIL podemos citar a JIMÉNEZ DE ASÚA, COBO DEL ROSAL o ANDRÉS DOMÍNGUEZ, quienes entienden que dentro del derecho penal internacional hay sitio para materias tales como la aplicación de la ley penal en el espacio.

³⁵ A. GIL GIL. 1999, "Derecho penal...", *loc cit*, pág. 27.

³⁶ *Ibidem*, pág. 28 y ss.

con independencia de su recepción en el derecho interno³⁷. Otros autores sitúan el derecho penal internacional entre el derecho penal doméstico y la justicia transicional, como el camino más idóneo para lograr la restauración de los derechos violados³⁸.

Llegados a este punto, podemos considerar el derecho penal internacional como aquella rama del derecho internacional que tiene por finalidad fijar consecuencias jurídico-penales por la comisión de crímenes que lesionan o ponen en peligro bienes jurídicos del orden internacional. Se trata de una rama del derecho internacional, toda vez que su origen se encuentra en normas consuetudinarias que han cristalizado en convenios internacionales o en resoluciones de Naciones Unidas (Estatuto del TPIY y Estatuto del TPIR). Asimismo, es de naturaleza mixta, ya que las consecuencias jurídico-penales surgen del derecho penal, mientras que los tipos penales traen causa del derecho internacional, tanto convencional como consuetudinario. Cuando nos referimos a que sólo se regulan en el derecho penal internacional determinados crímenes, queremos afirmar que únicamente se tipificarán las conductas más aberrantes que perjudican o ponen en peligro a la comunidad internacional, limitándose su alcance, exclusivamente, a los crímenes internacionales *sensu stricto*³⁹. Los delitos comunes u ordinarios quedarían fuera del ámbito de aplicación del derecho penal internacional. Por último, en cuanto a los bienes jurídicos protegidos del derecho penal internacional, considero que éstos son múltiples, al protegerse la paz y seguridad internacional, que a su vez está vinculada a derechos individuales o colectivos esenciales⁴⁰. Los distintos

³⁷ G. WERLE. 2005, “*Tratado de derecho penal internacional*”, Valencia: Tirant Lo Blanch, pág. 76 y ss.

³⁸ B. V. SCHAACK y R. C. SLYE. 2007, *loc cit*, pág. 4.

³⁹ No olvidemos que tanto el terrorismo como la tortura pueden ser crímenes de guerra o incluso de lesa humanidad, así como crímenes internacionales particulares, si consideramos que con base en la costumbre internacional los convenios que los regulan han alcanzado el *status* de normas *ius cogens* y eficacia *erga omnes*, cfr. F. VACAS FERNÁNDEZ. 2011, “*El terrorismo internacional como crimen internacional. Definición, naturaleza y consecuencias jurídicas internacionales para las personas*”, Valencia: Tirant Lo Blanch, pág. 207 y ss., este autor defiende la calificación del terrorismo como crimen internacional; M. C. BASSIOUNI. 2008, “International crimes: the *ratione materiae* of international criminal law”, en *International Criminal Law*, Vol. I Sources, Subjects and Contents, Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, pág.138, quien considera la tortura como un crimen internacional de *ius cogens*.

⁴⁰ A. GIL GIL. 1999, “Derecho penal...”, *loc cit*, pág. 29.

bienes jurídicos están en el mismo plano, no prevaleciendo ninguno de ellos por encima de los otros, todo lo contrario, se complementan y traen causa los unos de los otros. Afirmamos lo anterior, toda vez que cuando se violan de manera sistemática y a gran escala los derechos fundamentales de las personas se estaría poniendo en peligro la paz y seguridad internacional, y cuando se viola ésta, lo más probable es que se acaben lesionando derechos básicos de las personas, ya sea de forma individual o colectiva.

2. Crímenes y delitos internacionales.

Los injustos que van a poder ser enjuiciados por la justicia penal internacional son los crímenes internacionales. De otra parte, existen otra serie de injustos, los delitos internacionales, que en principio serán sometidos al *ius puniendi* de los Estados, sin perjuicio de que por acuerdos expresos puedan ser enjuiciados por la justicia penal internacional, como sucede con el delito de terrorismo en el Tribunal Especial para el Líbano. Así pues, resulta apropiado establecer los criterios diferenciadores de estos injustos, los cuales afectan a la comunidad internacional de manera genérica. Siguiendo a QUINTANO RIPOLLÉS, podemos afirmar la existencia de distintos tipos de delitos, delitos de orden interno o doméstico que afectan a la comunidad internacional, delitos contra el derecho internacional o de trascendencia internacional y delitos internacionales en estricto sentido⁴¹. Los primeros no serían delitos internacionales como tal, toda vez que no han surgido del derecho internacional, sino que han sido los Estados quienes los han incorporado en sus legislaciones penales internas de manera autónoma. Se trataría de delitos que violan un bien jurídico interno que a su vez afecta a la comunidad internacional, es decir, delitos internacionalizados. Su origen es nacional pero su fin es internacional⁴². Como ejemplo de los mismos podemos citar los delitos contra el derecho de gentes (atentados contra Jefes de Estado o diplomáticos). Los segundos serían aquellos delitos que han sido elaborados en vía convencional, al perjudicar un interés común o global, y posteriormente,

⁴¹ A. QUINTANO RIPOLLÉS. 1955, *loc cit*, Tomo. I, pág. 24 y ss.

⁴² *Ibidem*, pág. 25.

han sido incorporados en las legislaciones internas de cada Estado, por lo que el origen y fin de los mismos es internacional aunque su represión se efectúe de conformidad con normas domésticas. Estos delitos serían los denominados *delicta iuris gentium*⁴³. El ejemplo más carismático sería la piratería o la trata de esclavos. Los terceros estarían impuestos por organismos internacionales o supranacionales, con o sin la voluntad de los Estados. Serían delitos que en lo subjetivo y objetivo perjudican a la comunidad internacional. Estos delitos serían los de mayor trascendencia internacional, tales como el genocidio, los crímenes de guerra, crímenes contra la paz y contra la humanidad.

TRIFFTERER realiza una distinción más sencilla, al distinguir sólo los crímenes internacionales en sentido estricto de los delitos internacionales en sentido amplio⁴⁴. Los primeros serían aquellos que amenazan valores jurídicos internacionales, exigiéndose una responsabilidad penal por los mismos fundada en el derecho internacional. Un ejemplo serían los crímenes de guerra, genocidio, crímenes contra la humanidad y crimen de agresión. Los segundos, serían delitos que afectan o amenazan al orden internacional, siendo su represión ejercida bajo normas domésticas, al comprometerse los Estados, vía convencional, a ello. La responsabilidad penal no se encuentra en el convenio internacional del cual traen causa, sino en la legislación interna de cada país que tiene que haber tipificado el comportamiento reprochable y haber establecido los mecanismos de represión oportunos, al haberse comprometido convencionalmente a ello⁴⁵. CASSESE delimita la diferencia entre crímenes internacionales y delitos internacionales con base en que los primeros están recogidos en normas consuetudinarias, mientras que los segundos sólo comprenden violaciones de tratados internacionales que no han cristalizado en costumbre internacional⁴⁶. Para este autor los crímenes internacionales son violaciones de normas internacionales que implican la responsabilidad penal del individuo, requiriéndose la presencia de los siguientes elementos:

⁴³ *Ibidem*, pág. 26.

⁴⁴ O. TRIFFTERER. 1991, "Present situation, vision and future perspectives", en *Principles and procedures for a new transnational law*, Freiburg: Eser/Ladgony, pág. 337 y ss.

⁴⁵ A. GIL GIL. 1999, "Derecho Penal...", *loc cit*, pág. 45.

⁴⁶ A. CASSESE. 2008, "International Criminal...", *loc cit*, pág. 12.

- i. El acto debe violar una norma consuetudinaria o convencional.
- ii. Dicha norma debe proteger valores esenciales de la comunidad internacional, obligando a individuos y Estados al mismo tiempo.
- iii. Debe existir un interés general en reprimir dicho comportamiento, por lo que cualquier Estado podría juzgarlo aunque no tuviera nexo alguno con el mismo, en virtud de la justicia universal⁴⁷.

CRYER entiende que un crimen internacional es un hecho punible que ha sido creado por el derecho internacional y conlleva responsabilidad penal, sin que se requiera la participación del derecho doméstico⁴⁸. Esta noción de crimen internacional dejaría absolutamente de lado al derecho interno. OLLÉ SESÉ aprecia la existencia de crímenes internacionales de primer grado y de segundo grado. Los primeros se fundamentarían en el derecho internacional (convencional y consuetudinario, incluyendo los principios generales), lesionarían bienes jurídicos supranacionales y determinarían la responsabilidad penal directamente por el derecho internacional. Los segundos se fundamentarían en el derecho interno o en el internacional y protegerían intereses comunes de la comunidad internacional, originando una responsabilidad penal indirectamente por el derecho internacional⁴⁹. GIL GIL distingue entre delitos internacionales y delitos transnacionales⁵⁰, siendo los primeros aquellas conductas que infringen una norma internacional que impone la responsabilidad penal correspondiente y tiene como fin proteger bienes jurídicos de la comunidad internacional; mientras que los segundos, serían aquellos delitos tipificados en las legislaciones penales nacionales, cuyo ámbito material sobrepasa las fronteras estatales, estando el origen de dicha represión en los convenios internacionales, pero siendo ejercida la misma por los Estados. Tales instrumentos internacionales tendrían por finalidad la

⁴⁷ *Ibidem*, pág. 11 y 12.

⁴⁸ R. CRYER *et al.* 2008, *loc cit*, pág. 5.

⁴⁹ M. OLLÉ SESÉ. 2008, “*Justicia Universal para crímenes internacionales*”, Madrid: La Ley, pág. 190 y ss.

⁵⁰ A. GIL GIL. 1999, “*Derecho Penal...*”, *loc cit*, pág. 51 y 52.

armonización de las legislaciones penales internas y establecer unas bases de cooperación internacional. Como conclusión, EINARSEN entiende que un crimen internacional es aquella conducta que viola un interés o valor universal, proscrita por normas internacionales, universalmente punible a causa de su especial gravedad, que afecta a la comunidad internacional en su conjunto y cuya persecución no depende de la voluntad de los Estados del *locus delicti* o de la nacionalidad de las víctimas o responsables penales⁵¹.

En este estado de ideas y coincidiendo con la posición de DOBOVSEK⁵², mantendremos la postura de que existen dos tipos de comportamientos punibles que perjudican a la comunidad internacional, lesionando o poniendo en peligro bienes jurídicos especialmente protegidos. Los crímenes internacionales y los delitos internacionales. El crimen internacional sería aquel comportamiento que viola gravemente una norma de derecho internacional que impone la correspondiente responsabilidad penal, poniendo en peligro o lesionando bienes jurídicos internacionales, vinculados con la paz y seguridad internacional y con los derechos humanos. En síntesis, su origen y represión penal se encuentra en el derecho internacional, sin perjuicio de que posteriormente los Estados los hayan tipificado en su legislación penal interna. La labor de los órganos judiciales para definir el crimen internacional ha sido relevante, ofreciendo posiciones interesantes al respecto, las cuales han contribuido a la elaboración de la definición antedicha⁵³.

⁵¹ T. EINARSEN. 2012, “*The concept of universal crimes in international law*”, Oslo: Torkel Opsahl Academic EPublisher, pág. 248, la definición de este autor nos muestra más las consecuencias de la comisión de crímenes internacionales que la definición en sí misma.

⁵² J. DOBOVSEK. 2008, *loc cit*, pág. 95 y ss.

⁵³ En el caso *Hostages Trial* surgido a consecuencia de los crímenes cometidos durante la 2ª guerra mundial, el Tribunal Militar de los EE.UU indicó que un crimen internacional era un acto tan reconocido universalmente como criminal, que era considerado como una parte grave del derecho internacional y por estas válidas razones no podía ser dejado dentro de la exclusiva jurisdicción del Estado que tendría el control del mismo en circunstancias normales, cfr. *Trials of war Criminals before the Nüremberg Military Tribunals under Control Council n° 10*. 1950, Washington: United States Government, Vol. XI, *The Hostages Case*, pág. 1241; la Corte Suprema de Israel en el caso *Eichmann*, sostuvo que las características principales de un crimen internacional son que violan los intereses, la seguridad y fundamentos de la comunidad internacional, así como valores morales universales y principios humanitarios básicos, cfr. *Attorney General of the Government of Israel v. Eichmann, Supreme Court*. 1962, en

Los crímenes internacionales protegen valores jurídicos esenciales para la comunidad internacional, en síntesis, afectan al sistema de normas de *ius cogens*⁵⁴. Lo antedicho supone una diferencia con los delitos internacionales, ya que éstos, en principio, sólo vinculan a los Estados Parte que se han obligado a cumplir los tratados internacionales al efecto, mientras que los crímenes internacionales constriñen a todo el orbe. El hecho de que los crímenes internacionales supongan la violación de normas de *ius cogens*, conllevaría que los Estados pudieran tener jurisdicción universal sobre los mismos, al considerarse a los responsables *hostis humani generis*⁵⁵. La represión de los crímenes internacionales se confiaría tanto a los tribunales internacionales como a los nacionales⁵⁶. La razón de tipificarse los crímenes internacionales no es otra que proteger determinados bienes jurídicos del orden internacional, como la paz y seguridad internacional o la dignidad humana⁵⁷. Aunque esta protección podría efectuarse también a través de delitos comunes, el elemento característico del crimen internacional es su contexto internacional⁵⁸, es decir, la norma penal tiene su origen en el derecho internacional, el crimen se produce en un ámbito supraestatal y el comportamiento lesiona una bien internacionalmente protegido⁵⁹.

International Law Reports, Vol. 36, pág. 290 y 291; la High Court of Australia, en el caso *Polyukhovich*, indicó que un crimen internacional está constituido precisamente por una conducta que afecta a toda la humanidad, creando por ello una responsabilidad internacional y no sólo nacional, dicho comportamiento perjudica a los intereses morales de la sociedad humana, conllevando que adquiera el *status* de crimen internacional, cfr. High Court of Australia, *Polyukhovich v. Commonwealth of Australia*, judgment 14 August 1991, pára. 34, opinion Judge TOOHEY.

⁵⁴ Cfr. J. DOBOVSEK. 2008, *loc cit*, pág. 100; cfr. B. BROOMHALL. 2003, “*International Justice & International Criminal Court. Between sovereignty and the rule of law*”, London: Oxford Press University, pág. 41.

⁵⁵ M. C. BASSIOUNI. 1996, “International crimes: *ius cogens* and obligations *erga omnes*”, en *Law and Contemporary Problems*, Vol. 59, n°4, pág. 63 y 66.

⁵⁶ Cfr. J. L. FERNÁNDEZ FLORES y DE FUNES. 2001, “*El derecho de los conflictos armados. De Iuri Belli. El derecho de la Guerra. El derecho internacional humanitario. El derecho humanitario bélico*”, Madrid: Ministerio de Defensa: pág. 270, sostiene que la titularidad del *ius puniendi* de los hechos punibles que perjudican a la comunidad internacional es ejercida en su mayoría por los Estados.

⁵⁷ Cfr. “*Digesto de jurisprudencia latinoamericana sobre crímenes de derecho internacional*”, 2009, Washington: Fundación para el Debido Proceso Legal, pág. 1; W. A. SCHABAS. 2012, “*An Introduction to International Criminal Court*”, Cambridge: Cambridge University Press, pág. 90; M. C. BASSIOUNI. 2008, “International crimes...”, *loc cit*, pág. 133.

⁵⁸ W. A. SCHABAS. 2012, “An Introduction...”, *loc cit*, pág. 89.

⁵⁹ M. C. BASSIOUNI. 2008, “International crimes:...”, *loc cit*, pág. 133; W. A. SCHABAS. 2012, “An Introduction...”, *loc cit*, pág. 98.

La norma internacional que actualmente nos puede ilustrar sobre los principales crímenes internacionales existentes es el Estatuto de la Corte Penal Internacional⁶⁰ (en adelante, ECPI). En el art. 5 del ECPI se enuncian los crímenes internacionales respecto de los cuales será competente la Corte Penal Internacional, a saber, genocidio, crímenes de guerra, crímenes de lesa humanidad y crimen de agresión. Los crímenes internacionales no son *numerus clausus*, ya que al surgir del derecho internacional tienen como una de las posibles fuentes del derecho la costumbre internacional (art. 38.1.b. del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia). Esta posición es respaldada por lo dispuesto en el art. 22.3 del ECPI que establece que «*Nada de lo dispuesto en el presente artículo afectará a la tipicidad de una conducta como crimen de derecho internacional independientemente del presente Estatuto*». De lo anterior se colige que si bien la CPI sólo podría conocer de los crímenes relacionados anteriormente, no habría obstáculo alguno para que dentro del derecho internacional surgiesen unos nuevos o existiesen actualmente otros distintos, independientemente de los enunciados en el art. 5 del ECPI. Por ello, los crímenes internacionales son *numerus apertus*⁶¹, pero para que se amplíen los mismos la norma que los regule deberá haber alcanzado el rango de *ius cogens* y tener una eficacia *erga omnes*.

Con respecto a los delitos internacionales podemos afirmar que los mismos constituyen aquellas conductas declaradas punibles por los tratados internacionales y cuya responsabilidad penal se delega en los Estados, ya que son estos los responsables de juzgarlas, previa tipificación en su legislación del delito internacional acordado y la facultad para enjuiciarlo. Los tratados que versan sobre delitos internacionales, normalmente, fijan mecanismos de asistencia internacional y establecen obligaciones para los Estados Parte, tales

⁶⁰ Cfr. V. PELLA. 1950, “Towards an...”, *loc cit*, pág. 53, quien en sus estudios de derecho penal internacional consideraba que los crímenes de competencia del tribunal penal internacional deberían ser el genocidio, los crímenes de guerra, la agresión y los crímenes contra la humanidad.

⁶¹ Cfr. W. A. SCHABAS. 2010, “*The International Criminal Court. A commentary on the Rome Statute*”, London: Oxford University Press, pág. 101; BASSIOUNI defiende la existencia de más crímenes internacionales de los tipificados en el Estatuto de la CPI, clasificándolos en crímenes de *ius cogens*, crímenes potenciales *ius cogens* y otros crímenes, cfr. M. C. BASSIOUNI. 2008, “International crimes:...”, *loc cit*, pág. 138 y ss.

como la tipificación del delito, la atribución de competencia a sus tribunales (incluida la universal) y la obligación de extraditar o juzgar⁶². Los delitos internacionales no suelen perjudicar las relaciones internacionales, incluso, en ocasiones no amenazan o ponen en peligro la paz y seguridad internacional⁶³. Además, estos comportamientos suelen ser efectuados por actores privados, a diferencia de los crímenes internacionales, los cuales muchos de ellos son cometidos por agentes o actores públicos/estatales⁶⁴. Igualmente, un aspecto relevante del delito internacional es que tiene una connotación internacional, al verse implicado en su comisión más de un Estado⁶⁵.

3. Intentos de implementar una justicia penal internacional a consecuencia de la Primera Guerra Mundial.

3.1. Observaciones generales.

Como apunta CARMEN QUESADA, el proceso de construcción de una justicia penal internacional surge con ocasión de las atrocidades cometidas tras la 1ª Guerra Mundial⁶⁶. No obstante, con anterioridad hubo ciertas aproximaciones a lo que hoy podemos llamar justicia penal internacional, un ejemplo claro de ello fue el juicio de *Breisach* en 1474⁶⁷. El mayor inconveniente para la creación de tribunales penales internacionales han sido los propios Estados, reticentes a ceder sus competencias, entre las que se encuentra el *ius puniendi*, a saber, el derecho de sancionar y castigar los comportamientos que se consideran contrarios a derecho. La creación de tribunales penales internacionales conllevaría una cesión de parte de la

⁶² M. C. BASSIOUNI. 2008, “International crimes:...”, *loc cit*, pág. 135.

⁶³ V. PELLA. 1950, “Towards an...”, *loc cit*, pág. 54; N. BOISTER. 2012, “An Introduction to Transnational Criminal Law”, Oxford: Oxford University Press, pág. 19.

⁶⁴ N. BOISTER. 2012, *loc cit*, pág. 5; M. OLLÉ SESÉ. 2008, “Justicia Universal...”, *loc cit*, pág. 191.

⁶⁵ N. BOISTER. 2012, *loc cit*, pág. 4.

⁶⁶ C. QUESADA ALCALÁ. 2005, “La Corte Penal Internacional y la Soberanía Estatal”, Valencia: Tirant Lo Blanch, pág. 37; de igual manera M^a. D. BOLLO AROCENA. 2004, “Derecho Internacional Penal. Estudio de los crímenes internacionales y de las técnicas para su represión”, Bilbao: Universidad del País Vasco, pág. 424.

⁶⁷ F. PIGNATELLI Y MECA. 2007, “La punición de...”, *loc cit*, pág. 772; B. V. SCHAACK y R. C. SLYE. 2007, *loc cit*, pág. 25.

soberanía estatal⁶⁸, el *ius puniendi*, pasando a ejercerlo un ente u órgano distinto. Así pues, sólo ante acontecimientos que han desbordado las leyes de la moralidad humana o que han causado unos perjuicios irreparables a la comunidad internacional, los Estados han decidido ceder esa parte de la soberanía para que sus ciudadanos puedan ser juzgados ante una instancia penal supranacional o, en otros supuestos, ver como se les juzgaba sin poder hacer nada al respecto, aplicándose una justicia de vencedores sobre vencidos. Todo lo anterior ha dado origen a la actual justicia penal internacional. El camino empleado para construirla no ha estado exento de dificultades y críticas, ya que en lugar de aprobarse un tratado internacional que sancionase determinadas violaciones del derecho internacional, siendo éste de aplicación *ex post facto*, normalmente, se procedió a castigar determinados comportamientos mediante normas retroactivas elaboradas una vez había concluido el conflicto. Lo anterior supuso duras críticas, al poder estar violándose principios elementales del derecho penal, tales como el de legalidad, el del juez natural o la imparcialidad⁶⁹.

3.2. El Tratado de Versalles de 1919.

Al concluir la 1ª Guerra Mundial y a causa de los actos cometidos durante dicha contienda armada, se firmó el Tratado de Versalles de 28 de junio de 1919. El mismo constituye uno de los principales antecedentes de la justicia penal internacional⁷⁰ y del derecho penal internacional, toda vez que convencionalmente se acordó la constitución de un tribunal internacional especial cuya finalidad era juzgar a un líder político, *el Kaiser Guillermo II de Hohenzollern*. Igualmente, se reguló por primera vez la responsabilidad del individuo por la comisión de crímenes de guerra durante un conflicto armado, en contra de las personas o de los bienes de otra⁷¹. Anteriormente, la

⁶⁸ A. CASSESE. 1997, “On the current...”, *loc cit*, pág. 11 y ss.

⁶⁹ H. KELSEN. 1944, “*La paz por medio del derecho*”, Madrid: Trotta (2008), pág. 125.

⁷⁰ Cfr. S. R. RATNER y J. S. ABRAMS. 2001, *loc cit*, pág. 6 y ss.; D. N. PASTOR. 2006, “El poder penal...”, *loc cit*, pág. 38.

⁷¹ J. W. GARNER 1920, “Punishment of offenders against the law and customs of war”, *American Journal of International Law*, Vol. 14, nº 1, pág. 70 y 71.

responsabilidad por crímenes de guerra, sólo daba lugar a la compensación económica, se trataba de una mera responsabilidad pecuniaria⁷², no derivándose una responsabilidad penal⁷³. Algunas normas penales internas sí comprendían sanciones penales por conductas cometidas por soldados nacionales, pero no existía una norma de carácter internacional que tipificase un comportamiento como crimen de guerra, con su correspondiente responsabilidad penal. En cierta forma, lo que sí estaba considerado como práctica general entre los Estados, era que las partes inmersas en un conflicto armado podían castigar judicialmente las violaciones de las leyes y costumbres de la guerra llevadas a cabo por los enemigos o por sus propios soldados, normalmente, en procesos militares, al considerarse que «*las ofensas contra las leyes de la guerra dan lugar a la responsabilidad penal correspondiente en derecho, siempre que el delincuente pueda ser apresado*»⁷⁴. El requisito imprescindible era que los presuntos infractores cayeran en poder del Estado que pretendía juzgarles⁷⁵. En cualquier caso, las normas que aplicaban los tribunales eran el propio derecho penal doméstico, apoyándose o con fundamento, en el derecho internacional, siendo los mismos Estados quienes juzgaban a sus nacionales⁷⁶ o a los prisioneros capturados, toda vez que estaban obligados a ello para hacer cumplir el derecho internacional en su

⁷² G. MANNER. 1943, “The legal nature and punishment of criminal acts of violence contrary to the laws of war”, en *American Journal of International Law*, Vol. 37, nº 3, pág. 408; cfr. T. MERON. 2006, “Reflections of the prosecution of war crimes by international tribunals”, en *American Journal of International Law*, Vol. 100, nº 3, pág. 554.

⁷³ El art. 3 del IV convenio de la Haya de 18 de octubre de 1907 establecía que «*A belligerent party which violates the provisions of the said Regulations shall, if the case demands, be liable to pay compensation. It shall be responsible for all acts committed by persons forming part of its armed force*».

⁷⁴ El art. 84 del Manual de Oxford de 1880 establecía que «*If any of the foregoing rules be violated, the offending parties should be punished, after a judicial hearing, by the belligerent in whose hands they are. Therefore: offenders against the laws of war are liable to the punishments specified in the penal law*». Dicho Manual no puede considerarse como una norma convencional, empero, tampoco puede despreciarse el valor del mismo, ya que servía como catálogo de las conductas que estaban prohibidas con base en el derecho consuetudinario de la época, en el seno de una contienda armada. Además, muchos de los principios enumerados en el Manual posteriormente fueron introducidos en los convenios de la Haya de 1907 y en tratados posteriores, de ahí su relevancia; T. MERON. 2006, “Reflections of...”, *loc cit*, pág. 554.

⁷⁵ J. W. GARNER. 1920, *loc cit*, pág. 71.

⁷⁶ G. MANNER. 1943, *loc cit*, pág. 409.

ámbito de soberanía⁷⁷. En síntesis, se trataba más de una responsabilidad nacional que internacional, sin perjuicio de entender que la aplicación del derecho interno era al mismo tiempo una ejecución de las normas del derecho internacional⁷⁸.

El Tratado de Versalles acabó con la idea de que la responsabilidad internacional era exclusiva de los Estados y no de las personas, al no considerarse a éstas como sujeto internacional⁷⁹. A los pocos años de promulgarse los reglamentos de las leyes y costumbres de guerra terrestre, anejos a las convenciones de la Haya de 1899 y 1907, el fin de la 1ª Guerra Mundial puso trágicamente sobre el tapete la conveniencia y posibilidad de una incriminación de la criminalidad bélica en un plano tanto internacional como jurisdiccional⁸⁰. La resolución de enjuiciamiento criminal internacional de las actividades de la parte vencida figura en el art. 227 del citado tratado, cuya parte VII lleva el nombre de “Sanciones”⁸¹. A fin de llevar a cabo dicho enjuiciamiento se creó un tribunal especial integrado por jueces nombrados por cada uno de los Estados vencedores: Estados Unidos, Francia, Gran Bretaña, Italia y Japón⁸². Como puede comprobarse, el Tratado de Versalles constituyó el primer intento, vía convencional, de implantación de una justicia penal internacional, ya que un tribunal de carácter internacional, compuesto por jueces de diversos Estados, podría juzgar a una persona por la comisión de ciertas ofensas. Evidentemente, el derecho penal internacional que se creó en Versalles fue muy elemental y sujeto a muchas objeciones, ya que se vulneraba

⁷⁷ A. VERDROSS. 1973, “*Derecho Internacional Público*”, Madrid: Biblioteca Jurídica Aguilar, pág. 377.

⁷⁸ H. KELSEN. 1943, “Collective and individual responsibility in international law with particular regard to the punishment of war criminals”, en *California Law Review*, Vol. 31, pág. 555.

⁷⁹ Cfr. T. MERON. 2006, “Reflections of...”, *loc cit*, pág. 555 y ss.

⁸⁰ L. JIMÉNEZ DE ASÚA. 1952, “*Tratado de derecho penal, Vol. II*”, Buenos Aires: Losada, pág. 1188.

⁸¹ F. PIGNATELLI y MECA. 2003, “*El Estatuto de la Corte Penal Internacional. Antecedentes y textos complementarios*”, Madrid: Publicaciones Defensa-Secretaría General Técnica, pág. 36, el art. 227 indicaba que «*Las Potencias aliadas y asociadas someten a pública acusación a Guillermo II de Hohenzollern, ex Emperador de Alemania, por una ofensa suprema contra la moral internacional y a la autoridad sagrada de los Tratados*».

⁸² A. CASSESE. 2008, “International Criminal...”, *loc cit*, pág. 318; I. BANTEKAS y S. NASH. 2007, *loc cit*, pág. 496; F. PIGNATELLI y MECA. 2007, “La punición de...”, *loc cit*, pág. 772 y 773; M^a D. BOLLO AROCENA. 2004, *loc cit*, pág. 424 y 425.

el principio de legalidad en muchos aspectos⁸³. Sin embargo, supuso un avance muy importante para aquella época, al responsabilizarse internacionalmente a una persona natural por infracciones del derecho internacional⁸⁴.

El art. 228 del Tratado de Versalles estableció la obligación que tenía el gobierno alemán de entregar a las Potencias Aliadas a las personas acusadas de haber cometido violaciones graves de las leyes y costumbres de guerra⁸⁵. Resulta interesante observar como en dicho precepto se indicó que el gobierno alemán *reconoce* a las potencias aliadas la libertad de juzgar a criminales de guerra, deduciéndose de ello la concesión de una especie de autorización para juzgar a sus nacionales. Esto tiene su razón de ser toda vez que anteriormente se consideraba que sólo podían ser juzgados, los responsables de crímenes de guerra al concluir ésta, por tribunales nacionales, de ahí, que se utilice la expresión *reconoce*. Dicha autorización legitimó la posible actuación de los tribunales militares de las potencias aliadas para juzgar alemanes que hubiesen cometido crímenes de guerra⁸⁶. A su vez, el art. 228 del Tratado estableció pautas para la extradición de los criminales de guerra alemanes, a fin de que las potencias vencedoras pudieran juzgarlos, por lo que en puridad dicho precepto no fue un reflejo de la justicia penal internacional, al no intervenir una instancia supranacional. Sucedió todo lo contrario, serían los Estados vencedores los encargados de impartir justicia, con base principalmente en el título jurisdiccional de beligerancia.

⁸³ En concreto nos referimos al hecho de que en el momento en que se cometieron los hechos objeto de enjuiciamiento, la conducta tipificada no estaba castigada ni prohibida en ninguna norma estatal o internacional, cfr. G. A. FINCH. 1943, “Retribution for war crimes”, en *American Journal of International Law*, Vol. 37, n° 1, pág. 82.

⁸⁴ G. WERLE. 2005, *loc cit*, pág. 47 y 48.

⁸⁵ F. PIGNATELLI y MECA. 2003, “El Estatuto...”, *loc cit*, pág. 36, el citado art. 228 disponía que «El gobierno alemán reconoce a las potencias aliadas y asociadas la libertad de someter a sus tribunales militares a las personas acusadas de haber cometido actos contrarios a las leyes y costumbres de la guerra. Las penas previstas por las leyes serán aplicadas a las personas reconocidas culpables. Esta disposición se aplicará, no obstante, cualquier procedimiento o persecución ante una jurisdicción de Alemania o de sus aliados. El gobierno alemán deberá entregar a las potencias aliadas, o a la de que entre ellas le dirija la solicitud, a todas las personas que, estando acusadas de haber cometido un acto contrario a las leyes y costumbre de la guerra le sean designadas (...)».

⁸⁶ H. KELSEN. 1943, “Collective and...”, *loc cit*, pág. 560 y 561.

El art. 229 del Tratado de Versalles muestra la doble vertiente judicial acordada en Versalles, ya que se estipuló que los actos cometidos contra los súbditos de una potencia aliada serían juzgados por ésta, pero, si dichos actos eran cometidos contra súbditos de varias potencias, tales hechos se juzgarían por un tribunal militar internacional compuesto por las potencias aliadas⁸⁷. Hemos de significar que ningún tribunal militar fue instituido, al no extraditar Alemania a sus nacionales⁸⁸. En el primer supuesto del art. 229 estaríamos ante un claro ejemplo del principio de beligerancia, mientras que en el segundo, se aplicaría una *especie* de justicia penal internacional, sin llegar a ser ésta en puridad, toda vez que no sería un órgano supranacional quién juzgase los delitos, sino los propios Estados vencedores. A pesar de ello, no podemos negar la relevancia del carácter internacional que tendría este tribunal militar, constituyendo junto con el tribunal internacional especial del art. 227, las raíces de la justicia penal internacional.

3.3. Objeciones al Tratado de Versalles.

Según mi parecer, podemos enunciar una serie de objeciones⁸⁹ al sistema de responsabilidad individual pretendido por el Tratado de Versalles, que casualidades de la vida, se volvieron a repetir en los denominados Juicios de Núremberg y Tokio, éstas consisten en lo siguiente:

- i. Posible vulneración del principio *nullum crimen sine lege*, ya que el tipo penal contemplado en el art. 227 del Tratado de

⁸⁷ F. PIGNATELLI y MECA. 2003, “El Estatuto...”, *loc cit*, pág. 36; dicho artículo establecía que «Los autores de actos contra los súbditos de una de las potencias aliadas y asociadas serán sometidos a los tribunales militares de esta potencia. Los autores de actos cometidos contra los súbditos de varias potencias aliadas y asociadas serán sometidos a tribunales militares compuestos de miembros pertenecientes a los tribunales militares de las potencias interesadas. En todos los casos, el acusado tendrá derecho a designar por sí mismo a su abogado».

⁸⁸ M. C. BASSIOUNI. 1999, “*Crimes Against Humanity*”, La Haya: Kluwer Law International, pág. 520.

⁸⁹ C. SCHMITT. 2006, “*El crimen de guerra de agresión en el derecho internacional y el principio nullum crimen nulla poena sine lege*”, Buenos Aires: Hammurabi, pág. 54, crítica duramente el sistema de Versalles sobre todo por la vulneración del principio de legalidad de la ley penal; del mismo modo A. CASSESE. 2008, “*International Criminal...*”, *loc cit*, pág. 318, quién duda de la imparcialidad del tribunal de vencedores instaurado.

Versalles era desconocido hasta el momento por la comunidad internacional.

- ii. Vulneración del principio *nulla poena sine lege*, en su vertiente de indeterminación de la pena en el seno del tratado.
- iii. Justicia de vencedores, al juzgarse solo los crímenes cometidos por la parte vencida y no por las potencias vencedoras.
- iv. Vulneración del derecho a un juez predeterminado por ley.

En cuanto a la eficacia del Tratado de Versalles, la misma ha sido muy discutida por la doctrina. En primer lugar, el tribunal internacional especial que debía de juzgar al *Kaiser* alemán nunca se constituyó, aunque hubiera sido difícil su enjuiciamiento, al concederle los Países Bajos asilo. En segundo lugar, la facultad que otorgaba el tratado a los aliados para someter a juicio mediante tribunales militares a los acusados de cometer violaciones graves de las leyes y costumbres de guerra, fue ilusoria, al negarse Alemania a extraditar a sus nacionales, a pesar de firmar el Tratado de Versalles⁹⁰. La solución que se adoptó, consistió en que el propio Estado alemán juzgaría a sus criminales de guerra en los denominados *Juicios de Leipzig*. Dichos juicios fueron muy escasos, en concreto, se juzgó a doce personas y se condenaron a seis⁹¹, por ello no supuso un desarrollo importante del derecho penal internacional. Como dato a resaltar, resulta significativo que el órgano competente para juzgar a estos criminales fue el Tribunal Supremo del *Reich* (Reichsgericht).

⁹⁰ M. OLLÉ SESÉ. 2008, “Justicia Universal...”, *loc cit*, pág. 118; las potencias aliadas solicitaron la extradición de aproximadamente 896 soldados alemanes, I. BANTEKAS y S. NASH. 2007, *loc cit*, pág. 496.

⁹¹ J.M. GRAMAJO. 2003, “*El Estatuto de la Corte Penal Internacional*”, Buenos Aires, Ábaco, pág. 53; M. C. BASSIOUNI. 1999, “Crimes Against...”, *loc cit*, pág. 522; German War Trials: Judgment in case of commander Karl Neumann, en *American Journal of International Law*, 1922, Vol. 16, n° 4, pág. 704 a 708, case of lieutenants *Dithmar and Boldt*, *loc cit*, pág. 708 a 724; case of *Robert Neumann*, *loc cit*, pág. 696 a 704; case of *Emil Muller*, *loc cit*, pág. 684 a 696 y; case of *Karl Heynen*, *loc cit*, pág. 674 a 684.

3.4 La Comisión sobre la responsabilidad de los autores de la guerra y sobre la aplicación de las penas por la violación de las leyes y costumbres de la guerra, del año 1919 de la Conferencia de Paz.

Esta comisión tenía por finalidad informar sobre la responsabilidad de los autores de la guerra; los hechos constitutivos de infracciones de las leyes y costumbres de la guerra llevadas a cabo por el Ejército del Imperio Alemán y sus Aliados, en el mar, tierra y aire durante la guerra; el grado de responsabilidad por dichas ofensas en relación a los miembros de las fuerzas armadas enemigas, incluidos generales y otros individuos, sin perjuicio de su alto cargo; la creación y procedimiento de un tribunal apropiado para juzgar tales delitos y; otras materias que la comisión considerase oportunas⁹². La Comisión manifestó que con respecto a los crímenes de guerra existía abundante material acumulado, el cual evidenciaba las atrocidades cometidas en el mar, tierra o aire contra las leyes y costumbres de la guerra y las leyes de la humanidad. La referencia efectuada a las leyes de la humanidad resultó muy novedosa en aquella época, toda vez que no había norma internacional alguna que contemplase, regulase o definiera qué se entendía por leyes de la humanidad. Lo más próximo que podemos encontrar es la denominada *cláusula Martens*, incluida en el preámbulo del Convenio de la Haya de 1899 relativo a las leyes y costumbres de la guerra terrestre⁹³. Esta inclusión del término de *leyes de la humanidad* no fue aceptada por los EE.UU, quienes entendían que al faltar unos estándares universales apropiados en los que encuadrarse las leyes de la humanidad, los actos cometidos, a pesar de ser inhumanos, no podían considerarse contrarios a la humanidad, sino que eran contrarios a las leyes y costumbres de la guerra.⁹⁴ Otro punto controvertido⁹⁵

⁹² Cfr. Commission on the responsibility of the authors of the war and on enforcement of penalties. 1920, en *American Journal of International Law*, Vol. 14, nº 1, pág. 95.

⁹³ R. TICEHURST. 1997, “La cláusula de Martens y el derecho de los conflictos armados”, en *Revista Internacional de la Cruz Roja*, nº 140, pág. 131 a 141; cfr. Commission on the responsibility of the authors of the war and on enforcement of penalties, *loc cit*, pág. 115, la Comisión afirmó que la guerra fue llevada a cabo por los Imperios Centrales junto con sus aliados, Turquía y Bulgaria, mediante barbaros e ilegítimos métodos en violación de las leyes y costumbres de guerra establecidas, así como contra las elementales leyes de la humanidad.

⁹⁴ M. CAPELLÁ I ROIG. 2005, “*La tipificación internacional de los crímenes contra la humanidad*”, Valencia: Tirant Lo Blanch, pág. 39; afortunadamente, en el año 1945 la anterior

del informe de la comisión fue el tema de la responsabilidad penal por crímenes de guerra, toda vez que no se tenía en cuenta la inmunidad de los Jefes de Estado. No podemos dejar de observar que la comisión recomendó la creación de un tribunal penal internacional, denominado *High Court*, que conocería de las violaciones contra las leyes y usos de la guerra y de las leyes de la humanidad, en el caso de que los tribunales nacionales no pudieran conocer de los casos. Lo anterior es un claro antecedente de la constitución de la Corte Penal Internacional, con afirmación, incluso, del principio de complementariedad y *ne bis in idem*⁹⁶.

Durante la Gran Guerra, además de los crímenes cometidos por miembros del Imperio alemán, también se cometieron actos atroces contra la población armenia en territorio turco, pudiendo calificarse los mismos como un crimen de genocidio contra la población armenia⁹⁷, toda vez que esta población fue trasladada hacia los desiertos de Siria y Meslocotamia sometiéndoles allí a todo tipo de maltratos, humillaciones y torturas, cuya finalidad era eliminar todo rasgo característico de esta población. El 24 de mayo de 1915 los gobiernos de Francia, Gran Bretaña y Rusia, condenaron estas actuaciones del gobierno turco, denominándolas *crímenes contra la humanidad*⁹⁸. Asimismo, en el año 1920 se aprobó el *Tratado de Svres* que tenía por finalidad reprimir las violaciones contra las leyes y usos de la guerra cometidos por el Imperio Otomano⁹⁹. La particularidad de este tratado radicó en la referencia a actos cometidos dentro del territorio y contra personas sometidas a la soberanía otomana. Además, este texto resultó importante por las disposiciones relativas

postura de los EE.UU cambió radicalmente, ya que se incluyó en el Acuerdo de Londres del citado año los crímenes contra la humanidad, los cuales, con el tiempo han dado lugar al crimen de genocidio y de lesa humanidad.

⁹⁵ Los EE.UU discreparon mucho sobre la responsabilidad de los Jefes de Estado, sin embargo, al igual que con el asunto de las leyes de la humanidad, 25 años después, cambiaron de opinión y defendieron en el Acuerdo de Londres de 1945 la posibilidad de juzgar a Jefes de Estado, cfr. Comisión on the Responsibility of the authors of the war and on enforcement of penalties, *loc cit*, pág. 136 y ss.

⁹⁶ C. QUESADA ALCALÁ. 2005, *loc cit*, pág. 40.

⁹⁷ M^a TORRES PÉREZ. 2008, “*La responsabilidad internacional del individuo por la comisión de crímenes de lesa humanidad*”, Valencia: Tirant Lo Blanch, pág. 27.

⁹⁸ Dicha resolución puede consultarse en la página de internet http://www.armenian-genocide.org/Affirmation.160/current_category.7/affirmation-detail.html.

⁹⁹ Cfr. T. MERON. 2006, “Reflections of...”, *loc cit*, pág. 558.

a materia de extradición¹⁰⁰. El tratado de *Sevres* nunca fue ratificado por el Imperio Otomano y fue sustituido, posteriormente, por el de *Lausanne* de 1923, que modificó las disposiciones relativas a los crímenes de guerra¹⁰¹, ya que no contenía ninguna cláusula relativa a los mismos, siendo acompañado de una amnistía general¹⁰².

Como conclusión, podemos afirmar que tanto el Tratado de Versalles de 1919 como el de Svres de 1920 constituyen el embrión del desarrollo de la justicia penal internacional sin llegar a configurarse propiamente como ésta, ya que como hemos apuntado, no hubo ningún enjuiciamiento de relevancia por la comisión de los crímenes de guerra cometidos, fracasando el sistema instaurado, que no fue otro que confiar la represión de tales crímenes a los tribunales nacionales¹⁰³. Así pues, los primeros antecedentes de la justicia penal internacional fueron más *intentos* de justicia que una justicia en sí misma.

4. Los Tribunales Militares Internacionales de Nüremberg y Tokio.

Numerosas obras han tratado las consecuencias de la 2ª Guerra Mundial, de sus efectos y del cambio en el mundo que supuso dicha contienda armada. Desde una perspectiva jurídica, dichas consecuencias influyeron notablemente en el derecho penal internacional. Sin ánimo de profundizar demasiado, puesto que no es el tema central de la presente investigación, podemos afirmar que a causa de este conflicto armado se consolidaron ciertos principios del derecho penal internacional que actualmente los entendemos razonables y normales, cosa que en aquella época no lo eran. A su vez, se creó la Organización de Naciones Unidas, órgano internacional que sustituyó a la antigua y fallida Sociedad de Naciones. Este hecho, como podremos ver más

¹⁰⁰ El art. 230 del tratado citado establecía que: ““El gobierno otomano se compromete a entregar a las potencias aliadas los sujetos reclamados por ellas como responsables de las masacres cometidas en ocasión del estado de guerra en el territorio que formaba parte del Imperio Otomano el 1º de agosto de 1914 (...)””; cfr. J.M. GRAMAJO. 2003, *loc cit*, pág. 57.

¹⁰¹ Mª TORRES PÉREZ. 2008, *loc cit*, pág. 31.

¹⁰² J.M. GRAMAJO. 2003, *loc cit*, pág. 58.

¹⁰³ Cfr. T. MERON. 2006, “Reflections of...”, *loc cit*, pág. 558 y 559.

adelante, ha sido fundamental para el desarrollo del derecho penal internacional y para la constitución de los tribunales penales internacionales *ad hoc*.

Los juicios llevados a cabo en Nüremberg y Tokio deben ser considerados como la piedra angular del derecho penal internacional¹⁰⁴, ya que a diferencia de lo que sucedió en los Juicios de Leipzig, en Nüremberg y Tokio sí se enjuiciaron a numerosos responsables de crímenes internacionales. El derecho creado en Nüremberg es de suma importancia, toda vez que el mismo tiene la consideración de derecho consuetudinario, conformando los tipos penales contenidos en el Estatuto del Tribunal Militar Internacional la base del derecho penal internacional material¹⁰⁵. Los injustos cometidos en este conflicto armado supusieron un avance dantesco en relación a las atrocidades que pueden llevarse a cabo durante una guerra¹⁰⁶. La 2ª Guerra Mundial se caracterizó por el hecho de que la población civil pasó a ser considerada un objetivo militar. Por ello, este conflicto armado supuso que en el balance de muertos y heridos hubiera más población civil que miembros de las fuerzas armadas de las partes contendientes¹⁰⁷.

El origen de los juicios de Nüremberg se encuentra en la *Declaración de St. James de 13 de enero de 1942*, en la cual participaron los gobiernos

¹⁰⁴ B. V. SCHAACK y R. C. SLYE. 2007, *loc cit*, pág. 26; T. MERON. 2006, “Reflections of...”, *loc cit*, pág. 551. En sentido contrario, cfr. D. N. PASTOR. 2006, “El poder penal...”, *loc cit*, pág. 44, al entender que las intolerables deficiencias jurídicas del proceso no pueden servir como modelo a seguir en el futuro y L. JIMÉNEZ DE ASÚA. 1952, “Tratado de derecho...”, *loc cit*, pág. 1001.

¹⁰⁵ G. WERLE. 2005, *loc cit*, pág. 50.

¹⁰⁶ D. FLECK. 1998, “The role of individuals in International Humanitarian Law and challenges for states in Its development”, en *International Law Studies* Vol. 71 “The Law of Armed Conflict: Into the next millennium”, Editores: M. N. SCHMITT y L. C. GREEN, Rhode Island: Naval War College, pág. 122, como bien afirma este autor a consecuencia de los crímenes de Guerra, genocidio y crímenes contra la humanidad cometidos durante la 2ª Guerra Mundial, los Estados decidieron aprobar una serie de convenciones internacionales (Convención de 1948 contra el Genocidio y Convenios de Ginebra de 1949) para evitar y sancionar tales comportamientos.

¹⁰⁷ W. MURRAY y A. R. MILLET. 2003, “*La Guerra que había que ganar. Historia de la segunda guerra mundial*”, Barcelona: Memoria Crítica, pág. 611 y 612, afirman estos autores que el balance de fallecidos de la población civil fue el doble e incluso el triple, en el lado ruso, con respecto a los soldados. En concreto, se afirma que la población civil fallecida en el lado de los Aliados ascendió a 35 millones de personas, de las cuales 28 millones fueron rusas, mientras que del lado del Eje fueron unos 4 millones.

exiliados de Bélgica, Checoslovaquia, Grecia, Luxemburgo, Holanda, Noruega, Polonia, Yugoslavia y el Comité de Liberación francés¹⁰⁸. En dicha declaración se trató la represión de los crímenes de guerra, significando un paso importante en la evolución de la creación de una Institución Penal Internacional¹⁰⁹. La Declaración de Moscú de 1943 y la Declaración de Potsdam de 1945 constituyeron el acontecimiento que asentó definitivamente la creación de estos tribunales internacionales¹¹⁰.

4.1. El Tribunal Militar Internacional de Nüremberg.

El Tribunal Internacional Militar de Nüremberg (en adelante, TMIN) se creó el 8 de agosto de 1945, en interés de todas las Naciones Unidas. El Estatuto de Londres se componía de dos textos, el primero denominado “acuerdo” y el segundo “Estatuto Constituyente del Tribunal Militar Internacional”¹¹¹. El acuerdo constaba de un considerando y de siete artículos, en el que se instauraban las bases para la creación del Tribunal Internacional Militar (art.1)¹¹² para los delitos que no tuvieran una localización geográfica determinada, debiendo ser juzgados el resto de delitos en los países donde hubiesen sido cometidos (art. 4) y si los mismos fueron realizados en Alemania, serían los tribunales de ocupación los competentes para juzgarlos (art. 6). El Estatuto estaba compuesto por treinta artículos, encuadrados en siete Títulos¹¹³. Los aspectos más destacados del Estatuto son los siguientes. En el art. 6 del Estatuto se establecía la competencia del TMIN para enjuiciar y

¹⁰⁸ Cfr. T. MERON. 2006, “Reflections of...”, *loc cit*, pág. 559 y ss.; D. N. PASTOR. 2006, “El poder penal...”, *loc cit*, pág. 39 y ss.

¹⁰⁹ J.M. GRAMAJO. 2003, *loc cit*, pág. 63, el objetivo de la citada declaración fue la represión, mediante los canales de la justicia organizada, de los culpables y responsables de los crímenes cometidos, ya sea por quien los hubieran ordenado, perpetrado o participado en los mismos, siendo asegurados a la justicia y sometidos a juicio sin dilación alguna.

¹¹⁰ F. PIGNATELLI y MECA. 2003, “El Estatuto...”, *loc cit*, pág. 47 y 48; cfr. W. MURRAY y A. R. MILLET. 2003, *loc cit*, pág. 624.

¹¹¹ M. OLLÉ SESÉ. 2008, “Justicia Universal...”, *loc cit*, pág. 121; cfr. W. MURRAY y A. R. MILLET. 2003, *loc cit*, pág. 625.

¹¹² F. PIGNATELLI y MECA. 2003, “El Estatuto...”, *loc cit*, pág. 57.

¹¹³ Los siete Títulos eran: 1º Constitución, 2º jurisdicción y Principios Generales, 3º Comisión para el enjuiciamiento y acusación de los principales criminales de guerra, 4º Juicio equitativo para los acusados, 5º Competencia del Tribunal y conducción del juicio, 6º Fallo y Sentencia y, 7º Gastos.

castigar “a las personas que actuando a favor de los intereses de los países europeos del Eje, como individuos o como miembros de organizaciones, hubieran cometido alguno de los crímenes que se enumeran a continuación: crímenes contra la paz (...) crímenes de guerra (...) y crímenes contra la humanidad (...)”. El art. 7 regulaba la no exención de responsabilidad penal de los presuntos criminales por ser Jefes de Estado o funcionarios de gran responsabilidad en dependencias gubernamentales. Por último, en el art. 8 se establecía la no exención de responsabilidad por cumplir órdenes, aunque sí se admitía la atenuación de la posible pena a imponer.

El juicio de Nüremberg comprende la sentencia y caso denominado, *Trial of German Major War Criminals*¹¹⁴. Esta sentencia fue pronunciada por el TMIN de conformidad con el art. 1 del Acuerdo, (delitos que no tenían una localización geográfica determinada cometidos por altos cargos del *Reich*). Los cargos que se imputaron a los acusados¹¹⁵ fueron los de conspiración, crímenes contra la paz, crímenes de guerra y crímenes contra la humanidad¹¹⁶. La idea principal de la defensa consistió, por un lado, en negar la responsabilidad penal del individuo en el derecho internacional, por lo que el único sujeto responsable era el gobierno del *Reich*, en suma, una persona jurídica¹¹⁷; por

¹¹⁴ “Judgment of Nüremberg”, en *American Journal of International Law*, Vol. 41, nº 1, 1947, pág. 172 a 333.

¹¹⁵ Se significa que los acusados fueron *Herman Goering* (Mariscal del *Reich* y Comandante Supremo del arma aérea), *Rudolf Hess* (lugarteniente del Führer), *Von Ribbentrop* (Ministro de Asuntos Exteriores), *Alfred Rosenberg* (Ministro de los Territorios ocupados en el sector oriental), *Keitel* (Mariscal de campo y Jefe del Mando Supremo de las Fuerzas alemanas), *Ernest Kalterbrunnen* (Jefe de policía de seguridad), *Hans Frank* (Gobernador General de Polonia), *Frick* (Ex Ministro de Interior), *Streicher*, *Hjalmar Schacht*, *Walter Funk*, *Carl Doenitz* (Almirante y Canciller a la muerte de Hitler), *Erich Raeder*, *Von Schirach*, *Fritz Sauckel*, *Alfred Jodl* (Jefe de operaciones del alto mando), *Von Papen*, *Seyss-Inquart* (Comisario de los Países Bajos), *Albert Speer*, *Von Neurath* y *Hans Fritzsche* (Ministro de Propaganda).

¹¹⁶ . QUINTANO RIPOLLÉS. 1955, *loc cit*, Tomo I, pág. 431, contra los precitados cargos, las defensas argumentaron multitud de excepciones, resumibles en la violación del principio de legalidad *nullum crimen nulla poena sine lege*, violación del principio de irretroactividad de las normas penales, intrascendencia criminal del denominado “acto de Estado”, falta de operabilidad del derecho penal frente a entidades morales y del derecho internacional frente a individuos y la eximente de obediencia debida legal o jerárquica.

¹¹⁷ *Ibidem*, pág. 425, opina que un posible fallo de la defensa pudo consistir en el hecho de que se colocaron, consciente o inconscientemente, en un plano normal de justicia penal interna, cuyos presupuestos no son los mismos que la internacional, además de que utilizaron una sistemática jurídica de tipo continental, en vez de la sistemática anglosajona (*common law*), que era la predominante en el tribunal.

otro lado, acudieron al principio *universitas delinquere non potest*. Mediante la conjugación de ambas teorías se podría defender la impunidad de los acusados. Es obvio que estas fundamentaciones no tuvieron éxito, toda vez que según dispone uno de los fragmentos más importantes de la sentencia de Nüremberg, los crímenes contra el derecho internacional son cometidos por personas, no por entes abstractos, por lo que solo pueden castigarse aquellos individuos que cometieron tales crímenes¹¹⁸.

4.1.1. *Legitimidad del Tribunal Militar Internacional.*

Los Estados Aliados decidieron juzgar los crímenes cometidos por un Tribunal Militar Internacional *ad hoc* compuesto por las potencias vencedoras. En realidad, no era la primera vez que se pretendía juzgar la comisión de crímenes internacionales, ya que el sistema de Versalles en 1919 trató también de lo mismo. Sin embargo, este sistema falló, al dejarse en manos de la soberanía alemana el enjuiciamiento de los criminales de guerra¹¹⁹. Lo precitado no volvería a ocurrir, toda vez que los Estados Aliados no dejarían que el propio Estado derrotado juzgase a sus nacionales, por lo menos hasta transcurrido un largo período de tiempo.

Llegados a este punto, debemos concretar los fundamentos de la legitimidad del TMIN. Pues bien, las leyes y usos de la guerra reconocen el estado de ocupación militar de un territorio. Desde el momento en que un territorio está sometido a una ocupación militar, la potencia ocupante tiene una serie de deberes para con los habitantes del territorio ocupado, pero también, tiene ciertos derechos o potestades, entre éstas se encuentra la posibilidad de juzgar a los criminales de guerra enemigos que caigan en su poder¹²⁰.

¹¹⁸ *Ibidem*, pág. 426.

¹¹⁹ G. A. FINCH. 1947, "The Nüremberg Trial and International Law", en *American Journal of International Law*, Vol. 41, n° 1, pág. 20.

¹²⁰ G. A. FINCH. 1947, "The Nüremberg Trial...", *loc cit*, pág. 22; H. EHARD. 1949, "The Nüremberg Trial of Mayor War Criminals and International Law", en *American Journal of International Law*, Vol. 43, n° 2, pág. 234; Q. WRIGHT. 1947, "The Law of the Nüremberg Trial", en *American Journal of International Law*, Vol. 41, n° 1, pág. 45; L. OPPENHEIM.

Alemania después de la contienda mundial se quedó sin gobierno alguno, ya que las potencias aliadas pasaron a administrar los territorios ocupados¹²¹. Así pues, la legitimidad del TMIN se fundamentó en la soberanía de los Estados Aliados para legislar en los territorios ocupados¹²², ya que las leyes y costumbres de la guerra reconocían esta posibilidad. Se trataría de un acto legislativo en toda regla¹²³. La esencia de este principio se encuentra en el art. 43 del Reglamento de las leyes y costumbres de la guerra terrestre de 1899, del cual se deduce que los Estados ocupantes tienen pleno derecho para legislar en el territorio ocupado, a fin de adoptar todas las medidas necesarias para restablecer el orden. Dentro de estas medidas se encuentra la posibilidad de constituir tribunales militares para juzgar las violaciones del derecho de la guerra existentes¹²⁴. Asimismo, en el caso de Alemania las potencias ocupantes se encontraron en serias dificultades de aplicar el derecho alemán, que vulneraba los principios básicos de la conciencia humana, por lo que debían sustituir las leyes de este país, aprobándose nuevas normas que respetasen los valores elementales de la humanidad¹²⁵. Para finalizar, considero necesario referirnos al título judicial en el que se fundamentó la competencia del TMIN. Evidentemente, la Carta de Londres constituye el sedimento principal de la jurisdicción del tribunal, pero no es menos cierto que el criterio de jurisdicción empleado fue el denominado principio de beligerancia, por el que los Estados beligerantes tienen competencia para juzgar a los criminales de guerra y a los

1961, *“Tratado de Derecho Internacional Público”*, Barcelona: Bosch, Editada a cargo de H. LAUTERPACHT, Tomo II, Vol. II, pág. 137.

¹²¹ La sentencia del Juicio de Nüremberg estableció que *«the countries to which the German Reich un conditionally surrendered; and the un “the making of the Charter was exercise of the sovereign legislative power by doubted right of these countries to legislate for the occupied territories has been recognized by the civilized world»*.

¹²² H.H. JESCHECK. 2001, “El Tribunal Penal Internacional”, en *Revista Penal*, nº 8, pág. 54, el referido autor critica asimismo que las potencias aliadas no tuvieron en cuenta que el Estado alemán no había desaparecido, lo único que ocurrió es que no tenía gobierno en ejercicio, por lo que opinaba que el TMIN fue un tribunal militar de ocupación; en sentido contrario, cfr. B. V. SCHAACK y R. C. SLYE. 2007, *loc cit*, pág. 31, haciendo referencia al voto particular formulado por JUSTICE R.B. PAL en la sentencia del TMILO, quien consideró que la potestad de crearse un tribunal internacional para juzgar los crímenes de guerra residía en el derecho internacional y no en la soberanía de los Estados vencedores.

¹²³ F.B. SHICK. 1947, “The Nüremberg trial and the International law of the future”, en *American Journal of International Law*, Vol. 41, nº 4, pág. 780.

¹²⁴ L. OPPENHEIM. 1961, *loc cit*, Tomo II, Vol. I, pág. 453; cfr. Y. DINSTEIN. 2009, *“The international law of belligerent occupation”*, Cambridge: Cambridge University Press, pág. 108 y ss.

¹²⁵ L. OPPENHEIM. 1961, *loc cit*, Tomo II, Vol. I, pág. 454.

prisioneros de guerra que tengan en su poder a través de procesos marciales. En realidad, la jurisdicción aplicada en Nüremberg ya formaba parte del derecho de los conflictos armados¹²⁶.

4.1.2. *Críticas al sistema instaurado en Nüremberg.*

Lo cierto es que el sistema creado en Nüremberg fue objeto de numerosas críticas, las cuales se centraron básicamente en la vulneración del principio de legalidad¹²⁷. Las principales objeciones a la sentencia del TMIN pueden resumirse en los siguientes aspectos: a) inexistencia en el procedimiento penal de una fase de instrucción y de la imposibilidad de recurrir la sentencia; b) tribunal *ad hoc*, en el sentido de que el mismo era un tribunal militar creado específicamente para el enjuiciamiento de una serie de delitos que la comunidad internacional de la época consideró como muy graves en el ámbito internacional; c) vulneración del principio *nullum crimen nulla poena sine lege*, toda vez que algunos de los delitos que se imputaron a los acusados no aparecían tipificados en los códigos penales nacionales de los Estados implicados, ni en legislación internacional alguna; asimismo, también se criticó que dichos delitos tuviesen carácter retroactivo, pudiéndose quebrantar también de esa forma el principio de irretroactividad de la ley penal; d) aplicación del principio de *justicia de vencedores*, ya que el tribunal sólo enjuició a criminales de guerra nazis, sin que en ningún momento las autoridades de las potencias aliadas enjuiciasen presuntos crímenes de guerra llevados a cabo por aliados¹²⁸.

¹²⁶ M. CAPELLÁ I ROIG. 2005, “La tipificación...”, *loc cit*, pág. 43.

¹²⁷ Cfr. A. GIL GIL. 1999, “Derecho penal...”, *loc cit*, pág. 66 y ss.; de otra parte encontramos autores que defienden que en los juicios de Nüremberg no se vulneró el principio de legalidad toda vez que los crímenes internacionales por los cuales se condenó a los principales líderes del régimen nazi, ya estaban prohibidos en el derecho consuetudinario, siendo por lo tanto legítima la condena, cfr. S. GLUECK. 2008, “The Nüremberg trial and aggressive war”, en *Perspectives on the Nüremberg trial*, Editor: G. METTRAUX, London: Oxford University Press, pág. 86 y ss.; D. N. PASTOR. 2006, “El poder penal...”, *loc cit*, pág. 42.

¹²⁸ G. WERLE. 2005, *loc cit*, pág. 54; habría que tener en cuenta que por parte de las potencias aliadas también se cometieron diversos crímenes de guerra durante el transcurso de la 2ª guerra mundial, por ejemplo, el bombardeo genérico de ciudades alemanas (Dresden y Hamburgo), el hundimiento de barcos mercantes japoneses por submarinos aliados si previo aviso, la agresión a Polonia, Finlandia y Bulgaria por parte de la antigua URSS, la masacre cometida por el ejército ruso contra la oficialidad polaca en *Katyn* -cfr. sentencia de 16 de abril del 2012 del

En cuanto a la inexistencia de una fase de instrucción, resulta extraño que en el Estatuto del TMIN no se reflejase la ejecución de tal fase procesal, la cual facilita posteriormente el desarrollo de la vista oral, en donde en realidad se produce el juicio formalmente y las pruebas adquieren la validez suficiente para condenar a una persona. Entiendo que la omisión de dicha fase procesal se debió a la premura que tenían los Estados vencedores en dictar una sentencia condenatoria sobre los hechos acaecidos durante la contienda armada. El paso del tiempo podría haber corrido en contra de los intereses de los Estados Aliados, que querían dar ejemplo para evitar en el futuro sucesos parecidos. Sobre la inexistencia de la posibilidad de recurrir la sentencia, desde mi punto de vista, esto conllevó una limitación fundamental e inexplicable en los derechos de los acusados, que perjudicó seriamente la credibilidad del juicio y puso en entredicho la finalidad del mismo, que fue claramente retributiva. Con respecto al hecho de que el tribunal fuese *ad hoc*, esta circunstancia se criticó, ya que la constitución retroactiva del mismo para juzgar hechos ocurridos con anterioridad a su constitución, vulneraba el principio de *rule of law*¹²⁹.

Sobre la vulneración del principio de legalidad, hemos de reconocer que la mayoría de juristas centraron sus críticas, sin piedad alguna, en este aspecto¹³⁰. Los cargos que se imputaron a los acusados consistieron en la comisión de crímenes contra la paz, crímenes de guerra, crímenes contra la humanidad y conspiración o plan común para cometer los delitos anteriormente

Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante, TEDH), *case of Janowiec and others v. Russia*- y el bombardeo atómico de los EE.UU. contra las ciudades de Hiroshima y Nagasaki, lo anterior es sólo una muestra breve de las acciones llevadas a cabo por los aliados y que encajaban perfectamente en los tipos penales tipificados en el art. 6 del Estatuto de Nüremberg y que sin embargo se dejaron de lado, cf. H.H JESCHECK. 2001, “El Tribunal...”, *loc cit*, pág. 54; D. N. PASTOR. 2006, “El poder penal...”, *loc cit*, pág. 42.

¹²⁹ Cfr. D. ZOLO. 2007, *loc cit*, pág. 163; cfr. A. ASHWORTH. 1995, “Principles of criminal law”, ed: Clarendon Press, Oxford, pág. 67 y ss.; cfr. A.T.H. SMITH. 1984, “Judicial law making in the criminal law”, en *The Law Quarterly Review*, Vol. 100, January.

¹³⁰ Cfr. H. KELSEN. 1944, “La paz...”, *loc cit*, pág. 104 y ss.; L. JIMÉNEZ DE ASÚA. 1952, “Tratado de derecho...”, *loc cit*, pág. 1253 y ss.; H. EHARD. 1949, *loc cit*, pág. 239; G. A. FINCH. 1947, “The Nüremberg Trial...”, *loc cit*, pág. 33; J. DOBOVSEK. 2008, *loc cit*, pág. 57; J. CEREZO MIR. 1998, “Curso de Derecho Penal español. Parte General I, Introducción”, Madrid: Tecnos, pág. 210; C MIGLIOLI. 1957, “Liniamenti di giustizia internazionale penale”, Societa editrice Tirrena, Livorno, pág. 73 y ss.; cfr. A. GIL GIL. 1999, “Derecho penal...”, *loc cit*, pág. 68 y ss.; A. BLANC ALTEMIR. 1990, “La violación de los derechos humanos fundamentales como crimen internacional”, Barcelona: Bosch, pág. 18 y ss.

enunciados. Ciertamente, muchos de los crímenes relacionados no estaban tipificados en legislación doméstica alguna, ni mucho menos en un tratado internacional, por lo que surgía el tremendo entuerto de cómo justificar su represión sin vulnerar el principio de legalidad, el cual ya se había afirmado que era de aplicación también en el derecho internacional¹³¹. Un ejemplo de lo anterior, se encuentra en el crimen de agresión, que no estaba tipificado en ninguna norma, lo único que aparecía contemplado en el derecho internacional era la prohibición de la guerra, es decir, la guerra podía ser un acto ilegal, pero en ningún caso se estipulaba una sanción o pena por iniciar una guerra injusta. En relación a lo anterior, el Pacto *Briand Kellog* de 1928 de renuncia a la guerra enunciaba en su preámbulo que «(...) *toda Potencia signataria que en lo sucesivo tratase de desenvolver sus intereses nacionales recurriendo a la guerra deberá ser privada del beneficio del presente tratado*¹³²». Como puede observarse, no se reguló sanción o castigo alguno por vulnerar el pacto, sólo se mencionó que la parte que lo vulnerase dejaría de beneficiarse del mismo. A mayor abundamiento, la Sociedad de Derecho Internacional en el año 1934, manifestó, en relación al pacto de renuncia a la guerra, que éste no contenía ninguna norma o cláusula que conllevara responsabilidad penal alguna por la vulneración del pacto¹³³. De otra parte, no podemos olvidar que los Estados Aliados también realizaron conductas similares de agresión que no fueron objeto de sanción alguna¹³⁴. En cualquier caso, el tribunal rechazó la vulneración del principio de legalidad, toda vez que éste debía ser considerado como un principio de justicia que no podía constituir una limitación de la soberanía¹³⁵.

¹³¹ H. EHARD. 1949, *loc cit*, pág. 231.

¹³² F. PIGNATELLI y MECA. 2003, “El Estatuto...”, *loc cit*, pág. 41.

¹³³ G. A. FINCH. 1947, “The Nüremberg Trial...”, *loc cit*, pág. 31 y; K. AMBOS. 2010, “El derecho penal...”, *loc cit*, pág. 239.

¹³⁴ Hay que tener en cuenta que la Unión de Repúblicas Soviéticas Socialistas atacó con anterioridad a Finlandia y posteriormente durante la contienda armada mundial a Polonia y que Alemania se anexionó Austria y Checoslovaquia con el consentimiento de los Estados Aliados, cfr. G. A. FINCH. 1947, “The Nüremberg Trial...” *loc cit*, pág. 27 y ss.

¹³⁵ I. BANTEKAS y S. NASH. 2007, *loc cit*, pág. 499; cfr. “Judgment of Nüremberg”. 1947, *loc cit*, pág. 218.

Las críticas efectuadas sobre el crimen contra la humanidad tampoco son baladíes, ya que el tribunal sólo condenó este delito siempre que quedase acreditado que el mismo se había cometido en conexión con otros delitos del Estatuto, lo que daba lugar a pensar que podían consistir en crímenes de guerra¹³⁶, en lugar de un tipo penal independiente; aquellos que fueron cometidos antes del inicio de la guerra quedaron sin condenar¹³⁷. Posteriormente a través de la Ley nº 10 del Control del Consejo Aliado se pudieron castigar los crímenes contra la humanidad a pesar de que no tuvieran conexión alguna con el resto de crímenes de la citada ley¹³⁸.

Nüremberg fue una justicia de vencedores. Muchos juristas consideraron necesario crear un tribunal penal internacional en lugar de un tribunal militar de las potencias aliadas, en el que no hubo sitio ni para Estados neutrales ni para jueces del Estado derrotado, lo que hubiera contribuido positivamente a su imparcialidad¹³⁹. Aún sí, debemos significar que el único precedente de constitución de un tribunal internacional para juzgar crímenes internacionales, fue el Tratado de Versalles y la Convención de 1937 de represión del terrorismo, que pretendían la creación de un tribunal internacional, pero los mismos nunca se constituyeron. De igual forma, muchos de los crímenes contemplados en el Estatuto de Nüremberg fueron llevados a cabo desde la cúpula del gobierno Nazi, con el consentimiento del resto de poderes estatales, es decir, legislativo, ejecutivo y judicial, de ahí que fuera casi imposible que los propios jueces del Estado derrotado, o sus tribunales,

¹³⁶ I. BANTEKAS y S. NASH. 2007, *loc cit*, pág. 506; cfr. T. MERON. 2006, “Reflections of...”, *loc cit*, pág. 568, quien sostiene que el ámbito de TMIN estaba limitado a crímenes relacionados con el conflicto armado, quedando impunes todos aquellos cometidos con anterioridad al mismo.

¹³⁷ Cfr. A. GIL GIL. 1999, “Derecho penal...”, *loc cit*, pág. 70 y ss.

¹³⁸ Cfr. I. BANTEKAS y S. NASH. 2007, *loc cit*, pág. 502.

¹³⁹ H. KELSEN. 1944, “La paz...”, *loc cit*, pág. 122 y ss, este jurista ha sido uno de los mayores defensores de la constitución de un tribunal penal internacional permanente para juzgar la comisión de crímenes internacionales, así se evitaría la parcialidad. Dicho tribunal debería incluir a todos los Estados de las Naciones Unidas, Estados vencedores y vencidos. De igual modo Kelsen opinaba que se tenía que obtener el consentimiento del Estado derrotado para poder juzgar a sus nacionales, al igual que sucedió en Versalles. Por último, entiende Kelsen que los nacionales de los estados victoriosos también deberían estar sujetos a la nueva justicia penal internacional.

podieran conocer de los mismos¹⁴⁰. Sobre los crímenes de guerra¹⁴¹, no hubo muchas objeciones en cuanto a la posibilidad de ser castigados por un tribunal militar internacional, ya que si un Estado podía castigarlos individualmente, con mayor justificación podrían diversos Estados hacer lo mismo de forma conjunta, a través de un tribunal especial¹⁴².

4.1.3. *El legado de Nüremberg.*

El Estatuto y la sentencia de Nüremberg constituyen la pieza fundamental y origen del derecho penal internacional, de ahí su innegable valor¹⁴³. De forma sumaria, podemos afirmar que por primera vez se instauró el carácter criminal de la guerra de agresión. Se admitió al individuo en el campo del derecho internacional, tanto en su calidad de sujeto activo como de sujeto pasivo, pues a la vez que se acusó y condenó a personas, también se enjuiciaron conductas criminales perpetradas contra personas, ampliándose el ámbito de aplicación del derecho internacional. Se afirmó la supremacía del derecho internacional sobre el nacional, la propia sentencia del tribunal estableció que la idea fundamental del Estatuto fue la de sentar que las obligaciones internacionales impuestas a los individuos han de primar en todo evento sobre sus deberes de obediencia hacia el Estado de quien dependan, así pues, quién viola las leyes de guerra no puede justificarse posteriormente alegando el mandato recibido del Estado¹⁴⁴. Por primera vez la comunidad internacional consideró que determinadas conductas perjudicaban o ponían en

¹⁴⁰ A. CASSESE. 2008, “International criminal...”, *loc cit*, pág. 321.

¹⁴¹ Cfr. H.H. JESCHECK y T. WEIGEND. 2002, “*Tratado de Derecho Penal. Parte General*”, Granada: Comares, pág. 128, afirman que los crímenes de guerra se castigaban en virtud del derecho consuetudinario.

¹⁴² I. BANTEKAS y S. NASH. 2007, *loc cit*, pág. 503; cfr. A. GIL GIL. 1999, “Derecho penal...”, *loc cit*, pág. 70, quien sostiene que los crímenes de guerra eran los únicos comportamientos que quizás existían en el derecho consuetudinario; cfr. H.H. JESCHECK. 1982, “Nüremberg Trials”, en R. BERNHARD (ed.), *Encyclopedia of Public International Law*, Inst. 4, pág. 52 y 53.

¹⁴³ Cfr. I. BANTEKAS y S. NASH. 2007, *loc cit*, pág. 498. En sentido contrario, cfr. D. N. PASTOR. 2006, “El poder penal...”, *loc cit*, pág. 43, quien no lo considera un poder penal válido.

¹⁴⁴ A. QUINTANO RIPOLLÉS. 1955, *loc cit*, Tomo I, pág. 429.

peligro la seguridad de la humanidad. Por ello, debían considerarse crímenes internacionales y atraer la correspondiente responsabilidad penal.

A pesar de la vulneración del principio de legalidad, los crímenes internacionales enunciados en el Estatuto del TMIN han permanecido inamovibles y se han consagrado como parte del derecho internacional consuetudinario. El tribunal supuso una ruptura total con el principio de que los crímenes de guerra eran reprimidos exclusivamente en el ámbito estatal, aplicando éstos su normativa vigente, principalmente sus códigos penales militares¹⁴⁵. Otro aspecto relevante fue que en el Estatuto del TMIN los altos cargos también podían ser juzgados sin importar la inmunidad que tenían¹⁴⁶. Como ya se dijo en la sentencia de Nüremberg, «*el juicio que ahora va a comenzar es único en la historia de la jurisprudencia mundial y es de suprema importancia para millones de personas de todo el planeta*» Efectivamente, el sistema de Nüremberg fue único y tuvo como finalidad principal impartir justicia a fin de no dejar impunes las espeluznantes acciones llevadas a cabo por el régimen nazi. Se tuvo que dar un paso al frente para hacer justicia y, en cierta forma, este paso supuso la violación de principios básicos del mundo civilizado. Empero lo antedicho, el tiempo ha demostrado que tal paso al frente no fue equivocado, toda vez que los principios de Nüremberg actualmente son parte del derecho consuetudinario y, como se ha expuesto, los crímenes regulados en el Estatuto del TMIN forman parte del derecho consuetudinario y de la mayoría de los códigos penales de la comunidad internacional¹⁴⁷. Resulta relevante indicar que la Asamblea General de Naciones Unidas (en adelante, AGNU) confirmó los principios reconocidos en el Estatuto del TMIN y en la

¹⁴⁵ Cfr. J.L. FERNÁNDEZ FLORES y DE FUNES. 1988, “Delitos contra las leyes y usos de la guerra”, en *Comentarios al Código Penal Militar*, Coord. R. BLECUA FRAGA y J.L. RODRÍGUEZ VILLASANTE y PRIETO, Madrid: Civitas, pág. 810 y ss., quien hace referencia como antecedentes más próximos de represión de crímenes de guerra dentro de nuestro ordenamiento jurídico al Código Penal del Ejército de 1884 y al Código Penal de la Marina de Guerra de 1888, los cuales dentro del Título “*Delitos contra el derecho de Gentes*” castigan determinadas violaciones del derecho internacional de los conflictos armados o actual derecho internacional humanitario.

¹⁴⁶ A. CASSESE. 2008, “International criminal...”, *loc cit*, pág. 323.

¹⁴⁷ Hay algunos autores que consideran que las reglas de Nüremberg no han sido asumidas por el derecho internacional, cfr. H.H. JESCHECK y T. WEIGEND. 2002, “Tratado de...”, *loc cit*, pág. 128.

sentencia de dicho tribunal mediante la Resolución 95 (I) de 11 de diciembre de 1956.

4.2. *El Tribunal Militar Internacional de Tokio.*

El Tribunal Militar Internacional para el Lejano Oriente o de Tokio (en adelante, TMILO), tiene como aspecto principal que su instauración se debe al General MACARTHUR, quién mediante una proclama¹⁴⁸ de 19 de enero de 1946 lo creó. A la vista de lo anterior, se puede afirmar que el tribunal podría asemejarse más a las típicas comisiones militares encargadas de enjuiciar delitos militares¹⁴⁹ que a un tribunal internacional. Sin embargo, a causa del conjunto de jueces que lo componían se puede justificar que fue un tribunal en pleno derecho. Incluso, hay ciertas opiniones que entienden que este tribunal fue más imparcial que el de Nüremberg, ya que si en éste los jueces sólo eran de los Estados vencedores, en el de Tokio hubo jueces de Estados neutrales, los cuales podían tener una visión distinta y menos retributiva que la de los Estados vencedores. Un ejemplo de lo anterior lo encontramos en la opinión separada a la sentencia de Tokio del juez de la India JUSTICE PAL, quien criticó abiertamente la falta de competencia del tribunal militar y consideró que los crímenes enunciados en el Estatuto del TMILO y el proceso seguido en el mismo, suponían una violación del principio de legalidad¹⁵⁰. Así pues, una característica relevante del este tribunal fue la mayor apariencia de imparcialidad, al participar jueces de otros Estados¹⁵¹. Los fundamentos y la estructura externa del tribunal es casi idéntica al de Nüremberg, además el derecho emanado de éste fundamentó las decisiones judiciales del tribunal de Tokio. Los crímenes tipificados en el del Estatuto del TMILO fueron los

¹⁴⁸ I. BANTEKAS y S. NASH. 2007, *loc cit*, pág. 507; B. V. SCHAACK y R. C. SLYE. 2007, *loc cit*, pág. 33

¹⁴⁹ I. BANTEKAS y S. NASH. 2007, *loc cit*, pág. 508; cfr. M^a. D. BOLLO AROCENA. 2004, *loc cit*, pág. 427, quién entiende que los tribunales de Nüremberg y Tokio no fueron tribunales en el sentido técnico jurídico de la palabra; en el mismo sentido M. C. BASSIOUNI y P. MANIKAS. 1996, “*The law of the International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia*”, New York: Transnational Publisher, pág. 201.

¹⁵⁰ A. QUINTANO RIPOLLÉS. 1955, *loc cit*, Tomo I, pág. 437; M^a. D. BOLLO AROCENA. 2004, *loc cit*, pág. 426 y 427; B. V. SCHAACK y R. C. SLYE. 2007, *loc cit*, pág. 34.

¹⁵¹ A. QUINTANO RIPOLLÉS. 1955, *loc cit*, Tomo I, pág.434.

mismos que en Nüremberg, crímenes contra la paz, crímenes de guerra y crímenes contra la humanidad, debiéndose significar que en el Estatuto del tribunal de Tokio no se incluyó el cargo de conspiración o plan común (conspiracy or *common plan*)¹⁵².

Lo más característico de tribunal, a diferencia del de Nüremberg, fue que muchos de los cargos dirigidos contra los acusados fue con base en la responsabilidad del superior, al omitirse por parte de éstos los deberes que como jefes de unidades militares o de campos de prisioneros de guerra tenían. Lo anterior supuso un precedente muy importante para el derecho penal internacional y para la figura jurídica de la responsabilidad del superior. El principio de oportunidad en el tribunal de Tokio fue apreciable. En Nüremberg se enjuiciaron a los más importantes líderes del movimiento Nazi, no así en Tokio, en donde no se acusó al Emperador HIROHITO, por razones políticas¹⁵³. Por último, las críticas efectuadas al sistema de Nüremberg fueron repetidas ante el TMILO, fundamentándose las respuestas a dichas objeciones de idéntica forma que se hizo en Nüremberg¹⁵⁴.

4.3. La Ley núm. 10 del Control del Consejo Aliado.

Esta norma ostenta una naturaleza penal y procesal, teniendo por finalidad impartir justicia respecto de los criminales de guerra que no fueron juzgados en Nüremberg, ya que no fueron considerados como grandes criminales de guerra. Tanto en Nüremberg como en Tokio se juzgaron aquellos delitos que por sus características se cometieron en lugares sin localización geográfica alguna, lo que solía dar lugar a que los autores fueran grandes criminales de guerra. El resto de crímenes llevados a cabo por criminales de menor rango o nivel¹⁵⁵, fueron juzgados bien por los tribunales militares de

¹⁵² M. OLLÉ SESÉ. 2008, “Justicia Universal...”, *loc cit*, pág.127.

¹⁵³ M. C. BASSIOUNI. 1999, “Crimes Against...”, *loc cit*, pág. 531.

¹⁵⁴ A. QUINTANO RIPOLLÉS. 1955, *loc cit*, Tomo I, pág. 436 y 437; I. BANTEKAS y S. NASH. 2007, *loc cit*, pág. 508.

¹⁵⁵ Cuando nos referimos a criminales de menor enjundia, lo es por razón del cargo que ocupaban y no por el crimen cometido.

ocupación que se instituyeron en los territorios ocupados, bien por tribunales locales, que aplicaron tanto el derecho internacional como el derecho doméstico. Normalmente, las cuestiones sustantivas estaban sujetas al derecho internacional, mientras que las cuestiones adjetivas o procesales se solventaban a través de las normas estatales. En el caso de que pudiese existir una colisión entre las normas a aplicar, prevalecería, en todo caso, el derecho internacional sobre el doméstico¹⁵⁶.

Como puede observarse, al finalizar la 2ª Guerra Mundial, tanto el TMIN como los tribunales nacionales y los de las potencias ocupantes tenían competencia para juzgar a los criminales de guerra. A consecuencia de esto y para evitar disfunciones en la aplicación del derecho, los aliados crearon una norma común para el enjuiciamiento de los criminales de guerra que no fueron juzgados en Nüremberg, por no ser considerados grandes criminales de guerra, dándose de esta manera una uniformidad legislativa a los procesos penales surgidos tras dicha contienda armada. Los tribunales militares de los países ocupantes que se encargaron de juzgar a los criminales de guerra dentro de los territorios ocupados aplicaron la denominada Ley núm. 10 del Control del Consejo Aliado. En aquellos otros territorios que no estaban bajo ocupación se aplicó principalmente el derecho nacional, eso sí, influenciado por el sistema de Nüremberg. En cualquier caso, los principios derivados del proceso de Nüremberg fueron vitales para interpretar los diversos casos penales que tuvieron lugar en aplicación de la Ley núm. 10 del Control del Consejo Aliado o de cualquier otro proceso penal contra un criminal de guerra. En dicha ley se establecían los tres crímenes característicos del Estatuto del TMIN más uno nuevo, el pertenecer a una organización declarada por el tribunal de Nüremberg como criminal, en concreto, las SS, la Gestapo y el Partido Nacional Socialista. En la Ley núm. 10 del Control del Consejo Aliado se prescindió, al igual que en el Estatuto de Tokio, del cargo de conspiración o plan común. En la referida ley, el crimen contra la humanidad no necesitaba que fuera cometido en conexión con un crimen de guerra o un crimen de agresión, lo que dio lugar a

¹⁵⁶ A. QUINTANO RIPOLLÉS. 1955, *loc cit*, Tomo I, pág. 439.

que fuese ya totalmente independiente del resto de crímenes internacionales. En relación a las penas, la Ley núm. 10 del Control del Consejo Aliado fue más elástica y amplia que el Estatuto de Núremberg, ya que había mayor variedad de castigos, por lo que se podía individualizarse mejor la sanción penal¹⁵⁷. La importancia de los doce procesos llevados a cabo ante las autoridades militares norteamericanas, conocidos como procesos sucesivos a Núremberg, es notable, al haber enriquecido el derecho penal internacional¹⁵⁸. La legitimidad de los procesos penales instruidos con ocasión de la Ley núm. 10 del Control del Consejo Aliado, tuvo su origen en la Declaración de Moscú de 1943¹⁵⁹. Con base en esta declaración, el fundamento principal para ejercer la jurisdicción penal se encuentra en el principio de beligerancia. Lo anterior puede justificarse a partir de lo dispuesto en un fragmento de la sentencia recaída en el caso *Hostages Trial*, en donde se dice que la naturaleza inherente de un crimen de guerra es normalmente causa suficiente para atraer la jurisdicción de los tribunales de los estados beligerantes que tengan en su poder a los presuntos responsables¹⁶⁰. Como conclusión, al igual que ocurrió en los procesos de Núremberg y Tokio, en las causas seguidas bajo la Ley núm. 10 del Control de Consejo Aliado, se alegó la quiebra del principio de legalidad, siendo también rechazada la misma.

5. Los Tribunales Penales Internacionales para la antigua Yugoslavia y para Ruanda.

5.1. *Origen.*

Tras los juicios de Núremberg y de Tokio hubo un gran interés por la comunidad internacional, a través de las Naciones Unidas¹⁶¹, para el desarrollo

¹⁵⁷ M. OLLÉ SESÉ. 2008, “Justicia Universal...”, *loc cit*, pág. 130.

¹⁵⁸ G. WERLE. 2005, *loc cit*, pág. 59.

¹⁵⁹ M. OLLÉ SESÉ. 2008, “Justicia Universal...”, *loc cit*, pág. 127.

¹⁶⁰ *Trials of war Criminals before the Nürnberg Military Tribunals under Control Council n° 10*. 1950, Washington: United States Government, Vol. XI, *The Hostages Case*, pág. 1241.

¹⁶¹ Hay que recordar que el 26 de julio de 1945 se aprueba la Carta de Naciones Unidas, creándose así la organización internacional más importante de la historia hasta el momento, las Naciones Unidas (en adelante, ONU). Dicha organización está compuesta, entre otros órganos,

del derecho penal internacional, ya fuese con ideas tales como constituir un tribunal penal internacional permanente¹⁶² o la creación de un proyecto de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad¹⁶³. Estas iniciativas, loables en toda circunstancia, quedaron aparcadas de toda implementación en el derecho internacional, ya que hasta pasados más de cuatro décadas no volvería a instituirse un nuevo tribunal penal internacional que tuviera por finalidad juzgar crímenes internacionales. Los antecedentes de la justicia penal internacional pueden resumirse en la creación de tribunales *ad hoc* impuestos por la parte vencedora sobre la parte vencida. Empero lo antedicho, la formación del Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia y para Ruanda, no tuvo su origen en la imposición de los vencedores sobre la parte derrotada, sino que fue la comunidad internacional quién decidió instituir estos órganos judiciales internacionales, a través del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas¹⁶⁴. La causa de su creación fue, por un lado, el conflicto armado que había estallado en la antigua Yugoslavia en el año 1991¹⁶⁵, con la consecuente violación constante del DIH¹⁶⁶; y por otro lado, las graves violaciones de los derechos humanos que se produjeron en el año 1994¹⁶⁷ en Ruanda, por motivos principalmente étnicos. El Consejo de Seguridad de

por el Consejo de Seguridad y por la Asamblea General, cuyas funciones en relación con el desarrollo y aplicación del derecho y de la justicia penal internacional es fundamental.

¹⁶² Res. 260B (III) de la AGNU de 9 de diciembre de 1948.

¹⁶³ Res. 177 (II) de la AGNU de 21 de noviembre de 1947.

¹⁶⁴ M. C. BASSIOUNI y P. MANIKAS. 1996, *loc cit*, pág. 201; la realidad es que el proceso de institución del TPIY no fue un camino sencillo, ya que diversos Estados entendían que la creación de dicho tribunal podría perjudicar el proceso de paz, otros pensaban que lo mejor era que el tribunal fuese creado por un tratado internacional entre las partes afectadas y otra parte consideró que era el mejor momento para constituir un tribunal penal internacional de forma permanente; cfr. C. QUESADA ALCALÁ. 2005, *loc cit*, pág. 61; B. V. SCHAACK y R. C. SLYE. 2007, *loc cit*, pág. 38 y 39.

¹⁶⁵ En cuanto al momento elegido para crear un tribunal penal ad hoc, debemos criticar que con anterioridad hubo otros conflictos armados que también podían haber dado lugar a la creación de tales tribunales, sin embargo, toda vez que se estaba en la denominada guerra fría, no había consenso político suficiente como para instaurar tales órganos judiciales, cfr. P. A. FERNÁNDEZ SÁNCHEZ. 1997, “Jurisdicción Internacional y Justicia Universal penal”, en *Cursos de Derecho Internacional de Vitoria Gasteiz*, pág. 290.

¹⁶⁶ M. TORRES PÉREZ. 2008, *loc cit*, pág. 64; G. WERLE. 2005, *loc cit*, pág. 62 y D. SHRAGA y R. ZACKLIN. 1994, “The International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia”, en *European Journal of International Law*, N° 5, pág. 361.

¹⁶⁷ Hemos de reseñar que los asesinatos en masa cometidos contra la etnia Tutsi en Ruanda vienen de tiempo atrás, en concreto, en los años 1959, 1963, 1966 y 1973 se llevaron a cabo actos que perfectamente podrían estar encuadrados en el crimen de genocidio; cfr. D. SHRAGA y R. ZACKLIN. 1996, “The International Criminal Tribunal for Rwanda”, en *European Journal of International Law*, n° 7, pág. 502.

Naciones Unidas, a petición del propio gobierno de Ruanda¹⁶⁸, decidió constituir un Tribunal Penal Internacional *ad hoc*, a través de la Resolución 955 (1994) de 8 de noviembre. Una peculiaridad del Tribunal Penal Internacional para Ruanda es que conocerá de las violaciones al art. 3 común de los Convenios de Ginebra y del Protocolo Adicional II a dichos convenios, reconociéndose así como crímenes internacionales tales violaciones¹⁶⁹.

Las principales resoluciones del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas que dieron origen al Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia fueron las siguientes, la Resolución 764 (1992)¹⁷⁰, la Resolución 780 (1992)¹⁷¹, la Resolución 808 (1993)¹⁷² y la Resolución 827 (1993)¹⁷³ por la

¹⁶⁸ Resulta curioso observar como en un primer momento el Gobierno de Ruanda solicitó al CSNU la creación de dicho tribunal, para posteriormente, cuando se iba a aprobar su constitución, el mismo gobierno, votar en contra de su creación; el motivo de dicho voto en contra fue que el Estatuto del TPIR no admitía la pena de muerte por la comisión de delitos de genocidio; cf. D. SHRAGA y R. ZACKLIN. 1996, “The International Criminal Tribunal for Rwanda...”, *loc cit*, pág. 504.

¹⁶⁹ C. QUESADA ALCALÁ. 2005, *loc cit*, pág. 60.

¹⁷⁰ En dicha resolución se estableció la obligación de todas las partes en conflicto para cumplir con las obligaciones impuestas por el derecho humanitario internacional, especialmente los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949; asimismo, también se afirmó que quienes cometieran u ordenasen cometer la comisión de violaciones graves de los Convenios serían considerados personalmente responsables de dichas violaciones.

¹⁷¹ En esta resolución se pide al Secretario General de la Organización que estableciera, con carácter urgente, una Comisión de Expertos encargados de examinar y analizar toda la información, con objeto de presentar la evidencia de graves transgresiones de los Convenios de Ginebra y otras graves violaciones del derecho humanitario internacional cometidas en el territorio de la antigua Yugoslavia; cfr. F. PIGNATELLI y MECA. 1994, “Consideraciones acerca del establecimiento del Tribunal Internacional para el enjuiciamiento de los presuntos responsables de violaciones graves del derecho internacional humanitario cometidas en el territorio de la ex Yugoslavia a partir de 1991”, en *Revista Española de Derecho Militar*, Vol. 64, pág. 4 y ss.; cfr. M. C. BASSIOUNI y P. MANIKAS. 1996, *loc cit*, pág. 205; el documento que elaboró la comisión de expertos, Doc. S/25274 de 10 de febrero de 1993, fue en cierta manera muy arriesgado, toda vez que dicha comisión pretendía la aplicación de las normas básicas del DIH a un conflicto el cual todavía no se sabía si era internacional o no, lo que demuestra la intención de la comisión de ampliar el ámbito de aplicación de los Convenios de Ginebra de 1949 a los conflictos internos.

¹⁷² En esta resolución se afirma que a la vista de la información recabada se puede determinar que la situación en el territorio de la antigua Yugoslavia suponía una amenaza para la paz y seguridad internacional y que como medida para poner fin a los crímenes que allí se estaban cometiendo y hacer comparecer a los responsables de los mismos se iba a establecer “*un Tribunal Internacional para el enjuiciamiento de los presuntos responsables de las violaciones graves del DIH cometidas en el territorio de la ex Yugoslavia desde 1991*”.

¹⁷³ Resolución 827 (1993), de 25 de mayo, del CSNU por la que se crea el Estatuto del Tribunal Internacional para el castigo de los crímenes internacionales perpetrados en la antigua Yugoslavia; publicado en el BOE núm. 281, de 24 de noviembre de 1993; cfr. M. CASTILLO DAUDÍ y S. SALINAS ALCEGA. 2007, “*Responsabilidad penal del individuo ante los Tribunales Internacionales*”, Valencia: Tirant Lo Blanch, pág. 42; F. PIGNATELLI y MECA.

cual se creó el TPIY y su Estatuto, todo ello de acuerdo con el Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas (en adelante, CNU). De manera muy sucinta, podemos sostener que la competencia del Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia es temporal, material y personal. La competencia material aparece determinada en el art.1 del Estatuto del TPIY, al establecer que el tribunal tendrá competencia para enjuiciar a los presuntos responsables de violaciones graves del DIH, cometidos en el territorio de la ex Yugoslavia a partir de 1991, de lo que se deduce que cualquier violación grave del DIH cometida con anterioridad a dicha fecha, no puede ser objeto de persecución por el tribunal. Sobre la competencia material, los art. 2 a 5 del Estatuto del TPIY concretan los crímenes de los que puede conocer el tribunal, siendo éstos, las infracciones graves de los Convenios de Ginebra de 1949, las violaciones de las leyes y costumbres de la guerra, el genocidio y los crímenes de lesa humanidad, es decir, los denominados *core crimes*¹⁷⁴. Por último, la competencia personal se regula en el art. 6 y 7 del estatuto, deduciéndose de los mismos que el tribunal sólo tiene competencia para juzgar a personas naturales, dando igual el cargo oficial que desempeñasen éstas, si el crimen fue en ejecución de una orden de un superior o que el mismo fuese cometido por un subordinado¹⁷⁵. Con respecto al Tribunal Penal Internacional para Ruanda, las principales resoluciones del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas que dieron origen a este tribunal fueron las siguientes, la Resolución 912 (1994)¹⁷⁶, la Resolución 918 (1994)¹⁷⁷, la Resolución 925 (1994), la Resolución 935

1994, “Consideraciones acerca...”, *loc cit*, pág. 49; M. C. BASSIOUNI y P. MANIKAS. 1996, *loc cit*, pág. 205 y ss.; R. HUESA VINAIXA. 1994, “El Tribunal Internacional para juzgar los crímenes cometidos en la ex Yugoslavia y la sanción internacional de los crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad”, en *Cursos de Derecho internacional de Vitoria Gasteiz*, pág. 174.

¹⁷⁴ G. WERLE. 2005, *loc cit*, pág. 65.

¹⁷⁵ M. CASTILLO DAUDÍ y S. SALINAS ALCEGA. 2007, *loc cit*, pág. 45.

¹⁷⁶ En esta resolución se condena la violencia desencadenada en Ruanda y los ataques que se estaban produciendo contra la UNAMIR, indicando a las partes que debían respetar en todo caso el DIH.

¹⁷⁷ En dicha resolución se expresa la alarma por las constantes violaciones, sistemáticas y generalizadas del DIH, recordando que la matanza de miembros de un grupo étnico con la intención de destruirlos es un crimen de genocidio.

(1994)¹⁷⁸, y finalmente mediante la Resolución 955 (1994) por la cual se constituyó el Tribunal Penal Internacional para Ruanda¹⁷⁹.

5.2. Base legal para el establecimiento de los tribunales penales internacionales.

El punto de partida lo encontramos en las resoluciones aprobadas por el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, quién en aplicación del Capítulo VII de la Carta de Naciones Unidas decidió crear un tribunal penal internacional. Como puede apreciarse a simple vista, los tribunales *ad hoc* surgen mediante una resolución del CSNU y no a través de un tratado internacional, como había ocurrido en anteriores ocasiones¹⁸⁰. Los principales argumentos que se esgrimieron para no elegir la forma legal de un tratado fueron que éste es un sistema muy lento, lo cual hubiera retrasado demasiado la aplicación rápida de una justicia internacional y que se corría el peligro de que los Estados implicados en la comisión de las violaciones graves del DIH no lo ratificasen. De otra parte, este mecanismo de creación de un tribunal internacional es mucho más rápido y obliga a la comunidad internacional a

¹⁷⁸ En esta resolución se condena todas las violaciones del derecho internacional humanitario en Ruanda, en particular aquellas que tienen como objetivo la población civil, y recordó que las personas que participaban en esos actos o los instigaban eran responsables de ellos a título individual; asimismo, se pide que se constituya una Comisión de Expertos para que analice y examine la situación en Ruanda, elaborando ésta un informe final que establece tres cuestiones fundamentales: primera, que personas de ambos bandos han cometido violaciones graves del DIH, en particular, las obligaciones estipuladas en el art. 3 común a los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949 y en el Protocolo II Adicional a dichos convenios; segunda, que personas pertenecientes a ambos bandos han cometido delitos contra la humanidad y tercero, que elementos hutus perpetraron actos de genocidio contra el grupo tutsi en forma concertada, planificada y sistemática. Cfr. F. PIGNATELLI y MECA. 1995, “El Tribunal Penal Internacional para Ruanda”, en *Revista Española de Derecho Militar*, nº 65, pág. 410.

¹⁷⁹ A pesar de la creación del TPIR, la justicia ruandesa con el paso del tiempo ha aplicado su sistema penal a través de tribunales tribales, cfr. M. ALÍA PLANA. 2007, “Los tribunales tribales para la represión del genocidio ruandés”, en *Revista Española de Derecho Militar*, nº 89, pág. 275.

¹⁸⁰ Hay que recordar que el sistema de Versalles de 1919 fue instaurado por un tratado entre las partes en conflicto, al igual que el Tratado de 1920 de Sevres o el de 1923 de Lausana, e incluso el Convenio de Ginebra de 1937 de lucha contra el Terrorismo, el cual también creaba un tribunal penal internacional, cfr. G. WERLE. 2005, *loc cit*, pág. 62.

acatar lo dispuesto en la resolución que se apruebe por el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas¹⁸¹.

Nos tenemos que preguntar si la aplicación del Capítulo VII de la CNU para crear un tribunal penal internacional es correcta o no¹⁸². El citado Capítulo VII lleva por título «*Acción en caso de amenaza a la paz, quebrantamientos de la paz o actos de agresión*» y tiene por finalidad articular los mecanismos necesarios para que una situación que ponga en peligro la paz o seguridad internacional cese, ya sea a través de medios neutrales o coactivos, los cuales a su vez pueden ser con uso de la fuerza o sin ella. El art. 39 de la CNU estipula que el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas determinará la existencia de toda amenaza a la paz y hará recomendaciones o decidirá qué medidas serán las adecuadas para mantener o restablecer la paz y seguridad internacional. Como señalábamos anteriormente, tales medidas pueden consistir en recomendaciones u otra serie de consejos provisionales, tal como reza el art. 40 de la CNU. En el caso de que dichas recomendaciones o medidas provisionales hayan resultado infructuosas, el Consejo de Seguridad puede adoptar medidas coactivas que pueden consistir en actuaciones que conlleven el uso de la fuerza (art. 42 de la CNU) u otra serie de actuaciones coactivas que no implican dicho uso, según el art. 41 de la CNU. Pues bien, el Consejo de Seguridad había reflejado en resoluciones anteriores que la constante violación del DIH en el territorio de la Yugoslavia y Ruanda ponía en peligro la paz y seguridad mundial, debiendo adoptarse los mecanismos oportunos a fin de evitar que siguieran cometándose estas barbaridades. Ante esta situación, parece lógico que se adoptase la forma de una resolución del Consejo de Seguridad para crear el mencionado tribunal internacional, ya que la situación en estos países

¹⁸¹ F. PIGNATELLI y MECA. 1994, “Consideraciones acerca...”, *loc cit*, pág. 51 y 52; I. BANTEKAS y S. NASH. 2007, *loc cit*, pág. 514.

¹⁸² R. HUESA VINAIXA. 1994, *loc cit*, pág. 175; cfr. B. V. SCHAACK y R. C. SLYE. 2007, *loc cit*, pág. 40 y ss.; cfr. *Prosecutor v. Dusko Tadic*, IT-94-1-AR72, Decision on the defence motion for interlocutory appeal on jurisdiction, 2 October 1995, pára. 14 y ss., en donde se afirma la legitimidad del TPIY para conocer de los crímenes internacionales cometidos en la antigua Yugoslavia.

requería una actuación rápida de la comunidad internacional¹⁸³; no olvidando que en aplicación del art. 24 de la CNU, el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas actúa en representación de la Estados miembros, es decir, de la comunidad internacional¹⁸⁴.

La creación de los tribunales se puede encuadrar dentro del art. 41 de la CNU, toda vez que constituye una medida colectiva¹⁸⁵ y, en cierta manera, coactiva¹⁸⁶, al ser de cumplimiento obligatorio para las partes. El Consejo de Seguridad, a fin de llevar a cabo lo estipulado en sus resoluciones, decidió crear un organismo subsidiario suyo, el Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia y el de Ruanda, que se caracterizan porque son órganos judiciales internacionales¹⁸⁷. El hecho de que sean organismos subsidiarios del Consejo de Seguridad no incide en su imparcialidad e independencia, la cual es obvio que existe, al tratarse de un órgano judicial. Ciertamente, considero que la creación de los tribunales *ad hoc* mediante la implicación del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, fue acertada y adecuada a derecho¹⁸⁸. Si bien es cierto que a lo mejor un tratado internacional no hubiera dado lugar a ciertas dudas sobre la legitimidad de los tribunales, ya que los Estados hubieran

¹⁸³ M^a. D. BOLLO AROCENA. 2004, *loc cit*, pág. 431; A. PIGRAU SOLÉ. 1994, “Reflexiones sobre el tribunal internacional para la antigua Yugoslavia desde la perspectiva de la codificación y el desarrollo progresivo del derecho internacional”, en *Anuario Hispano Luso Americano de derecho Internacional*, pág. 215.

¹⁸⁴ De igual manera no podemos olvidar que una de las posibles funciones indirectas que tiene encomendada Naciones Unidas, a través de sus órganos, es aplicar el posible nuevo principio denominado “responsabilidad de proteger”, el cual se encuentra relacionado con el mantenimiento de la paz y seguridad internacional y podría cumplimentarse mediante la creación de tribunales penales internacionales o incluso por la actuación de la Corte Penal Internacional en ciertas situaciones, cfr. H. OLÁSULO ALONSO. 2011, “*Ensayos de derecho penal y procesal internacional*”, Valencia: Tirant Lo Blanch, pág. 30 y ss.; Res. UN Doc. A/63/677 de la Asamblea General de las Naciones Unidas “Hacer efectiva la responsabilidad de proteger: informe del Secretario General”, de 12 de enero de 2009; R. THAKUR. 2006, “*The United Nations, Peace and Security: From Collective security to the Responsibility to Protect*”, Cambridge: Cambridge University Press, pág. 245 a 286; C. C. JOYNER. 2007, “The responsibility to protect: humanitarian concern and the lawfulness of armed intervention”, en *Virginia Journal of International Law*, Vol. 47, pág. 693 y ss.; C. STAHN. 2007, “Responsibility to protect: political rhetoric or emerging legal norm?”, en *American Journal of International Law*, Vol. 1, pág. 101 a 118 y ss.

¹⁸⁵ F. PIGNATELLI y MECA. 1994, “Consideraciones acerca...”, *loc cit*, pág. 61; I. BANTEKAS y S. NASH. 2007, *loc cit*, pág. 514.

¹⁸⁶ M^a. D. BOLLO AROCENA. 2004, *loc cit*, pág. 436.

¹⁸⁷ *Ibidem*, pág. 441 y ss.

¹⁸⁸ En sentido contrario, cfr. D. N. PASTOR. 2006, “El poder penal...”, *loc cit*, pág. 47.

consentido ceder parte de su soberanía, no es menos cierto que la citada legitimidad, cuestionada en ocasiones, carece de sentido alguno, toda vez que se reunían las condiciones necesarias para que actuase el Consejo de Seguridad. Si la creación de los tribunales hubiese dependido de la Asamblea General, como algunos Estados querían¹⁸⁹, habría existido el problema de la obligatoriedad de las resoluciones de dicho órgano, pues en virtud del art. 10 de la CNU sólo son recomendatorias, mientras que las resoluciones del Consejo de Seguridad, en aplicación del art. 25 de la CNU, son obligatorias. De ahí la necesidad de que fuese el Consejo de Seguridad y no la Asamblea General¹⁹⁰.

Una crítica sobre el nuevo modelo de justicia penal internacional creado por parte del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas puede centrarse en que, en anteriores ocasiones, por hechos semejantes, no se adoptó ninguna medida capaz de instituir un tribunal penal internacional, al carecer del consenso político suficiente. Tenemos que recordar que las resoluciones del Consejo de Seguridad requieren el voto favorable de los cinco miembros permanentes. En el supuesto de que uno de ellos no esté de acuerdo, ya sea por motivos jurídicos o peor aún, por motivos políticos u otra serie de intereses, la resolución no puede alcanzarse. Esto nos muestra la debilidad que tiene el nuevo sistema de justicia penal internacional creado por el Consejo de Seguridad, ya que requiere el voto favorable de los denominados cinco grandes.

Entiendo que una justicia penal internacional, creíble y justa, no depende de los intereses de los Estados denominados importantes, de ahí, la importancia que tiene actualmente la Corte Penal Internacional, la cual no depende de estos intereses, sin perjuicio de los problemas que dicha

¹⁸⁹ Cfr. Doc. UN. S/25417 de 16 de marzo de 1993 (posición de Méjico) y Doc. UN. S/25266, de 10 de febrero de 1993, pára. 41 a 44 (posición de juristas franceses).

¹⁹⁰ M^a. D. BOLLO AROCENA. 2004, *loc cit*, pág. 432 y ss.. En sentido contrario, cfr. D. N. PASTOR. 2006, “El poder penal...”, *loc cit*, pág. 47, quien aboga por la preferencia de la AGNU, al representar a la comunidad internacional en su conjunto, además, así se evitaría el monopolio de los Estados permanentes del CSNU para determinar cuándo se constituye un tribunal *ad hoc*.

organización pueda tener. Por otro lado, lo positivo de la creación de los tribunales *ad hoc* radica en que por primera vez se constituyó un tribunal cuya finalidad es proteger y hacer eficaz el DIH, el cual estaba siendo constantemente violado. El hecho de que el origen del tribunal radique en el Consejo de Seguridad es importante, dada la obligatoriedad de sus resoluciones, siendo la cooperación con estos tribunales imprescindible y obligada para la comunidad internacional. Asimismo, tanto el Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia como el de Ruanda aplican normas del DIH que han alcanzado el *status* de derecho consuetudinario¹⁹¹, por lo que el principio *nullum crimen sine lege* no se vería, en principio, vulnerado¹⁹². La contribución de estos tribunales penales *ad hoc* al derecho penal internacional ha sido innegable¹⁹³.

5.3. La jurisdicción concurrente de los tribunales.

Este aspecto es muy importante ya que conlleva que las jurisdicciones nacionales tienen, al igual que los tribunales penales internacionales, competencia para juzgar las graves violaciones del DIH cometidos en la ex Yugoslavia y en Ruanda. Evidentemente, los estatutos de los tribunales, a fin de evitar conflictos jurisdiccionales futuros¹⁹⁴, establecen una cláusula de salvaguarda, al enunciar que la jurisdicción del tribunal penal internacional tendrá primacía sobre cualquier otro tribunal nacional que esté conociendo por los mismos hechos punibles, *ex art.* 9.2 del Estatuto del TPIY. El hecho de que los tribunales nacionales puedan conocer de crímenes de competencia de estos tribunales internacionales, nos pone en el camino de la justicia universal. Este título jurisdiccional es un medio apropiado para que los tribunales domésticos juzguen los crímenes internacionales, sin perjuicio de que haya otros títulos jurisdiccionales igualmente válidos, e incluso preferentes, por ejemplo, el de

¹⁹¹ I. BANTEKAS y S. NASH. 2007, *loc cit*, pág. 516.

¹⁹² P. A. FERNÁNDEZ SÁNCHEZ. 1997, *loc cit*, pág. 294; cfr. Doc. UN. S/25704, de 3 de mayo de 1993, pára. 29 que establece: «(...) *the international tribunal would have the task of applying existing international humanitarian law*».

¹⁹³ G. WERLE. 2005, *loc cit*, pág. 65.

¹⁹⁴ D. SHRAGA y R. ZACKLIN. 1994, “The International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia...”, *loc cit*, pág. 371 y 372.

personalidad activa o pasiva. Junto con la jurisdicción concurrente, debemos mencionar el principio de *non bis in idem* o cosa juzgada, contemplado en el art. 10 del Estatuto del TPIY y en el art. 9 del Estatuto del TPIR. Este principio conllevará que una persona no pueda ser juzgada por los mismos hechos dos veces, por lo que si un tribunal nacional ya ha conocido de la causa, el tribunal internacional no podrá volver a abrir dicho procedimiento, salvo que la sentencia del tribunal nacional no fuese imparcial e independiente, la causa no se hubiese tramitado con la diligencia debida o los hechos juzgados fueran constitutivos de un delito ordinario. En tales casos, el tribunal internacional podría volver a juzgar a dicha persona en un nuevo procedimiento. La finalidad de lo anterior es evitar un uso fraudulento de la justicia por parte de los órganos jurisdiccionales estatales¹⁹⁵.

6. Tribunales Internacionales Híbridos o Mixtos.

Con la constitución del Tribunal Especial para Sierra Leona (en adelante, SCSL), de las Salas Extraordinarias para el enjuiciamiento de los crímenes cometidos durante el período de la Kampuchea democrática en Camboya (en adelante, ECCC), de los Paneles Especiales en Timor-Leste y del Tribunal Especial para el Líbano (en adelante, STL) se produce una nueva vía de desarrollo de la justicia penal internacional, ya que estos tribunales¹⁹⁶ surgen a raíz de un acuerdo entre el Estado afectado y las Naciones Unidas. No estaríamos ante una resolución colectiva y coercitiva del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas¹⁹⁷. Las resoluciones de estos tribunales son de gran importancia. Por ejemplo, el Tribunal Especial para Sierra Leona ha tratado el asunto de las amnistías reguladas en el art. 9 del acuerdo de Lomé¹⁹⁸, mediante

¹⁹⁵ F. PIGNATELLI y MECA. 1994, “Consideraciones acerca...”, *loc cit*, pág. 122 y ss.

¹⁹⁶ En relación a los tribunales híbridos o mixtos, cfr. M. FRULLI. 2000, “The Special Court for Sierra Leone: Some preliminary comments”, en *European Journal of International Law*, Vol.11, n° 4, pág. 857 y 858.

¹⁹⁷ C. SCHOCKEN. 2002, “The Special Court for Sierra Leone: Overview and recommendations”, en *Berkeley Journal of International Law*, Vol.20, pág. 437 y Doc. UN. S/2000/915 de 4 de octubre del 2000, pára. 9.

¹⁹⁸ Doc. UN S/199/777, de 12 de julio de 1999. Asimismo, es importante el informe del Secretario General de las Naciones Unidas, cfr. Doc. Un S/2000/915, pára. 22, en donde se indicó que «*aunque reconocen que la amnistía es un concepto jurídico aceptado y una muestra*

su decisión de 25 de mayo del 2004¹⁹⁹, en la que se indica que bajo el derecho internacional, los estados están obligados a perseguir los crímenes cuya prohibición han alcanzado el *status* de *ius cogens*²⁰⁰.

La principal característica de los tribunales híbridos es que son tribunales *sui generis*²⁰¹ al ser mixtos, en razón a la composición del tribunal, derecho a aplicar y los crímenes sujetos a su jurisdicción. En relación a la composición, el tribunal estará conformado tanto por jueces nacionales como por jueces extranjeros, lo que hace que dicho órgano judicial tenga un punto de vista amplio, ya que junto a la perspectiva interna de la causa se une la internacional. En cuanto a las normas, los tribunales aplicarán principalmente su Estatuto, sin perjuicio de que también apliquen normas domésticas. El principio de legalidad en este tipo de tribunales híbridos no se ve perjudicado, ya que los crímenes internacionales de los que pueden conocer forman parte del derecho internacional consuetudinario y el resto de delitos domésticos de su competencia ya se encuentran tipificados en el sistema penal del Estado afectado²⁰². Incluso hay tribunales que se remiten a los tipos establecidos en el Estatuto de la CPI, como sucede con las Salas Extraordinarias para el enjuiciamiento de los crímenes cometidos durante el período de la Kampuchea democrática en Camboya²⁰³. Por último, hemos de significar que los Paneles de Timor-Leste pueden aplicar la jurisdicción universal, dando igual que el crimen no se haya cometido en dicho país o que la víctima o autor del mismo

de paz y reconciliación al final de una guerra civil o de un conflicto armado interno, las Naciones Unidas mantienen sistemáticamente la posición de que la amnistía no puede concederse respecto de crímenes internacionales como el genocidio, los crímenes de lesa humanidad o las infracciones graves del derecho internacional humanitario». A raíz de dicho informe se afirmó que los crímenes internacionales no podían ser amnistiados, cfr. Doc. UN. S/2000/915, pára. 23.

¹⁹⁹ Decisión del SCSL de 25 de mayo del 2004, caso SCSL-04-15-PT-141 *Augustine Gbao*, pára. 8.

²⁰⁰ *Ibidem*, pára. 10.

²⁰¹ *Ibidem*, pára. 5.

²⁰² Decisión del SCSL de 13 de marzo del 2004, caso SCSL 04-14-PT-035II *Kalon, Hinga y Kamara*, pára. 80 y Doc. UN S/2000/915, pára. 12; cfr. M. D. KIELSGARD. 2011, "The legality principle in sentencing at the ECCC: making up law as it goes along?", en *Asia Journal of International Law*, n° 2, pág. 119 a 136.

²⁰³ Cfr. M. CASTILLO DAUDÍ y S. SALINAS ALCEGA. 2007, *loc cit*, pág. 196.

no sea nacional de Timor-Leste²⁰⁴. En mi opinión, aquí se refleja la confusión entre justicia penal internacional y justicia universal, ya que al tratarse de un tribunal internacional la aplicación del título jurisdiccional universal no tendría acogida.

7. La Corte Penal Internacional.

7.1 *Antecedentes de un tribunal penal internacional permanente.*

Todos los tribunales internacionales instituidos por la comunidad internacional han contribuido de manera decidida a la creación de la Corte Penal Internacional. El sedimento dejado por el Convenio de Ginebra de 1937 de lucha contra el terrorismo, así como el resto de tribunales de guerra creados tras las dos contiendas armadas mundiales²⁰⁵, o los tribunales *ad hoc* del siglo XX también ha influido en la creación de la Corte Penal Internacional. Todo ello, conllevó a que la comunidad internacional decidiera de manera firme e inequívoca, que era necesario un tribunal penal internacional permanente que pudiera juzgar los crímenes internacionales más graves de manera independiente, imparcial y justa²⁰⁶. Los primeros pasos para la constitución de una Corte Penal Internacional se dieron una vez concluyó la 2ª Guerra Mundial, en concreto, a partir de que la Asamblea General de las Naciones Unidas aprobase los principios de derecho internacional recogidos en el

²⁰⁴ Cfr. Resolución de la UNTAET Regulation n° 2000/15, de 6 de junio, sección 2.2.

²⁰⁵ Cfr. Year Book of International Law Commission, 1950 Vol.II, pág.2 y ss. (Doc. UN A/CN.4/15); cf. J.A. YÁÑEZ-BARNUEVO GARCÍA. 2000, “El proceso en marcha para la ratificación y puesta en práctica del Estatuto de Roma”, en *Revista Española de Derecho Militar*, Vol. 75, pág. 108 a 110; R. GÓMEZ GUILLAMÓN. 2000, “La creación de la Corte Penal Internacional: Antecedentes”, en *Revista Española de Derecho Militar*, Vol. 75, pág.159 a 164; F. PIGNATELLI y MECA. 2007, “La Corte Penal Internacional”, en *Derecho Internacional Humanitario*, Coord. J.L. RODRÍGUEZ VILLASANTE y PRIETO, Valencia: Tirant Lo Blanch, pág. 807; N. CABEZUDO RODRÍGUEZ. 2002, “La Corte Penal Internacional”, en *Colección de Estudios Penales*, dirigida por Choclan Montalvo, Madrid: Dykinson, pág. 21; cfr. X. MEDELLÍN URQUIAGA, J.C. ARJONA ESTÉVEZ y J.A. GUEVARA BERMÚDEZ. 2009, “Manual básico sobre la Corte Penal Internacional”, México D.F.: Konrad-Adenauer-Stiftung, pág. 26; cfr. V. PELLA. 1950, “Towards an...”, *loc cit*, pág. 39 y ss.

²⁰⁶ D. N. PASTOR. 2006, “El poder penal...”, *loc cit*, pág. 49.

Estatuto y proceso de Nüremberg²⁰⁷. Posteriormente, la comunidad internacional se planteó la necesidad de elaborar un código internacional en dónde se recogieran los crímenes internacionales de mayor relevancia y junto con lo anterior, la creación de una autoridad judicial internacional que pudiera conocer de los mismos. Un hecho relevante es que la comunidad internacional aprueba, en el seno de la ONU, el Convenio para la prevención y la sanción del delito de genocidio de 1948, en cuyo art. 6 viene a recordar que un tribunal internacional será el encargado, junto con los tribunales del territorio en dónde se hubiera cometido dicho crimen, de conocer de los mismos. A la vista de lo anterior, por medio de la Resolución 260 B (III) de 9 de diciembre de 1948, la AGNU planteó a la Comisión de Derecho Internacional (en adelante, CDI) la posibilidad de que un tribunal internacional tuviese competencia para conocer no sólo del delito de genocidio, sino también del resto de crímenes internacionales. Así pues, la CDI empezó a trabajar sobre dos líneas distintas pero conexas entre sí, como fueron el Proyecto de Estatuto de una Corte Penal Internacional y el Proyecto de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad²⁰⁸. Lo anterior se debió a que la doctrina del momento entendía que el derecho penal internacional y la justicia penal internacional debían tratarse por separado, pero como se ha podido ver, al final esta línea resultó desechada toda vez que la aprobación del Estatuto de la CPI conllevó la regulación unificada tanto del derecho como de la justicia penal internacional, al tratarse tanto los crímenes internacionales como el órgano judicial internacional encargado de conocer de los mismos en un mismo texto. El principal problema con el que se encontraron las comisiones encargadas de elaborar los correspondientes proyectos, fue la soberanía estatal, a la cual los Estados en principio no querían renunciar²⁰⁹.

²⁰⁷ La aprobación de los principios recogidos en Nüremberg se produce mediante la Resolución 177 (II) de la AGNU, si bien es cierto que la confirmación de los referidos principios se llevó a cabo a través de la Resolución 95 (I) de dicha Asamblea General.

²⁰⁸ C. QUESADA ALCALÁ. 2005, *loc cit*, pág. 51 y 52; cfr. B. V. SCHAACK y R. C. SLYE. 2007, *loc cit*, pág. 63 y 64.

²⁰⁹ C. QUESADA ALCALÁ. 2005, *loc cit*, pág. 53.

Mediante la Resolución 489 (V) de la Asamblea General de 12 de diciembre de 1950 se elaboró el primer proyecto de Estatuto de una CPI, en la cual se trataron muchos aspectos orgánicos y estructurales del futuro tribunal, pero sin embargo, se dejó muy abierta la competencia material del mismo, ya que en su art.1 se manifestó que la corte sería competente respecto de aquellos delitos que un tratado internacional así lo dispusiera o cuando un Estado llevase el asunto a dicho tribunal²¹⁰. Tras sucesivas dificultades la Asamblea General, a través de la resolución 687 (VII) de 5 de diciembre de 1952, instó a que se constituyese otra comisión y procediese a revisar el proyecto de 1951, empero lo anterior, se decidió suspender el estudio del asunto planteado hasta que no se procediese a establecer una definición jurídica del término agresión, la cual fue efectuada mediante la resolución 3314 (XXIX) de la Asamblea General de 14 de diciembre de 1974. A pesar de haberse definido el término agresión, el estudio de la corte penal estuvo de nuevo paralizado más de 25 años²¹¹. Asimismo, de nuevo se aprobó un tratado internacional el cual preveía la constitución de un tribunal internacional penal, nos referimos al Convenio contra el Apartheid de 1972, en cuyo art. 5 hace referencia a un tribunal penal internacional. Todo quedó paralizado hasta que en una sesión especial de la Asamblea General sobre tráfico de drogas, el Estado de Trinidad y Tobago instó la creación de una corte penal internacional especializada. En este estado de cosas, la Asamblea General volvió a encargar a la CDI el estudio tanto de un proyecto de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad, como la creación de un tribunal penal internacional permanente. Hemos de significar que junto al nuevo impulso dado por la Asamblea General, se unieron ciertos acontecimientos que favorecerían el consenso apropiado para la creación del citado tribunal, tales como el término de la guerra fría (lo que conllevó un impulso del derecho internacional mediante acuerdos del CSNU) o los nuevos conflictos armados que pusieron en estado de alarma a la comunidad internacional (en particular, Yugoslavia y Ruanda). Llegados a este punto, se

²¹⁰ Cfr. Committee of International Criminal Jurisdiction, en *American Journal of International Law*, Vol. 46, n° 1, 1952, supplement official documents, Doc. UN A/2136 (1952); G. WERLE. 2005, *loc cit*, pág. 68.

²¹¹ C. QUESADA ALCALÁ. 2005, *loc cit*, pág. 55; I. BANTEKAS y S. NASH. 2007, *loc cit*, pág. 535; F. PIGNATELLI y MECA. 2007, “La Corte Penal...”, *loc cit*, pág. 808.

constituyen grupos de trabajo sobre el proyecto de estatuto de un tribunal penal internacional, los cuales elaboran diversos trabajos²¹², resultando uno de los más relevantes el proyecto de estatuto de 1994, compuesto por 60 artículos que regulan de forma plena la corte penal internacional²¹³. Con la elaboración de dicho proyecto la Asamblea General decide convocar una conferencia de plenipotenciarios para el estudio del mismo y poder celebrar un convenio internacional que regule la futura Corte Penal Internacional²¹⁴.

La conferencia de plenipotenciarios tuvo lugar en Roma en julio de 1998 estando presentes más de 160 estados, 17 organizaciones intergubernamentales y alrededor de 250 organizaciones no gubernamentales²¹⁵. Los mayores problemas surgieron en relación a la competencia de la Corte Penal Internacional, así como al papel y función que debía desempeñar el fiscal. Las cuestiones materiales de los crímenes internacionales, en principio no tuvieron mucha discusión, por la gran labor que se estaba desempeñando mediante los tribunales *ad hoc* de Yugoslavia y Ruanda. Una cuestión importante, sobre la que no hubo en un primer momento consenso, fue en el ámbito de jurisdicción del tribunal, ya que ciertos Estados pretendían que aquél pudiera conocer de las causas en virtud del principio de justicia universal²¹⁶, abarcando todos los crímenes internacionales, sin embargo, como veremos más adelante, tal criterio no se adoptó, optándose preferentemente por los principios de personalidad y territorialidad²¹⁷. Finalmente, el 17 de julio de 1998 se adoptó en pleno con 120 votos a favor el Estatuto de la CPI, reseñándose que hubo siete Estados que la rechazaron y veintiuno que se abstuvieron. El Estatuto de la CPI no entraría en vigor hasta que no hubiese 60 Estados que la hubieran ratificado, lo cual se produjo el día 1 de julio del 2002. Con la entrada en vigor del Estatuto de la CPI se culminó el proceso de instauración de una justicia penal internacional en la comunidad

²¹² Cfr. Doc. UN A/CN.4/L.488 y Add.1.

²¹³ Cfr. Doc. UN A/49/10 (1994).

²¹⁴ C. QUESADA ALCALÁ. 2005, *loc cit*, pág. 58.

²¹⁵ G. WERLE. 2005, *loc cit*, pág. 70.

²¹⁶ J.M. GRAMAJO. 2003, *loc cit*, pág. 112 y 113.

²¹⁷ G. WERLE. 2005, *loc cit*, pág. 71.

internacional, toda vez que ya existía un órgano judicial internacional permanente que pudiera juzgar los crímenes internacionales más graves, todo de ello de forma independiente, imparcial y sin objeción alguna a los principios básicos del derecho penal, refiriéndonos básicamente al principio de legalidad²¹⁸.

7.2. Competencia de la Corte Penal Internacional.

La competencia material u objetiva se circunscribe a los crímenes internacionales de genocidio (art.5.1.a.), crímenes contra la humanidad (art.5.1b.), crímenes de guerra (art.5.1.c.) y crimen de agresión (art.5.1.c.)²¹⁹; también conocerá de los denominados delitos contra la administración de justicia en aplicación de lo dispuesto en el art. 70 del ECPI. Como se puede apreciar, la CPI tiene competencia para juzgar los crímenes internacionales más importantes, los denominados *core crimes*²²⁰. Ciertamente, el Convenio de Roma conlleva repercusiones importantes en el ámbito del derecho penal internacional, ya que se recoge con vocación de permanencia y generalidad los *core crimes* del derecho punitivo internacional²²¹.

Con respecto a la competencia *ratione personae*, el art. 25.1 del ECPI deja bien claro que sólo puede juzgar a personas naturales o físicas dejando de lado la facultad de conocer crímenes cometidos por personas jurídicas²²², ya que la legislación de muchos de los Estados Parte no permite juzgarlos, lo que podría haber colisionado con el principio de complementariedad. A pesar de lo

²¹⁸ Cfr. opinión en contra sobre la vigencia del principio de legalidad en el Estatuto de la CPI. A. C. ANDRÉS DOMÍNGUEZ. 2006, “*Derecho penal internacional*”, Valencia: Tirant Lo Blanch, pág.130 a 135, quién opina que el referido Estatuto vulnera el principio *nulla poena sine lege* y en cierta forma el principio *nullum crimen sine lege*, a la vista de lo establecido en el art. 22.3 del ECPI.

²¹⁹ Cfr. X. MEDELLÍN URQUIAGA *et al* 2009, *loc cit*, pág. 42.

²²⁰ Cfr. S. R. RATNER y J. S. ABRAMS. 2001, *loc cit*, pág. 111; C. QUESADA ALCALÁ. 2005, *loc cit*, pág. 156 a 161; F. PIGNATELLI y MECA. 2007, “La Corte Penal...”, *loc cit*, pág. 824 a 833; C. ESCOBAR HERNÁNDEZ. 2000, “La progresiva institucionalización de la jurisdicción penal internacional: La corte penal internacional”, en *Crimen Internacional y Jurisdicción Universal*, Coord. M. GARCÍA ARÁN y D. LÓPEZ GARRIDO, Valencia: Tirant Lo Blanch, pág. 238.

²²¹ W. A. SCHABAS. 2010, “The International...”, *loc cit*, pág. 101.

²²² Cfr. X. MEDELLÍN URQUIAGA *et al* 2009, *loc cit*, pág. 39.

anterior, la Corte Penal Internacional tiene un límite en relación a los menores, ya que no podrá enjuiciar a menores de 18 años, según lo dispuesto en el art. 26 del ECPI. El gran avance del Convenio de Roma, es que el principio de responsabilidad penal es universal y absoluto, al descartarse la inviolabilidad o inmunidad como causa de exclusión de responsabilidad penal²²³. La influencia de los tribunales internacionales *ad hoc* se deja notar igualmente en los principios de responsabilidad penal, ya que se incrimina la responsabilidad de los mandos y de otros superiores y la responsabilidad de los subordinados que hubieran actuado en virtud de obediencia debida o jerárquica²²⁴, salvo ciertos supuestos de error de prohibición, todo ello en aplicación de lo establecido en los art. 25 a 28 del ECPI.

En cuanto a la competencia *ratione temporis*, el art. 11 del ECPI establece que la Corte sólo tendrá competencia para conocer de los crímenes tipificados en su Estatuto una vez haya entrado en vigor con respecto al Estado Parte, por lo que en principio se respetaría el principio de legalidad, en su vertiente de irretroactividad de la ley penal²²⁵. Como excepción a lo anterior, cabe reseñar lo dispuesto en el art. 12.3 del ECPI, que faculta, previo consentimiento del Estado Parte, para que la Corte Penal Internacional conozca de hechos cometidos antes del entrada en vigor del citado Estatuto. La competencia *ratione loci*²²⁶ de la Corte Penal Internacional viene determinada por el territorio del Estado Parte que ha ratificado el Estatuto, aunque también conocerá de los crímenes cometidos en el territorio de un Estado no Parte si lo ha cometido un nacional de un Estado Parte y conocerá de los crímenes

²²³ C. QUESADA ALCALÁ. 2005, *loc cit*, pág. 163; C. ESCOBAR HERNÁNDEZ. 2000, “El Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional”, en *Hacia una Justicia Internacional*, Jornadas de estudio de la Dirección General del Servicio Jurídico del Estado, Ministerio de Justicia, Madrid, pág. 508 y 509.

²²⁴ C. QUESADA ALCALÁ. 2005, *loc cit*, pág. 165.

²²⁵ F. PIGNATELLI y MECA. 2007, “La Corte Penal...”, *loc cit*, pág. 835; también se podría defender la postura que dicha circunstancia podría estar vinculada con el derecho al juez predeterminado por la ley, más que con el principio de legalidad; cfr. X. MEDELLÍN URQUIAGA *et al* 2009, *loc cit*, pág. 40; cfr. W. A. SCHABAS. 2012, “An Introduction...”, *loc cit*, pág. 69 y ss.

²²⁶ I. BANTEKAS y S. NASH. 2007, *loc cit*, pág. 538 y 539; N. CABEZUDO RODRÍGUEZ. 2002, *loc cit*, pág.70 y 71; cfr. X. MEDELLÍN URQUIAGA *et al* 2009, *loc cit*, pág. 39 y 40; cfr. W. A. SCHABAS. 2012, “An Introduction...”, *loc cit*, pág. 81 y ss.

cometidos en cualquier territorio si lo consiente dicho Estado o lo encomienda el CSNU²²⁷, lo que justificaría la jurisdicción *sui generis* que tiene la Corte Penal Internacional, sin poder confundirse con el principio de justicia universal²²⁸.

7.3 La jurisdicción de la Corte: el umbral determinado.

Un aspecto relevante del Estatuto de la CPI radica en el umbral o gravedad que deben alcanzar los crímenes internacionales para que pueda enjuiciarlos, toda vez que si no lo alcanzan entrará en juego el principio de complementariedad y serán las jurisdicciones nacionales quienes conozcan de los mismos. No efectuaremos un estudio detallado sobre el umbral específico de los crímenes de guerra, ya que será tratado más adelante; sin embargo, puntualizaremos que en el párrafo 9º del preámbulo del Estatuto se determina un umbral genérico, al referirse a «*los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto (...)*». De lo expuesto se deduce que la Corte Penal Internacional sólo conocerá de crímenes internacionales más graves que afecten de manera trascendente a la comunidad internacional, por lo que deberán amenazar la paz y seguridad internacional, sin perjuicio de que afecten a otros bienes protegidos. En el supuesto de que tales crímenes no alcancen tal gravedad serán los tribunales nacionales los que conozcan de los mismos²²⁹. La Corte Penal Internacional ha establecido ciertos criterios para determinar el umbral de gravedad, tales como la producción de una alarma social, que la conducta sea sistemática o a larga escala o que los

²²⁷ C. QUESADA ALCALÁ. 2005, *loc cit*, pág. 166; cfr. W. A. SCHABAS. 2012, “An Introduction...”, *loc cit*, pág. 77, la CPI solo podrá juzgar los crímenes cometidos por nacionales de un Estado Parte, salvo que actúe el CSNU o el Estado no Parte otorgue su consentimiento; cfr. *Prosecutor v. Bemba* (ICC-01/05-01/08), Decision on the Prosecutor’s application for a warrant of arrest against Jean Pierre Bemba Gombo, 10 June 2008, pára. 15.

²²⁸ En contra, cfr. C. ESCOBAR HERNÁNDEZ. 2000, “Algunas reflexiones sobre la Corte Penal Internacional como institución internacional”, en *Revista Española de Derecho Militar*, Vol. 75, pág. 181.

²²⁹ C. QUESADA ALCALÁ. 2005, *loc cit*, pág. 238 y ss; A. ESER. 2009, “*Hacia un derecho penal mundial*”, Estudios de derecho penal y criminología, Granada: Comares, pág. 52; W. A. SCHABAS. 2010, “The International...”, *loc cit*, pág. 348.

responsables sean los principales líderes²³⁰. Ciertamente, en el ámbito de la Corte Penal Internacional este asunto no está todavía resuelto, por lo que se podría acudir a la jurisprudencia de otros tribunales penales internacionales, tales como el TPIY o el SCSL para interpretar el término “gravedad”²³¹.

Considero que la Corte Penal Internacional debería acudir a estos presupuestos para determinar, en su ámbito, si una situación reúne tales condicionantes para poder investigarlos. No podemos olvidar que los tribunales nacionales siguen ostentando la jurisdicción primaria²³². Así pues, desde el momento en que la CPI no conozca de ciertos comportamientos a causa de que considere que no reúnen la gravedad suficiente, los Estados Parte deberán juzgarlos, siendo la jurisdicción universal un mecanismo apropiado para ello. En definitiva, el principio de complementariedad nos conducirá, en ciertas ocasiones, al principio de justicia universal.

²³⁰ M. M. EL ZEIDY. 2008, “The gravity threshold under the statute of International Criminal Court”, en *Criminal Law Forum*, Vol. 19, pág. 45 y ss.; cfr. *Prosecutor v. Lubanga*, ICC-01/04-01/06-8, Decision on the prosecutor’s application for a warrant of arrest, 10 February 2006, pára. 42 a 64; cfr. R. MURPHY. 2006, “Gravity issues and the International Criminal Court”, en *Criminal Law Forum*, Vol. 17, pág. 283; *Prosecutor v. Francis Kirimi Muthaura, Uhuru Muigai Kenyatta and Mohammed Hussein Ali*, ICC-01/09-02/11, Decision on the confirmation on charges pursuant to article 61(7)(a) of the Rome Statute, 23 January 2012, pára. 50, en donde se afirma que la naturaleza, escala o manera de como se cometen los crímenes determina la gravedad de los mismos; cfr. S. SÁCOUTO y K. A. CLEARY. 2008, “The gravity threshold of the International Criminal Court”, en *American Journal of International Law*, Vol. 23, n° 5, pág. 832 y ss.; W. A. SCHABAS. 2010, “The International...”, *loc cit*, pág. 662; Letter of Prosecutor of ICC, dated 9 February 2006 (Irak), pág. 8; M. M. EL ZEIDY. 2008, “The gravity...”, *loc cit*, pág. 46; cfr. K. AMBOS. 2010, “El test de complementariedad de la Corte Penal Internacional”, en *Indret* n° 2/2010, pág. 10 y 11. La oficina del Fiscal de la CPI ha llegado a sostener que no se iniciaban investigaciones en Irak toda vez que los hechos denunciados solo afectaban a 12 víctimas, a diferencia de otras situaciones de las cuales conoce la CPI (Uganda o República Democrática del Congo) en las que las víctimas alcanzan a millares, todo ello sin perjuicio de entender que en cualquier caso se encontraban ante crímenes internacionales graves en sí mismos; sin embargo, para que pueda conocer la CPI esta gravedad debería ostentar un plus añadido al propio crimen.

²³¹ K. AMBOS. 2010, “El test...”, *loc cit*, pág. 14. Los criterios que han utilizado estos tribunales internacionales para determinar si un comportamiento reúne la gravedad suficiente han sido los siguientes: 1) abuso de una posición de superioridad o de poder, 2) vulnerabilidad de la víctima, 3) sufrimiento o daño extremo infligido a la víctima, 4) excesivo número de víctimas, 5) crueldad en el ataque; cfr. R. MURPHY. 2006, *loc cit*, pág. 297.

²³² Cfr. X. MEDELLÍN URQUIAGA *et al* 2009, *loc cit*, pág. 51.

CAPÍTULO SEGUNDO: LA JURISDICCIÓN.

1. Concepto.

La jurisdicción²³³ es una manifestación más de la soberanía del Estado²³⁴. Es la potestad que se confiere a los tribunales nacionales para juzgar determinados comportamientos, ya sean penales o civiles, aunque cabe afirmar que no existe un concepto unitario²³⁵. La jurisdicción se refiere al poder que tienen los Estados para prescribir y hacer cumplir sus normas jurídicas con respecto a las personas y bienes²³⁶. Así, nuestra Constitución española (en adelante, CE) en su art. 117.3 dispone que «*El ejercicio de la potestad jurisdiccional en todo tipo de procesos, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado corresponde exclusivamente a los Juzgados y Tribunales determinados por las leyes, según las normas de competencia y procedimiento que las mismas establezcan*». De dicho precepto constitucional podría deducirse que la jurisdicción consistiría en juzgar y ejecutar lo juzgado por un órgano judicial. En el caso “Cristina” del año 1938, la House of Lords señaló que «*es un atributo esencial de la soberanía de todos los Estados independientes y soberanos, el tener jurisdicción sobre todas las personas y cosas que se encuentren dentro de sus límites territoriales y sobre todos los casos, civiles y penales que surjan dentro de estos límites*²³⁷». De cualquier forma, no hay que confundir jurisdicción con competencia, ya que la primera es previa a la segunda. En suma, un tribunal antes de ser competente tiene que tener la *potestas* suficiente para conocer del caso concreto. La determinación de la competencia supone atribuir a determinados órganos jurisdiccionales el

²³³ En cuanto a la jurisdicción, debe entenderse que al tratar la presente investigación sobre la jurisdicción universal, siempre nos estamos refiriendo a la jurisdicción penal, salvo cuando específicamente se mencione otro tipo de jurisdicción.

²³⁴ I. BROWNLEE. 2008, “*Principles of Public International Law*”, London: Oxford University Press, pág. 299; M. N. SHAW. 2008, “*International Law*”, Cambridge: Cambridge University Press, pág. 645; R. CRYER *et al.* 2008, *loc cit*, pág. 37; L. JIMÉNEZ DE ASÚA. 1952, “Tratado de derecho...”, *loc cit*, Vol. II, pág. 750.

²³⁵ Cfr. R. O’KEEFE. 2004, “Universal Jurisdiction. Clarifying the basic concept”, en *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 2, pág. 736.

²³⁶ Cfr. I. BANTEKAS y S. NASH. 2007, *loc cit*, pág. 71.

²³⁷ House of Lords, 1938, “Compañía Naviera Vascongado v. S.S Cristina and all Persons claiming an interest therein”, Judgment, 12 march 1938 en *All England Law*.

conocimiento de ciertos asuntos²³⁸. La doctrina distingue tres tipos de competencia estatal o formas de jurisdicción, a saber, para prescribir o aprobar normas que contengan elementos extranjeros y/o internacionales (*jurisdiction to prescribe*), para dictar una sentencia o atribuir competencia a sus tribunales sobre ciertos crímenes (*jurisdiction to adjudicate*) y para hacer cumplir una norma o una sentencia (*jurisdiction to enforce*)²³⁹. Esta última forma de competencia es la más conflictiva, ya que conlleva que un Estado ejerza sus poderes para hacer cumplir su legislación, por ejemplo, ejecutar un arresto, detener o sentenciar. Normalmente, estas medidas se efectuarán dentro del territorio del Estado. Sin embargo, hay situaciones en las que se llevarán a cabo en el extranjero, con la consecuente problemática internacional que pudiera suscitarse por una posible injerencia en asuntos internos.

De lo expuesto se puede advertir que el término jurisdicción tiene diversos sentidos. En el derecho nacional es la potestad que tiene un tribunal para conocer de ciertos asuntos. En el derecho internacional sería la potestad de los Estados para ejercer sus funciones gubernamentales o la autoridad estatal para sujetar a determinadas personas y cosas a un cierto orden legal²⁴⁰. Dentro del derecho penal internacional la jurisdicción se refiere a la competencia de un tribunal internacional o estatal para perseguir y castigar la comisión de un

²³⁸ V. GIMENO SENDRA, 2004, “*Derecho procesal Penal*”, Madrid. Colex, pág. 114.

²³⁹ A. SÁNCHEZ LEGIDO. 2003, “*Jurisdicción Universal Penal y Derecho Internacional*”, Valencia, Tirant Lo Blanch, pág. 22 y 23; M. C. BASSIOUNI. 2004, “The history of universal jurisdiction and its place in international law”, en *Universal jurisdiction: national courts and the prosecutions of serious crimes under international law*, Editado por S. MACEDO, Pennsylvania: Penn, pág. 40; M. ABAD CASTELOS. 1997, “*La toma de rehenes como manifestación del terrorismo y del derecho internacional*”, Madrid: Ministerio de Interior, pág. 123; I. BANDEKAS y S. NASH. 2007, *loc cit*, pág. 71; R. CRYER *et al* 2008, *loc cit*, pág. 38 y 39; A. J. COLANGELO. 2007, “Constitutional limits on extraterritorial jurisdiction: terrorism and the intersection of national and international law”, en *Harvard International Law Review*, Vol. 48, nº1, pág. 126; R. O’KEEFE. 2004, “Universal Jurisdiction...”, *loc cit*, pág. 736 y 737; J. GENEUSS. 2009, “Fostering a better understanding of universal jurisdiction”, en *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 7, pág. 949; C. RYNGAERT. 2012, “*Jurisdiction in International Law*”, Oxford: Oxford University Press, pág. 9 y 10.

²⁴⁰ L. REYDAMS. 2003, “*Universal Jurisdiction. International and Municipal Legal Perspectives*”, London: Oxford University Press, pág. 4; cfr. C. C. JOYNER. 1997, “Arresting Impunity: the case for universal jurisdiction in bringing war criminals to accountability”, en *Law and Contemporary Problems*, Vol. 54, nº 4, pág. 163.

crimen internacional²⁴¹. El requisito imprescindible para que un Estado pueda ejercer su *ius puniendi* es que no infrinja principio alguno del derecho internacional. Que la jurisdicción es una cuestión de derecho internacional resulta evidente, siempre que entendamos que la misma puede afectar a otros Estados soberanos o a nacionales de éstos²⁴². Por ello, es el derecho internacional quién limitará el ejercicio de la jurisdicción, siempre que se vulnere algún principio del *ius gentium*²⁴³.

Ahora bien, lo dicho anteriormente se relaciona directamente con los Estados soberanos, pero no podemos olvidar que la potestad para juzgar ciertos crímenes internacionales también recae en órganos judiciales internacionales, los cuales se han creado por mandato de la comunidad internacional (tribunales penales *ad hoc*), por vía convencional (Corte Penal Internacional) o por acuerdos entre los propios Estados y las Naciones Unidas (tribunales híbridos o especiales). Estos órganos judiciales también gozan de jurisdicción suficiente para conocer de crímenes internacionales, al habérsela otorgado la comunidad internacional, o los propios Estados afectados. Cuando cualquiera de los tribunales penales internacionales enjuicia crímenes internacionales, podemos afirmar que ha existido una cesión de parte de la soberanía de los Estados, ya que estos dejarán en manos del tribunal internacional la facultad para enjuiciar tales injustos. La jurisdicción penal recaerá en los Estados soberanos y en los tribunales penales internacionales, ya sean permanentes o *ad hoc*. Ciertamente, existen herramientas suficientes para evitar la impunidad de los responsables de crímenes internacionales. Tenemos una vía penal doméstica y una internacional. Cualquiera de las dos debería garantizar un proceso judicial justo.

²⁴¹ Cfr. Draft convention on jurisdiction with respect to crime, en *American Journal of International Law* 1935, Vol. 29, pág. 447.

²⁴² Cfr. M. DIEZ DE VELASCO. 2002, “*Instituciones de derecho internacional público*”, Madrid: Tecnos, pág. 341; cfr. C. RYNGAERT. 2012, *loc cit*, pág. 6, para este autor la jurisdicción se vincula con el derecho internacional desde el momento en que un Estado extiende su soberanía más allá de sus límites territoriales.

²⁴³ C. RYNGAERT. 2012, *loc cit*, pág. 21.

En los últimos años hemos presenciado como la justicia penal internacional se ha desarrollado vertiginosamente, creándose tribunales penales internacionales, instaurándose criterios doctrinales distintos a los nacionales y desarrollándose los tipos penales internacionales de forma precisa. A pesar de todo esto, no podemos negar la importancia que tienen los tribunales nacionales en la persecución de los crímenes internacionales, toda vez que los tribunales internacionales resultan insuficientes para conocer de los mismos, ya sea porque carecen de competencia o porque los crímenes cometidos no alcanzan el umbral requerido en sus estatutos²⁴⁴. Aquí es donde juega un rol esencial la jurisdicción penal, ya que tanto los tribunales internacionales como nacionales deberán tener la potestad suficiente para conocer de crímenes internacionales. En el caso de los tribunales internacionales ésta será otorgada vía convencional, o por mandato de la comunidad internacional, y en el caso de los tribunales domésticos, tal potestad tendrá su origen en la propia soberanía estatal, a causa de los instrumentos internacionales suscritos o del derecho consuetudinario. Puede suceder que cuando un tribunal estatal enjuicie un crimen internacional, el responsable y/o la víctima no sean nacionales del mismo y que aquél se haya cometido en el extranjero. En este supuesto, el tribunal nacional deberá aplicar la extraterritorialidad de la ley penal para poder juzgar tales hechos.

La soberanía es un aspecto relevante de la jurisdicción, toda vez que el Estado es libre a la hora de establecer el ámbito de aplicación de su ley penal siempre que respete el derecho internacional²⁴⁵. Un Estado puede limitar sus competencias a través de convenios internacionales, los cuales, basándose en el principio *pacta sunt servanda*, deben cumplirse en todo caso, en virtud de lo dispuesto en el art. 26 del Convenio de Viena sobre el Derecho de los Tratados,

²⁴⁴ Cfr. M. M. de GUZMÁN. 2008, "Gravity and the legitimacy of the International Criminal Court", en *Fordham International Law Journal*, Vol. 32, nº 5, pág. 1400 y ss.; M. M. EL ZEIDY. 2008, "The gravity...", *loc cit*, pág. 46 y ss.

²⁴⁵ Cfr. M. DIEZ DE VELASCO. 2002, *loc cit*, pág. 342, este autor claramente hace referencia a ciertas limitaciones que tienen los Estados en el ejercicio de su soberanía, como son el respeto de los derechos humanos consagrados en los instrumentos internacionales universales (normas *ius cogens*) y el respeto de determinados intereses de la comunidad internacional, los cuales los podríamos relacionar con los denominados *delicta iuris gentium* (crímenes contra el derecho de gentes o crímenes internacionales); C. RYNGAERT. 2012, *loc cit*, pág. 5.

de 23 de mayo de 1969. El término jurisdicción, tal como señaló RANDALL²⁴⁶, deja mucho espacio de interpretación, por lo que habrá que delimitar en cada caso qué se entiende. Al tener cualquier Estado capacidad para delimitar el ámbito de aplicación de su ley penal, pueden surgir ciertos conflictos entre Estados, ya que cuando un Estado extiende su potestad legislativa y jurisdiccional hacia el territorio de otro distinto, puede estar sobrepasando ciertos principios básicos del derecho internacional, tales como el de igualdad soberana y el de no intervención en asuntos internos, consagrados en la Resolución 2625 (XXV) de la Asamblea General de Naciones Unidas de 24 de octubre de 1970²⁴⁷. En definitiva, el límite principal que tiene un Estado a la hora de establecer su poder legislativo y judicial se encuentra en el derecho internacional²⁴⁸, prevaleciendo éste sobre las leyes de cada Estado, las cuales deberán acomodarse a los principios básicos del ordenamiento jurídico internacional. Aquí es donde encontramos los principales problemas para aplicar la extraterritorialidad de la ley penal²⁴⁹, más aún cuando hablamos de la jurisdicción universal.

¿Qué debe prevalecer una vez se han cometido crímenes internacionales, los intereses del Estado soberano o los intereses de la comunidad internacional? Evidentemente, los intereses del orbe internacional. La jurisdicción de un Estado no se limita exclusivamente a su territorio, al haber supuestos en los que se permite extender o ampliar la misma fuera de los

²⁴⁶ K. C. RANDALL. 1988, *loc cit*, pág. 785 y 786.

²⁴⁷ Cfr. K. AMBOS. 2007, “Los fundamentos del ius puniendi nacional; en particular su aplicación extraterritorial”, en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, año XL, núm. 119, pág. 268 a 270.

²⁴⁸ C. RYNGAERT. 2012, *loc cit*, pág. 21, claramente distingue este autor, para afirmar la extensión de la ley penal de un Estado fuera de sus territorios, dos supuestos. El primero es que no exista una norma prohibitiva de derecho internacional que lo impida y el segundo que el Estado se fundamente en una norma permisiva de derecho internacional para poder ampliar su jurisdicción; cfr. J. E. FERRY. 1989, “Towards completing the charm: the woodpulp judgment”, en *European Intellectual Property Law Review*, Vol. 19, pág. 21, quien afirma que el derecho internacional funciona para limitar los conflictos entre Estados, de ahí que los mismos no puedan legislar libremente y sin restricción alguna, siempre deberán estar sometidos al *ius Gentium*.

²⁴⁹ Cfr. M. DIEZ DE VELASCO. 2002, *loc cit*, pág. 344, quien recuerda que el Estado puede extender su competencia (principalmente penal) de manera extraterritorial, dando a sus normas domésticas un alcance extraterritorial, más allá de su propio territorio, en defensa de determinados intereses particulares o de intereses generales que afectan al orbe internacional.

límites territoriales soberanos, principalmente, por la comisión de crímenes internacionales que perjudican a la comunidad internacional. Teniendo en cuenta lo dicho, podemos sostener que la jurisdicción en estos casos tiene que ver con el Estado en sí mismo, implicando el derecho de éste a ejercer sus poderes o competencias determinadas por el derecho internacional²⁵⁰.

Ciertamente, la extensión de la ley penal de un Estado, en relación a crímenes internacionales, radica en hacer efectivo el sistema de justicia internacional instaurado en múltiples instrumentos internacionales, al ser los Estados los actores principales en la represión de los referidos comportamientos punibles²⁵¹. Asimismo, la extensión de la ley penal podrá hacerse efectiva convencionalmente, vía legislativa del propio Estado o consuetudinariamente. Está plenamente aceptado que el principio de territorialidad constituye el criterio esencial para delimitar la competencia penal de un Estado. Aun así, existe la posibilidad de que un Estado amplíe su competencia a injustos cometidos fuera de sus límites territoriales. Lo aconsejable es ello se deba a la grave violación de los derechos humanos o del derecho internacional humanitario, aunque como veremos, también los Estados se atribuyen potestad para juzgar delitos que atentan contra sus propios intereses, población civil o cuando son cometidos por ciudadanos suyos. Estaríamos ante la extraterritorialidad de la ley penal. Dicha extraterritorialidad supone una excepción al principio de territorialidad, toda vez que la ley penal del Estado trasciende las fronteras de sus dominios territoriales, para ejercerse con mayor o menor amplitud en territorios ajenos por crímenes allí cometidos²⁵².

²⁵⁰ M. ABAD CASTELOS. 1997, “La toma de rehenes...”, *loc cit*, pág. 122.

²⁵¹ P. AKHAVAN. 2010, “Whither national courts? The Rome Statute’s missing half”, en *Journal of International Criminal Justice*, nº 8, pág. 1246.

²⁵² A. QUINTANO RIPOLLÉS. 1955, *loc cit*, Tomo II, pág. 47; cfr. A. CHEHTMAN. 2010, “*The philosophical foundations of extraterritorial punishment*”, Oxford: Oxford University Press, pág. 55 y ss., en todo caso, afirma este autor que los Estados estarán vinculados por el derecho internacional a la hora de extender su ley penal fuera de su territorio; cfr. J J. BUSTOS RAMÍREZ y H. HORMAZABAL MALAREÉ. 1997, “*Lecciones de derecho penal. Vol. I*”, Madrid: Trotta, pág. 111, defienden que excepcionalmente los Estados pueden extender su ley penal.

La cuestión de la extraterritorialidad penal²⁵³ fue tratada, confusamente, por la Corte Permanente de Justicia Internacional en el año 1927, en relación a un abordaje en alta mar entre el buque francés *Lotus* y el barco turco *Boz-Kourt*, en el que se causó la muerte de ocho personas. Al llegar el *Lotus* a Constantinopla, el gobierno turco inició una acción criminal contra el capitán del barco turco y el oficial francés de guardia a bordo del *Lotus*, siendo ambos condenados a prisión. El gobierno francés exigía que los tribunales turcos tenían que tener una competencia expresa derivada del derecho internacional para conocer del caso, mientras que el gobierno turco mantenía la posición de que era suficiente que el derecho internacional no prohibiese el ejercicio de su jurisdicción²⁵⁴. En la sentencia del “Caso *Lotus*” se dispuso que «*De ello no se sigue, sin embargo, que el derecho internacional prohíba a un Estado ejercer su jurisdicción, en su propio territorio, sobre todo asunto que se refiera a hechos acaecidos en el extranjero y en los que no pueda apoyarse en una regla permisiva de derecho internacional. El derecho internacional público regula el ejercicio del poder estatal entre Estados, sin embargo, este complejo normativo, lejos de crear una prohibición general de que los Estados no puedan extender la aplicación de sus leyes y la competencia de sus tribunales a personas, propiedades y actos fuera de su territorio, el derecho internacional al respecto deja un margen ancho de discrecionalidad, que sólo se ve limitado en ciertos casos por reglas prohibitivas*²⁵⁵». A mi entender, la sentencia anterior viene a consagrar la aplicación extraterritorial de la ley penal en cualquier de sus formas.

Podría afirmarse que el principio que sostuvo la competencia de los tribunales turcos fue el de personalidad pasiva, toda vez que hubo muertos de dicha nacionalidad. Esto nos lleva a afirmar que el principio de justicia

²⁵³ Cfr. M. P. SCHARF. 2001, “Application of treaty-based universal jurisdiction to nationals of non-party states”, en *New England Law Review*, Vol. 35, nº 2, pág. 366 y ss.; cfr. J. GENEUSS. 2009, *loc cit*, pág. 950.

²⁵⁴ Cfr. Draft convention on jurisdiction with respect to crime, en *American Journal of International Law* 1935, Vol. 29, pág. 468; C. RYNGAERT. 2012, *loc cit*, pág. 22 y ss.; cfr. B. V. SCHAACK y R. C. SLYE. 2007, *loc cit*, pág. 85 y ss.

²⁵⁵ S.S. *Lotus* (Francia v. Turquía), Sentencia de la CPJI, de 7 de septiembre de 1927; C. RYNGAERT. 2012, *loc cit*, pág. 24.

universal no tiene su origen en el caso estudiado, ya que existía un nexo de competencia entre el Estado turco y el suceso investigado, la nacionalidad de los fallecidos. La decisión del caso *Lotus* ha sido utilizada en diversas resoluciones judiciales sobre comisión de crímenes internacionales, en concreto, en el caso *Eichmann* y en el caso *Demjanjuk*, de ahí su relevancia. Lo esencial del caso *Lotus* es el reconocimiento de la extraterritorialidad penal, siempre que no se vulnere ninguna norma o principio del derecho internacional, como por ejemplo, el de no intervención en asuntos internos o el abuso de poder²⁵⁶. Esta resolución judicial consagró la diferencia entre la jurisdicción para prescribir y la jurisdicción para ejecutar. Los Estados pueden aprobar leyes con eficacia extraterritorial si no hay una norma internacional que lo prohíba. Igualmente, pueden hacer efectiva su jurisdicción en el extranjero, si existe una norma internacional permisiva, es decir, que lo permita²⁵⁷. Esta sentencia ha sido muy controvertida dentro de la doctrina, incluso con posterioridad, en el Convenio de Bruselas de 10 de mayo de 1952, relativo a la jurisdicción penal en materia de abordajes u otros accidentes de la navegación, se aprobó una regla contraria a lo acordado en ella. Esta afirmación de libertad de extensión de la jurisdicción debe interpretarse con matices, en el sentido de que existe una primacía del derecho internacional, al ser éste quien determina los casos en que se prohíbe ampliar la ley penal de un Estado fuera de sus límites soberanos. Por ello, la extraterritorialidad de la ley penal es una materia que cae también dentro de la órbita del derecho internacional, no siendo una materia exclusiva de competencia estatal²⁵⁸.

El principio de no intervención consagrado en la Carta de Naciones Unidas, constituye el principal obstáculo para extender la ley penal a un crimen internacional cometido en el extranjero. A fin de solventar el mismo, la doctrina ha considerado que si existen ciertos nexos entre el crimen y el Estado que pretende juzgarlo, no se vulneraría el principio internacional antedicho. La

²⁵⁶ Cfr. K. AMBOS. 2007, “Los fundamentos...” *loc cit*, pág. 271.

²⁵⁷ C. RYNGAERT. 2012, *loc cit*, pág. 23.

²⁵⁸ L. REYDAMS. 2003, *loc cit*, pág. 15; cfr. M. INAZUMI. 2005, “*Universal Jurisdiction in modern international law: expansion of national jurisdiction for prosecuting serious crimes under international law*”, Oxford: Intersentia, pág. 17.

jurisprudencia internacional también afirma esto al indicar que a la hora de apreciar la relación entre un Estado y una persona natural, es necesario un *real link* o un *genuine connection*²⁵⁹. Así pues, en primer lugar se necesita el nexo mencionado, que podrá justificarse a partir del principio de territorialidad, personalidad pasiva y activa, debiendo significarse que tales principios jurisdiccionales son orientativos. El principio de justicia universal, desde mi punto de vista, no necesitaría de conexión o vínculo alguno, al afectar a bienes jurídicos supranacionales sobre los que ningún Estado ejerce sobre ellos una titularidad exclusiva²⁶⁰. Una vez acreditado el nexo deberíamos apreciar si con la extensión de la norma penal doméstica se estaría vulnerando algún principio o norma internacional. Si no es así, sería legítima tal extensión de la ley penal, en caso contrario no. Con respecto a la ejecución de la norma doméstica fuera del territorio nacional, debe existir una norma internacional permisiva.

A raíz del caso *Lotus* la comunidad internacional se percató de la necesidad de establecer unas normas internacionales sobre competencia jurisdiccional en materia criminal. Hubo un borrador de convenio en el año 1935, en el que se reconocían los principios básicos de competencia jurisdiccional, en concreto, el de territorialidad, personalidad activa, protección y el de justicia universal²⁶¹. Sin embargo, nunca llegó a aprobarse el mismo. Los Estados se limitaron a ratificar varios convenios internacionales universales o regionales que contenían diversos ilícitos internacionales. Ante la ausencia de un convenio internacional que regule el ejercicio de la jurisdicción penal, los Estados deben acudir a su derecho interno y al derecho internacional para legitimar su actuación, es decir, para justificar la extraterritorialidad de su ley penal. Esta premisa ha sido ratificada por el Consejo de Europa, quien indicó que el derecho internacional no impone limitaciones a la libertad de los Estados para establecer las diversas formas de jurisdicción penal

²⁵⁹ Sentencia de la Corte Internacional de Justicia, de 6 de abril de 1955, caso *Nottebohm*, pára. 23 y sentencia de 5 de febrero de 1970, caso *Barcelona Traction*, pára. 42; cfr. K. AMBOS. 2007, “Los fundamentos...” *loc cit*, pág. 270.

²⁶⁰ K. AMBOS. 2007, “Los fundamentos...” *loc cit*, pág. 271.

²⁶¹ Cfr. C. L. BLAKESLEY. 2002, “Extraterritorial Jurisdiction”, en *International Criminal Law*. Vol. 2º, Editor: M. C. BASSIOUNI, New York: Transnational Publisher, pág. 39; B. V. SCHAACK y R. C. SLYE. 2007, *loc cit*, pág. 82.

extraterritorial, en los casos de solidaridad internacional entre Estados, en la lucha contra los crímenes internacionales²⁶².

En este orden de ideas, podemos afirmar que el derecho internacional, salvo circunstancias tasadas, no prohíbe a los Estados que extiendan su ley penal fuera de su territorio sobre personas no nacionales. Es más, son los Estados los que deberán delimitar dicha competencia extraterritorial, entre otros medios, con la celebración de convenios internacionales que concreten el ejercicio de tal *potestas*, debiéndose tener en cuenta las normas de derecho internacional correspondientes, ya que dicha potestad no es ilimitada. Con respecto al ejercicio de la jurisdicción debe existir una norma de derecho internacional que permita al Estado realizar actos que afecten a la soberanía de otros distintos. Normalmente, serán los tratados internacionales el medio por el que se deduzca la existencia de normas permisivas, así como también el derecho consuetudinario.

2. Principios de atribución de la jurisdicción penal.

Ahora tenemos que centrarnos en los distintos principios de atribución de la jurisdicción penal existentes. Esta labor no resulta fácil, ya que no existe un criterio uniforme en la doctrina sobre los mismos. Por ejemplo, algunos incluyen el principio de representación o justicia supletoria²⁶³, el principio de beligerancia o de bandera²⁶⁴ y el principio del *iudex apprehensionis*²⁶⁵ como principios de atribución de la jurisdicción penal. Sin embargo, la doctrina mayoritaria ha considerado debidamente acreditadas en el derecho internacional el principio de territorialidad, personalidad pasiva y activa,

²⁶² Consejo de Europa. 1990, Europe committee on crime problems, *Extraterritorial criminal jurisdiction*, pág. 27.

²⁶³ M. COBO DEL ROSAL y T.S. VIVES ANTÓN. 1999, *loc cit*, pág. 213; cfr. A. GIL GIL *et al.* 2011, “Curso de Derecho penal...”, *loc cit*, pág. 76; J. J. BUSTOS RAMÍREZ y H. HORMAZABAL MALAREÉ. 1997, *loc cit*, pág. 111; C. RYNGAERT. 2012, *loc cit*, pág. 102 y ss.

²⁶⁴ A. SÁNCHEZ LEGIDO. 2003, *loc cit*, pág. 37.

²⁶⁵ E. ORIHUELA CALATAYUD. 2000, “La cooperación internacional contra la impunidad. Llenando los vacíos de la jurisdicción territorial”, en *Cursos de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales de Vitoria-Gasteiz*, pág. 177.

protección de intereses y justicia universal, como así lo demuestran los numerosos tratados aprobados por la comunidad internacional²⁶⁶.

Si nos remontamos al borrador del convenio sobre jurisdicción sobre ciertos crímenes del año 1935, podemos deducir que los únicos principios de atribución de jurisdicción penal incluidos fueron el de territorialidad, protección, personalidad activa (el principio de personalidad pasiva fue muy criticado y no se incluyó dentro de dicho borrador) y universalidad. En el desarrollo de la presente investigación analizaremos los principios citados más el principio de beligerancia, toda vez que a mi juicio, tiene una importancia relevante para entender posteriormente el principio de justicia universal, clave en este estudio. En cuanto a los principios de justicia supletoria y del *iudex apprehensionis*, éstos podrían encuadrarse dentro de la denominada jurisdicción universal territorial o jurisdicción universal supletoria con base en el *iudex apprehensionis*²⁶⁷.

2.1. Principio de territorialidad.

El territorio es una de las manifestaciones más importantes del Estado, ya que éste necesita de un espacio físico en el cual poder desarrollar sus funciones, establecer un gobierno y dirigir a una población. La soberanía del Estado se ejerce dentro del territorio. Así pues, la competencia territorial es aquella que se extiende y ejercita dentro del espacio geográfico sometido a la soberanía de un Estado²⁶⁸. En aplicación de este principio corresponde a un

²⁶⁶ Cfr. C. L. BLAKESLEY. 1998, *loc cit*, pág. 40; M. ABAD CASTELOS. 1997, “La toma de rehenes...”, *loc cit*, pág.124; L. JIMÉNEZ DE ASÚA. 1952, “Tratado de derecho...”, *loc cit*, Vol. II, pág. 751; M. N. SHAW. 2008, *loc cit*, pág. 652; I. BANTEKAS y S. NASH. 2007, *loc cit*, pág. 72; R. O’KEEFE. 2004, “Universal Jurisdiction...”, *loc cit*, pág. 738 y 739; J. GENEUSS. 2009, *loc cit*, pág. 951; C. RYNGAERT. 2012, *loc cit*, pág. 103.

²⁶⁷ L. REYDAMS. 2003, *loc cit*, pág. 42, quien la denomina como co-operative universal jurisdiction; N. STRAPATSAS. 2002, “Universal Jurisdiction and the International Criminal Court”, en *Manitoba Law Journal*, Vol. 29, pág. 3 y ss. Otra parte de la doctrina considera que no existe jurisdicción alguna en la justicia supletoria, ya que no es universal sino que solo obliga a los Estados Parte, cfr. R. WOLFRUM 1996, “The Decentralized Prosecution of International Offences Through National Courts”, en *War Crimes in International Law*, Editores: Y. DINSTEIN and T. MALA, The Hague; Martinus Nijhoff Publishers, The Hague, pág. 235 y 236.

²⁶⁸ A. QUINTANO RIPOLLÉS. 1955, *loc cit*, Tomo II, pág. 29.

Estado aplicar su ley penal a todos los delitos y faltas cometidos dentro de su territorio, con independencia de la nacionalidad del sujeto activo y pasivo del delito²⁶⁹. BENTHAM ya manifestó que la pena es tanto más útil cuanto más cercana se halle del sitio en el tiempo y en el espacio²⁷⁰.

La lógica nos lleva a la conclusión de que resulta más fácil hallar pruebas, encontrar al presunto autor de un delito y realizar una investigación, en el lugar de la comisión del delito y no en un lugar totalmente ajeno²⁷¹; igualmente, motivos de eficacia de la pena hacen considerar la preferencia de este título jurisdiccional. De ahí que en la práctica el título de territorialidad sea uno de los más característicos del derecho penal y el que menos inconvenientes plantea²⁷². Sin embargo, este principio fue definido por QUINTANO RIPOLLÉS como «egoísta, presuponiendo el encasillamiento de cada Estado en su órbita jurídico-penal, ajeno a todo lo que pudiera acontecer más allá de las propias fronteras, y en que, hasta el crimen más atroz fuera de ellas perpetrado, es irrelevante para su derecho (...)»²⁷³. Desde el punto de vista de la política criminal, la territorialidad se conecta con el cumplimiento de los fines de prevención general y especial de la pena²⁷⁴. El principal fundamento de aplicación de este principio radica en la soberanía estatal, siendo refrendado por la comunidad internacional en la CNU mediante el art. 2.7 que dispone que «Ninguna disposición de esta Carta autorizará a las Naciones Unidas a intervenir en los asuntos que son esencialmente de la jurisdicción interna de los Estados...», y a través de la Resolución 2625 (XXV) de la AGNU. El principio de territorialidad puede decirse que tiene un reconocimiento universal²⁷⁵, por lo que forma parte del derecho consuetudinario. En el caso

²⁶⁹ A. C. ANDRÉS DOMÍNGUEZ. 2006, “Derecho penal...”, *loc cit*, pág. 155.

²⁷⁰ J. BENTHAM. 1825, “*Theorie des peines et des recompenses*”, Lib. I, Cap. XI.

²⁷¹ B. GARCÍA SÁNCHEZ. 2004, “*Límites a la ley penal en el espacio*”, Barcelona: Atelier, pág. 24.

²⁷² R. CRYER *et al.* 2008, *loc cit*, pág. 40; C. RYNGAERT. 2012, *loc cit*, pág. 29, quien defiende la primacía de este título jurisdiccional sobre el resto; B. V. SCHAACK y R. C. SLYE. 2007, *loc cit*, pág. 91.

²⁷³ A. QUINTANO RIPOLLÉS. 1955, *loc cit*, Tomo II, pág. 30.

²⁷⁴ A. C. ANDRÉS DOMÍNGUEZ. 2006, “Derecho penal...”, *loc cit*, pág. 156; B. GARCÍA SÁNCHEZ. 2004, “*Límites a la ley penal...*”, *loc cit*, pág. 25.

²⁷⁵ I. BROWNLIE. 2008, *loc cit*, pág.301; M. INAZUMI. 2005, *loc cit*, pág. 22; M. N. SHAW. 2008, *loc cit*, pág. 652 y ss., cfr. K. AMBOS. 2007, “*Los fundamentos...*” *loc cit*, pág. 274.

Lotus ya se afirmó que la «*jurisdiction is certainly territorial...*»²⁷⁶. No puede negarse la necesidad y conveniencia de que un Estado legisle y haga cumplir la ley dentro de su territorio, en aras del mantenimiento de la seguridad y buen orden, todo ello por medio de sus tribunales nacionales y autoridades respectivas. Sin embargo, el propio Estado puede ceder parte de esta soberanía a favor de terceros Estados o incluso de órganos internacionales mediante los correspondientes convenios internacionales. Se entiende que cuando se realiza esta cesión es por motivos de cooperación y colaboración internacional, a fin de evitar la impunidad de los criminales, constituyendo un ejemplo de lo anterior la competencia de la Corte Penal Internacional para conocer de crímenes internacionales mediante el principio de complementariedad.

A pesar de que el principio de territorialidad parece ser el criterio más seguro, razonable y efectivo en la persecución de crímenes internacionales, puede haber supuestos en los que el mismo no aclare qué Estado es el competente para juzgarlos. Un ejemplo podemos encontrarlo en el caso de que un aparato organizado de poder dicte órdenes para ejecutar un crimen internacional que se cometerá en un Estado distinto al que pertenece dicha organización. ¿Qué Estado tendría jurisdicción para conocer del crimen, el del lugar de comisión o el del lugar en dónde se impartieron las órdenes? Dependiendo de las teorías que apliquemos obtendremos una respuesta u otra. La teoría de la actividad se fundamenta en que el lugar de comisión del crimen es aquel en dónde se llevó a cabo su acción; lo determinante es el actuar positivo o negativo del autor material del crimen²⁷⁷. Sin embargo, la teoría expuesta no resuelve el problema de cuando el resultado del crimen se produce en un territorio distinto, ya que la acción típica puede realizarse en el Estado X y el resultado del mismo puede producirse en el Estado Z. Dentro del derecho penal internacional es muy usual la implicación criminal de varias personas

²⁷⁶ S.S. *Lotus* (Francia v. Turquía), CPJI 7 September 1927, pág. 18 y 19; hay que significar que con anterioridad, en el siglo XVIII ya se afirmaba la preeminencia del principio de territorialidad, así Lord Halsbury's decía que "*all crimes are local... jurisdiction is only territorial*", *Macleod v. AG for New South Wales* (1891) AC 455, pág. 458; cfr. Permanent Court of Arbitration, *case of Island of Palmas* 1928 (US v. Netherlands), 2 RIAA 829.

²⁷⁷ B. GARCÍA SÁNCHEZ. 2004, "Límites a la ley penal...", *loc cit*, pág. 62.

que actúan a distancia. Por ejemplo, en los crímenes cometidos durante la 2ª Guerra Mundial, en concreto, en el caso *Eichmann*, las órdenes impartidas por esta persona fueron ejecutadas en distintos países. Así pues, la teoría de la acción no satisface las exigencias requeridas por los crímenes internacionales.

Otra opción es la teoría del resultado, según la cual, la ley penal a aplicarse será aquella en dónde se produce el resultado del crimen internacional, no teniendo en consideración alguna la acción típica. Como puede deducirse a simple vista, esta teoría presenta objeciones, siendo la principal el hecho de que los delitos de peligro o en grado de tentativa quedarían absolutamente impunes, ya que no se produce un resultado²⁷⁸. Al respecto, debemos significar que nuestro Código Penal (en adelante, CP) al regular los crímenes de guerra, los cataloga como delitos de peligro al no exigirse un resultado. En este supuesto, la aplicación de la teoría del resultado conllevaría no poder aplicar la ley penal española, salvo que hubiese un resultado lesivo de un bien jurídico protegido.

La teoría de la ubicuidad parece ser actualmente la postura aplicada por los sistemas penales de la comunidad internacional, al sostener posiciones menos extremistas que las dos anteriores²⁷⁹. Esta teoría mantiene que el crimen se ha cometido tanto en el lugar donde se ejecutó la acción típica, como en el lugar en donde se produce su resultado lesivo. Ciertamente, podemos apreciar que la ley penal a aplicarse puede ser diversa, la del *forum delicti comissi* o la del lugar del resultado lesivo, por lo que deben articularse mecanismos de resolución de conflictos de competencia para evitar que dos tribunales distintos estén conociendo de los mismos hechos, al haber una jurisdicción concurrente. La mayor ventaja que ofrece esta teoría es la evitación de cualquier tipo de laguna que conlleve la impunidad del criminal. Por ello, desde mi punto de

²⁷⁸ *Ibidem*, pág. 63 y 64.

²⁷⁹ M. COBO DEL ROSAL y T.S. VIVES ANTÓN. 1999, *loc cit*, pág. 212; B. GARCÍA SÁNCHEZ. 2004, “Límites a la ley penal...”, *loc cit*, pág. 65; A. GIL GIL *et al.* 2011, “Curso de Derecho penal...”, *loc cit*, pág. 70; J. J. BUSTOS RAMÍREZ y H. HORMAZABAL MALAREÉ. 1997, *loc cit*, pág. 115; G. RODRÍGUEZ MOURULLO. 1978, “*Derecho Penal. Parte General*”, Madrid: Civitas, pág. 153 y 154; E. BACIGALUPO. 1999, “*Derecho Penal. Parte General*”, Buenos Aires: Hammurabi, pág. 177 y ss.

vista, esta teoría es la más apropiada para delimitar la ley penal que debe aplicarse. Empero lo anterior, nuestro ordenamiento jurídico no determina expresamente qué teoría corresponde utilizarse, si la del resultado, la de la actividad o la de la ubicuidad. En el marco de la competencia de los órganos judiciales, nuestra legislación si ofrece un criterio a la vista de lo establecido en el art. 14 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (en adelante, LECrim), ya que serán competentes para instruir causas los Juzgados de Instrucción del lugar en donde se hubiese cometido el delito. Esta posición no aclara dónde se ha cometido el delito, por lo que los órganos judiciales serán libres de aplicar cualquiera de las teorías expuestas²⁸⁰.

La resolución de los problemas planteados no es baladí, ya que actualmente no es extraño que un líder político o militar se refugie en un territorio distinto al del lugar en donde se están cometiendo crímenes internacionales por orden suya. En el campo de la justicia penal internacional, los tribunales internacionales *ad hoc* tampoco han solucionado esta cuestión. El Estatuto del TPIY establece en su art. 1 que dicho tribunal será competente para conocer de las violaciones graves del DIH *cometidas en el territorio* de la ex Yugoslavia, abarcando su espacio aéreo, aguas territoriales y superficie terrestre. Asimismo, en el art. 9 del citado estatuto se regula la jurisdicción concurrente, diciéndose que «*El tribunal internacional y los tribunales nacionales tendrán jurisdicción concurrente para enjuiciar a las personas que hayan cometido violaciones graves del DIH en el territorio de la ex Yugoslavia...*», teniendo preferencia el tribunal internacional sobre los nacionales. De lo expuesto no se deduce con claridad si el referido tribunal internacional puede ser competente para conocer de un crimen contemplado en su estatuto, si el mismo ha sido ordenado fuera del territorio de la antigua Yugoslavia. Por ejemplo, si la matanza de Srebrenica hubiese sido ordenada desde Albania por los líderes militares serbios, ¿el tribunal internacional podría haberlo enjuiciado? Dependiendo de la teoría que apliquemos tendría competencia o no. Con la de la actividad no, pero con la de la ubicuidad y la

²⁸⁰ Cfr. G. RODRÍGUEZ MOURULLO. 1978, *loc cit*, pág. 160; E. BACIGALUPO. 1999, *loc cit*, pág. 179.

del resultado sí. También podría alegarse, para justificar la competencia del tribunal internacional, que a causa de la preferencia del mismo sobre los nacionales para conocer de cualquier crimen regulado en su estatuto, aquél sería competente, aunque quedaría por resolver si en realidad ostenta dicha competencia o no. No podemos ser ajenos a que la competencia establecida en el Estatuto del TPIY es *ratione personae, materiae, temporis* y por razón del lugar de comisión del crimen²⁸¹, debiendo concurrir todas ellas a la vez, no alguna por separado.

2.1.1. Ordenamiento jurídico español.

En nuestro sistema legal el principio de territorialidad²⁸² aparece regulado en el art. 8.1 del Código Civil, al disponer que «*Las leyes penales, las de policía y las de seguridad pública obligan a todos los que se hallen en territorio español*», y en el art. 23.1 de la LOPJ el cual indica que «*En el orden penal corresponderá a la jurisdicción española el conocimiento de las causas por delitos y faltas cometidos en territorio español o cometidos a bordo de buques o aeronaves españoles, sin perjuicio de lo previsto en los tratados internacionales en los que España sea parte*». Las notas más características del precepto enunciado son las siguientes:

- i. La ley penal española se aplicará para el enjuiciamiento de todos los delitos y faltas cometidos en territorio español, incluido su espacio aéreo y marítimo.
- ii. Dentro del territorio español se deben incluir a las aeronaves y a los buques, por los delitos o faltas cometidos a bordo de los mismos, salvo las excepciones estipuladas por el derecho internacional.

²⁸¹ Cfr. M. C. BASSIOUNI y P. MANIKAS. 1996, *loc cit*, pág. 300 a 305.

²⁸² Cfr. V. GIMENO SENDRA. 2004, *loc cit*, pág. 116; A. GIL GIL *et al.* 2011, “Curso de Derecho penal...”, *loc cit*, pág. 68; E. BACIGALUPO. 1999, *loc cit*, pág. 176; J. J. BUSTOS RAMÍREZ y H. HORMAZABAL MALAREÉ. 1997, *loc cit*, pág. 111; G. RODRÍGUEZ MOURULLO. 1978, *loc cit*, pág. 143.

- iii. Este principio, a causa del término “*sin perjuicio*” utilizado en la norma, puede verse restringido por lo dispuesto en los tratados internacionales en los que España sea parte.

La cuestión de las embajadas y consulados ha sido resuelta mediante el Convenio de Viena sobre relaciones diplomáticas de 18 de abril de 1961²⁸³ y el Convenio sobre relaciones consulares de fecha 24 de abril de 1963²⁸⁴, por los cuales se establece que las embajadas y consulados se consideran parte del territorio del Estado en dónde se hallen, sin perjuicio de los privilegios estipulados en dichas convenciones²⁸⁵. Los espacios marítimos de soberanía española, están compuestos por el mar territorial español, la zona contigua, la zona económica exclusiva y la plataforma continental, todos ellos quedan sometidos de distinta forma a la soberanía del Estado español. En cuanto al espacio aéreo, en aplicación de lo dispuesto en la Ley de Navegación Aérea de 21 de julio de 1960, es aquél que está situado sobre el territorio español y el mar territorial. Cabe apreciarse que dentro del espacio aéreo español, delimitado por la referida norma, no se incluye el que está situado sobre la zona económica exclusiva ni la zona contigua.

2.2. Principio de personalidad.

Este principio nos introduce de pleno en la extraterritorialidad de la ley penal. Si el principio de territorialidad se caracterizaba por la aplicación de la ley penal nacional a todos los delitos y faltas cometidos en su territorio, con independencia de la nacionalidad del sujeto activo o pasivo del mismo, con este título de competencia se ofrece la posibilidad de que la ley interna de un Estado sea aplicada a un delito cometido fuera del mismo. El principio de

²⁸³ BOE núm. 21, de fecha 24 de enero de 1968.

²⁸⁴ BOE núm. 56, de fecha 6 de marzo de 1970.

²⁸⁵ Así el art. 22 del Convenio sobre relaciones diplomáticas indica que los locales de la misión son inviolables, correspondiendo al Jefe de la misión dar la autorización correspondiente para penetrar en ellos, tampoco el mobiliario de los locales o los medios de transporte de la misión podrán ser registrados, embargados o requisados; el art. 24 de la convención dispone que los archivos y documentos de la misión son inviolables y el art. 29 establece que la persona del agente diplomático es inviolable, no pudiendo ser objeto de detención o arresto.

personalidad también está relacionado con la soberanía del Estado, toda vez que si bien es cierto que el territorio es un elemento imprescindible de la soberanía, no es menos cierto que ésta no puede desarrollarse sin población a la que gobernar. Así, el ciudadano de un Estado, aún estando en el extranjero, sigue estando sometido a su soberanía, y por ello, en ciertas ocasiones, el Estado podrá juzgar hechos cometidos por sus súbditos o contra sus nacionales en territorio extranjero, de ahí la extraterritorialidad de este principio.

Según QUINTANO RIPOLLÉS el fundamento básico de tal principio consiste en mantener el Estado su propio fuero jurisdiccional sobre personas que se hallan más allá de los propios límites territoriales y en las que la cualidad subjetiva, el *status*, puede más que la consideración geográfica y localista. Se trata de una consecuencia del tradicional aforismo de la personalidad de la ley estatal, *el ius ossibus inheret*²⁸⁶. En la actualidad, el principio de personalidad activa puede justificarse por el hecho de que ciertos delitos cometidos en el extranjero por un nacional, quedarían impunes si el Estado de éste no actuase, ya que a día de hoy es mayoritario el principio de no extraditar a los nacionales²⁸⁷. Por ello, puede considerarse que el principio de personalidad es subsidiario del de territorialidad²⁸⁸. Actualmente, el principio objeto de análisis corre el peligro de quedarse sin contenido a causa de los numerosos tratados que tienen por finalidad la extradición o entrega de los nacionales. Por ejemplo, mediante la Decisión Marco de 17 de julio de 2002, relativa a la orden de detención europea y a los procedimientos de entrega entre Estados miembros y la Ley 3/2003, de 14 de marzo, por la que se regula la orden europea de detención y entrega²⁸⁹. El principio de personalidad puede dividirse en los siguientes tipos: personalidad absoluto, mixta, pasiva y activa.

²⁸⁶ A. QUINTANO RIPOLLÉS. 1955, *loc cit*, Tomo II, pág. 66.

²⁸⁷ En nuestro ordenamiento jurídico, el art. 3 de la Ley 4/1985, de 21 de marzo, de Extradición Pasiva, establece que: «No se concederá la extradición de españoles (...) por delitos que corresponda conocer a los Tribunales españoles según el ordenamiento nacional».

²⁸⁸ A. C. ANDRÉS DOMÍNGUEZ. 2006, “Derecho penal...”, *loc cit*, pág. 166.

²⁸⁹ BOE núm. 65, de fecha 17 de marzo de 2003.

2.2.1. *Principio de personalidad absoluto.*

Consiste en la aplicación de la ley penal exclusivamente a los nacionales del Estado, sin que pueda aplicarse a los extranjeros. Este principio conllevaría la total anulación del principio de territorialidad, por lo que es incompatible con las exigencias de nuestro derecho positivo y del derecho penal comparado²⁹⁰.

2.2.2. *Principio de personalidad mixto.*

Es aquél mediante el cual sólo se aplica la ley penal del Estado a los nacionales que delinquen en el extranjero contra otros nacionales, la finalidad de dicho principio consistiría en ofrecer una mayor protección a los nacionales de un Estado.

2.2.3. *Principio de personalidad pasiva.*

Nos encontramos ante uno de los principios de jurisdicción más problemáticos, toda vez que no ha sido aceptado de forma genérica hasta fechas recientes, en concreto, nos tenemos que remontar a la convención internacional contra la Toma de Rehenes de 1979, en cuyo art. 5.1.d) se incorpora el principio de personalidad pasiva, siempre que el Estado soberano de los nacionales afectados lo considere oportuno. A raíz de este tratado el mencionado principio ha ido incorporándose en sucesivos convenios de lucha contra el terrorismo. Como muestra de lo anterior, si acudimos al borrador del convenio internacional de jurisdicción sobre ciertos crímenes elaborado en el año 1935, en el mismo no se incluye este principio, solo se hace referencia al principio de territorialidad, nacionalidad, protección y universalidad. Antes de su incorporación plena en el derecho internacional, a causa de los delitos de terrorismo internacional, algunos Estados hicieron uso del mismo en algunas

²⁹⁰ A. C. ANDRÉS DOMÍNGUEZ. 2006, “Derecho penal...”, *loc cit*, pág. 167.

causas judiciales. Por ejemplo, en el caso *Cutting* de 1886²⁹¹ el Estado de México detuvo a un ciudadano estadounidense por un delito cometido en dicho territorio basándose exclusivamente en que la víctima era mexicana, frente a lo cual los EE.UU protestaron enérgicamente. De igual manera, en el ya estudiado caso *Lotus*, las autoridades turcas utilizaron este principio de jurisdicción para atraer su competencia judicial.

Bajo el principio de personalidad pasiva un Estado puede aplicar su ley penal a hechos ocurridos en el extranjero, siempre que los mismos hayan afectado a nacionales suyos, por lo que se trataría de un título que podría entrar en conflicto con el principio de territorialidad²⁹². Asimismo, este principio podría confundirse con el principio de protección de intereses, ya que la finalidad de éste sería la de proteger a los nacionales por los delitos que sufran en el exterior²⁹³. Un ejemplo del principio analizado aparece en el art. 5.1.c) de la Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, degradantes o inhumanos, de fecha 10 de diciembre de 1984, en el que se dispone que «*Todo Estado parte dispondrá lo que sea necesario para instituir su jurisdicción sobre los delitos a que se refiere el art. 4 en los siguientes casos: c) Cuando la víctima sea nacional de ese Estado y éste lo considere apropiado (...)*»²⁹⁴. Podemos apreciar que la jurisdicción en ambos convenios es facultativa, se dejaría al Estado la potestad para atribuirse competencia o no, si lo considera apropiado. Como expusimos anteriormente, el principio de personalidad pasiva es un principio que no fue aceptado plenamente, ya que los Estados entendían que no estaba consagrado en el derecho internacional y podía a su vez perjudicar otros títulos de jurisdicción más consagrados, tales como el de

²⁹¹ *Cutting case*, 1887 FOR. REL. 751 (1888); cfr. M. N. SHAW. 2008, *loc cit*, pág. 664 y 665; C. L. BLAKESLEY. 1998, *loc cit*, pág. 68 y 68; I. BANTEKAS y S. NASH. 2007, *loc cit*, pág. 81; cfr. C. RYNGAERT. 2012, *loc cit*, pág. 92 y ss.; cfr. A. CHEHTMAN. 2010, *loc cit*, pág. 67 y ss.

²⁹² Cfr. M. N. SHAW. 2008, *loc cit*, pág. 664.

²⁹³ M. ABAD CASTELOS. 1997, “La toma de rehenes...”, *loc cit*, pág. 143; A. CHEHTMAN. 2010, *loc cit*, pág. 69.

²⁹⁴ Cfr. A. GIL GIL. 2006, “Jurisdicción de los tribunales españoles sobre genocidio, crímenes contra la humanidad y crímenes de guerra”, en *Revista Española de Derecho Militar*, Vol. 87, pág. 65, sostiene que a través del art. 23.4.h) de la LOPJ puede introducirse el principio de personalidad pasiva en nuestro ordenamiento jurídico; cfr. Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de febrero de 2003, caso Guatemala, FJº 12.

territorialidad. Sin embargo, con el paso del tiempo el principio de personalidad pasiva fue acogido por los principales Estados que lo rechazaban. Por ejemplo, los EE.UU mediante la *Omnibus Diplomatic Security and Antiterrorist Act*²⁹⁵ de 1986 o la *Hostage Taking Act* de 1989 lo incorporaron en su legislación. Un ejemplo lo encontramos en el caso *Yunis*, en donde la Corte del Distrito de Columbia entendió que los tribunales de los EE.UU podían juzgar a un extranjero por la comisión del delito de toma de rehenes, en aplicación del convenio internacional del año 1979 y de la *Hostage Taking Act*, siempre que hubiese nacionales de dicho país²⁹⁶. Resulta interesante mencionar la circunstancia de que esta corte consideró que existían dos títulos de jurisdicción que podían ser aplicados, el de personalidad pasiva y el de jurisdicción universal²⁹⁷.

Parte de la doctrina sostiene la postura de que el principio de personalidad pasiva sólo puede utilizarse cuando el delito tiene por finalidad perjudicar a ciertas personas por razón de su nacionalidad²⁹⁸. Si la nacionalidad de las víctimas no es un elemento determinante del delito, entonces no habría razón de ser para que fuese aplicado. Pongamos como ejemplo un avión que es secuestrado y se toman como rehenes a los pasajeros del mismo, siendo de nacionalidades diversas, italiana, española, francesa e inglesa. ¿Qué Estado sería el competente para conocer del delito? En aplicación del convenio internacional de 1979 contra la toma de rehenes, podría ser el Estado de la nacionalidad de los secuestradores, cada uno de los Estados de las víctimas e incluso, en aplicación de otros instrumentos internacionales, el Estado en donde se halle matriculada la aeronave. Como podemos ver, serían muchos los Estados con jurisdicción, de ahí que haya que determinar cuál debe prevalecer. Desde mi punto de vista y compartiendo la posición apuntada atrás, si el acto

²⁹⁵ En dicha norma se concede jurisdicción a los tribunales de los EE.UU para juzgar a personas de cualquier nacionalidad, acusadas de matar a nacionales norteamericanos, con la intención de coaccionar, intimidar o tomar represalias contra cualquier gobierno o población; ver 18 USC & 2331.

²⁹⁶ Court of Appeals for the District of Columbia Circuit, *United States v. Yunis* 927 F.2d 1086 (1991), pára. 18 a 20.

²⁹⁷ B. V. SCHAACK y R. C. SLYE. 2007, *loc cit*, pág. 95.

²⁹⁸ M. ABAD CASTELOS. 1997, “La toma de rehenes...”, *loc cit*, pág. 147.

delictivo tiene como finalidad perjudicar a determinados sujetos por su nacionalidad, el principio de personalidad pasiva podría ser uno de los títulos preferentes de aplicación. El principio de territorialidad debe ser el criterio principal a la hora de perseguir crímenes internacionales, pero no hay que olvidar que este principio no es absoluto. Todo lo contrario, existen otros títulos de jurisdicción igual de válidos que pueden satisfacer ciertos supuestos de inactividad judicial. Ciertamente, el principio de personalidad pasiva debe ser subsidiario del principio de territorialidad²⁹⁹. En el caso de que el Estado del territorio en donde se haya cometido el delito no actuase o no tuviese la capacidad suficiente para ello, entraría en juego el principio de personalidad pasiva. El hecho de que se aplique en lugar del de territorialidad no debería impedir un proceso con todas las garantías penales y facilidades procesales para el órgano instructor de la causa. Entiendo que existen mecanismos de cooperación judicial suficientes para que el procedimiento pueda instruirse en un país distinto del *forum delicti commissi*, siempre que haya voluntad política entre los Estados implicados.

2.2.4. Principio de personalidad activa.

Este principio, también denominado principio de nacionalidad³⁰⁰, es uno de los principales títulos de jurisdicción después del de territorialidad³⁰¹, siendo subsidiario del mismo³⁰². Normalmente, ha sido reconocido universalmente por el derecho internacional y con mucho más sentido por el derecho interno de los Estados³⁰³. La nacionalidad es el elemento principal del presente título de jurisdicción, teniéndose que recalcar la circunstancia de que esta materia, la definición y regulación de la nacionalidad, queda al arbitrio de los Estados, de

²⁹⁹ Cfr. I. BANTEKAS y S. NASH. 2007, *loc cit*, pág. 82.

³⁰⁰ Cfr. M. N. SHAW. 2008, *loc cit*, pág. 659 y ss.; cfr. A. CHEHTMAN. 2010, *loc cit*, pág. 59 y ss.

³⁰¹ Cfr. M. ABAD CASTELOS. 1997, “La toma de rehenes...”, *loc cit*, pág. 132 y I. BANTEKAS y S. NASH. 2007, *loc cit*, pág. 79 y 80.

³⁰² S. MENDOZA CALDERÓN. 2007, “La aplicación de la ley penal en el espacio: la trascendencia del principio de justicia universal en España”, en *Revista Penal* n° 20, pág. 126.

³⁰³ Cfr. Draft convention on jurisdiction with respect to crime, en *American Journal of International Law* 1935, Vol. 29, pág. 519; K. AMBOS. 2007, “Los fundamentos...” *loc cit*, pág. 278.

su derecho interno³⁰⁴. Este hecho puede propiciar diversos conflictos, ya que las razones por las que se otorga a una persona la nacionalidad pueden variar dependiendo del Estado en el que nos encontremos. Así pues, el derecho internacional no tiene mucho peso en la materia, tal como expuso la Corte Permanente de Justicia Internacional en el caso *Nationality Decrees in Tunis and Morocco* de 1923, en donde el tribunal sostuvo que dicha materia era de dominio estatal, es decir, sujeto al derecho doméstico de los Estados³⁰⁵.

El principio de personalidad activa es aquél por el que la ley penal interna de un Estado se aplica a sus nacionales por los delitos que éstos hayan podido cometer en el extranjero. Un ejemplo de este principio se encuentra en el art. 6.1.c) del Convenio internacional para la represión de los atentados terroristas cometidos con bombas, de 15 de diciembre de 1997³⁰⁶, que establece que «*Cada Estado parte adoptará las medidas que sean necesarias para establecer su jurisdicción respecto de los delitos enunciados en el art. 2 cuando éstos sean cometidos: (...) c) por un nacional de ese Estado*». De igual forma se pronuncian diversos convenios internacionales cuya finalidad es la represión del terrorismo, por ejemplo el convenio de 1979 sobre la toma de rehenes en su art. 5.1.b). Ciertamente, en este principio tenemos que tener en cuenta el criterio de la doble incriminación, por el que el hecho criminal objeto de enjuiciamiento debe estar tipificado tanto en el Estado en donde se cometió el delito como en el Estado que pretende perseguirlo. En el caso de que no estuviese tipificada la conducta objeto de enjuiciamiento en el Estado del *forum delicti commissi*, se podría estar violando la soberanía del Estado territorial y el principio de no intervención en asunto internos de otro Estado soberano³⁰⁷. De ahí que el principio de personalidad absoluto no tenga acogida en el derecho internacional ni en el doméstico. Los principales argumentos por

³⁰⁴ Cfr. C. RYNGAERT. 2012, *loc cit*, pág. 89.

³⁰⁵ Sentencia de la CPJI, de fecha 7 de febrero de 1923, caso *Nationality Decrees in Tunis and Morocco*, pág. 24: «*the question of whether a certain matter is or is not solely within the jurisdiction of state is an essentially relative question, it depends upon the development of international relations. Thus, in the present state of international law, question of nationality are, in the opinion of this Court, in the principle within this reserved domain*».

³⁰⁶ BOE núm. 140, de fecha 12 de junio de 2001.

³⁰⁷ Cfr. K. AMBOS. 2007, “Los fundamentos...” *loc cit*, pág. 279.

los que se defiende y justifica el principio de personalidad activa, son los siguientes:

- i. La ley penal del Estado sigue a sus nacionales haya donde vayan.
- ii. El Estado siempre está interesado y afectado por la conducta de sus nacionales.
- iii. Los nacionales de un país conocen mejor el derecho penal de éste que el extranjero, por lo que podría conllevar mayores garantías para el justiciable.
- iv. El deber de fidelidad del nacional a las leyes de su Estado.
- v. Cuestiones de buenas relaciones internacionales entre Estados, para evitar que crímenes cometidos en el extranjero queden impunes.
- vi. Razones de evitación de la impunidad, ya que normalmente existe dentro del derecho nacional un principio por el cual se prohíbe la extradición de nacionales, por lo que si un nacional delinque en el extranjero y se refugia en su Estado, en principio, sólo éste podría juzgarlo, al no poder extraditarlo³⁰⁸.

No podemos olvidarnos que en ocasiones el principio de nacionalidad se amplía no sólo a los nacionales de un Estado, sino también a aquellas personas que residen en el mismo, el llamado principio del domicilio³⁰⁹, o que han adquirido su nacionalidad con posterioridad a la comisión del delito. Un ejemplo de lo anterior se halla en diversas leyes de represión de crímenes de guerra, como la *War Crimes Act* de 1991 del Reino Unido, en donde se castiga a los ciudadanos de dicho país o personas residentes en el mismo; de igual forma se pronuncia la *War Crimes Act* de 1945 de Australia, en cuya sección 11 se exige que para perseguir el crimen de guerra, el presunto responsable

³⁰⁸ Cfr. B. GARCÍA SÁNCHEZ. 2004, “Límites de la ley...”, *loc cit*, pág. 72 y 73; M. ABAD CASTELOS. 1997, “La toma de rehenes...”, *loc cit*, pág. 132 y 133; Draft convention on jurisdiction with respect to crime, *loc cit*, pág. 520.

³⁰⁹ K. AMBOS. 2007, “Los fundamentos...” *loc cit*, pág. 280.

tiene que ser australiano o residente en este país. La extensión de la ley penal al residente en un país, más allá del criterio de su nacionalidad, tiene su origen en el caso *Nottebohm*, en donde la Corte Internacional de Justicia sostuvo que la nacionalidad es un vínculo legal que tiene como base un hecho social accesorio, es una genuina conexión de existencia recíproca de derechos y deberes, de sentimientos e intereses³¹⁰.

2.2.5. Ordenamiento jurídico español.

En nuestro sistema penal no se recoge el principio de personalidad pasiva³¹¹. Aun así, en el art. 23.4 de la LOPJ, modificado por la Ley Orgánica 1/2009 de 3 de noviembre, se ha incorporado el mismo como límite a la jurisdicción universal, al requerirse como presupuesto alternativo que las víctimas sean españolas³¹². Cuestión distinta es el título de personalidad activa. En nuestra legislación el principio de personalidad activa aparece contemplado en el art. 23.2 de la LOPJ, cuyas características más relevantes son las siguientes:

- i. Sólo tiene aplicación cuando se cometen hechos que en las leyes penales españolas tengan la consideración de delito, no de falta penal. Además es necesario denuncia o querrela del agraviado o del Ministerio Fiscal.
- ii. Es indiferente que el delito se haya cometido en el extranjero, lo importante es que el sujeto activo sea en todo caso un nacional o un extranjero que con posterioridad a la comisión del mismo haya obtenido la nacionalidad española.

³¹⁰ Cfr. Sentencia de la Corte Internacional de Justicia, de 6 de abril de 1955, caso *Nottebohm*, pág. 23.

³¹¹ Cfr. A. GIL GIL. 2006, “Jurisdicción de...”, *loc cit*, pág. 80 y 81, afirma que los delitos de torturas del Convenio de 1984, no crean una obligación de perseguir los mismos a los Estados, al establecer una jurisdicción facultativa; cfr. Sentencia del Tribunal Supremo núm. 327/2003, de 25 de febrero de 2003, FJ. 12º, que entiende que los delitos de tortura, en aplicación del Convenio contra la tortura de 1984, podrían perseguirse bajo el principio de personalidad pasiva.

³¹² Cfr. A. GIL GIL *et al.* 2011, “Curso de Derecho penal...”, *loc cit*, pág. 75

- iii. El principio de personalidad activa no es absoluto, se trata de un principio complementario y alternativo del principio de territorialidad³¹³. Complementario porque sólo se aplica cuando no entra en juego la territorialidad, al no cometerse el delito en territorio español. Alternativo porque tiene una regulación autónoma. El carácter de principio limitado y no absoluto puede deducirse por la necesidad de la doble incriminación del hecho.
- iv. A diferencia de otros Estados en los que se exige que el delito revista cierta gravedad, la legislación española solamente requiere que el citado hecho sea constitutivo de un delito. De manera indirecta se está reconociendo la gravedad del hecho, toda vez que quedan fuera de este título jurisdiccional las faltas penales o infracciones administrativas³¹⁴.
- v. Otro aspecto importante del art. 23.2 de la LOPJ es el reconocimiento del principio *non bis in idem*, al establecerse que «...*el delincuente no haya sido absuelto, indultado o penado en el extranjero...*». Con la incorporación del principio referido, se pretende evitar que el justiciable sea objeto de un doble castigo o de un doble procedimiento penal por los mismos hechos. Esto conlleva un reconocimiento del derecho penal extranjero por parte de los tribunales españoles³¹⁵, por lo que se deduce que rige principalmente el título jurisdiccional de territorialidad antes que el de personalidad activa, de ahí su subsidiariedad.

2.3. Principio de protección de intereses.

Este principio, denominado también real u objetivo, conlleva, al igual que el anteriormente analizado, la extraterritorialidad de la ley penal nacional. En virtud del mismo el Estado reclama el imperio de sus propias leyes sobre una serie de determinados delitos, ya sea por su cualidad, gravedad, importancia y trascendencia o por los bienes jurídicos protegidos, dando igual

³¹³ A. C. ANDRÉS DOMÍNGUEZ. 2006, “Derecho penal...”, *loc cit*, pág. 169.

³¹⁴ Cfr. B. GARCÍA SÁNCHEZ. 2004, “Límites de la ley...”, *loc cit*, pág. 79.

³¹⁵ *Ibidem*, pág. 82.

el estatuto individual del criminal y el lugar de comisión del hecho punible³¹⁶. Su fundamento se encuentra en la necesidad de proteger ciertos intereses estatales en el extranjero, algunos de los cuales no son objeto de protección o tutela en el territorio donde se comete el delito o, el grado de tutela no es suficiente para el Estado lesionado, dada la importancia del bien jurídico protegido que ha sido atacado³¹⁷. Su *ratio esendi* es la protección de bienes jurídicos de vital importancia para la soberanía del Estado³¹⁸, de ahí su extraterritorialidad y que su aplicación sea subsidiaria y excepcional³¹⁹.

Resulta curioso que este principio pueda englobar, implícitamente, el título jurisdiccional de personalidad pasiva, toda vez que pueden confundirse ciertos supuestos en los que no se sepa qué se protege, si un interés esencial del Estado o a la propia víctima nacional de un Estado. Por ello, a mi juicio los delitos que deben incluirse en el título de protección de intereses, tendrían que estar relacionados exclusivamente con los intereses del Estado y sus necesidades vitales, a fin de preservar su subsistencia, evitando aumentar el catálogo de este principio con otra serie de delitos que puedan producir confusiones con el de personalidad pasiva. Entre los intereses protegidos deberían estar incluidos la seguridad y la integridad estatal, ya sea territorial o política³²⁰.

En el derecho internacional el principio de protección de intereses aparece en diversos tratados. Por ejemplo en el art. 6.2.b) del convenio internacional para la represión de atentados terroristas cometidos con bombas de 1997, al disponer que «*Un Estado Parte podrá también establecer su jurisdicción respecto de cualquiera de tales delitos cuando: b) Sea cometido en*

³¹⁶ A. QUINTANO RIPOLLÉS. 1955, *loc cit*, Tomo. II, pág. 81.

³¹⁷ A. C. ANDRÉS DOMÍNGUEZ. 2006, “Derecho penal...”, *loc cit*, pág. 173; cfr. K. AMBOS. 2007, “Los fundamentos...” *loc cit*, pág. 281; S. MENDOZA CALDERÓN. 2007, “La aplicación de...”, *loc cit*, pág. 127.

³¹⁸ Cfr. B. GARCÍA SÁNCHEZ. 2004, “Límites de la ley...”, *loc cit*, pág. 94; cfr. A. CHEHTMAN. 2010, *loc cit*, pág. 70 y ss.

³¹⁹ A. QUINTANO RIPOLLÉS. 1955, *loc cit*, Tomo. II, pág. 82; cfr. M. N. SHAW. 2008, *loc cit*, pág. 667.

³²⁰ Cfr. C. L. BLAKESLEY. 1998, *loc cit*, pág. 54; cfr. C. RYNGAERT. 2012, *loc cit*, pág. 96 y ss.

o contra una instalación gubernamental en el extranjero, inclusive una embajada u otro local diplomático o consular de ese Estado», y en el art. 10 del convenio sobre seguridad del personal de Naciones Unidas y personal asociado, de 9 de diciembre de 1994. Un caso característico que podría estar incluido dentro del título jurisdiccional de protección es el caso *Eichmann*. En este proceso judicial podría haberse defendido el principio de protección de intereses al igual que el de personalidad pasiva, toda vez que la ley del Estado de Israel del año 1950 sobre el castigo a los nazis y sus colaboradores tenía como finalidad proteger a la población hebrea. Los principales supuestos por los que se ha aplicado el presente título jurisdiccional se relacionan con la falsificación de monedas, ya que dicho ilícito penal afecta plenamente a la seguridad financiera estatal.

2.3.1. Ordenamiento jurídico español.

En nuestro ordenamiento jurídico el principio de protección está regulado en el art. 23.3 de la LOPJ, pudiendo realizarse las siguientes consideraciones sobre este precepto:

- i. Nuestro legislador ha considerado apropiado incluir en dicho principio aquellos delitos que tienen como bien jurídico protegido determinados intereses estatales, colectivos o comunitarios, no bienes jurídicos individuales.
- ii. Los delitos incluidos en el art. 23.3 de la LOPJ conforman una lista cerrada, no pudiendo incluir ningún otro delito a través de cláusulas abiertas, ya que la enumeración efectuada es *numerus clausus*.
- iii. El término utilizado por la norma para referirse a los delitos objeto del presente principio es “*susceptible de tipificarse*”. Tal expresión podría implicar que los hechos objeto de investigación todavía no están tipificados en nuestro ordenamiento. Si aplicamos estrictamente la dicción literal del precepto se podría estar incurriendo en una vulneración del principio de legalidad consagrado en el art. 25.1 y en el

- art. 9.3 ambos de la CE. Por ello, solamente deberían conocer los tribunales españoles por los delitos enunciados en dicho artículo que estén tipificados en nuestra legislación como tales.
- iv. El art. 23.3 de la LOPJ prefigura la aplicación extraterritorial de la ley penal, al decirse que los tribunales españoles serán competentes por los «*hechos cometidos por españoles o extranjeros fuera del territorio nacional*».
 - v. Es posible que pueda suscitarse alguna confusión en el título de competencia utilizado por nuestros tribunales a la hora de enjuiciar ciertos delitos, en concreto, con el título de personalidad activa. Determinados delitos son característicos por el *status* del sujeto activo, como por ejemplo los delitos contra la administración pública tipificados en el art. 404 y ss. del CP. Además, puede surgir una confusión con el principio de personalidad pasiva, al incluirse en la lista de competencia por el principio de protección, los delitos de atentado contra la autoridad o funcionario público español, tipificados en los art. 550 y ss. del CP, ya que aquí se estaría también protegiendo al nacional español (en la gran mayoría de las ocasiones).
 - vi. Por último, a dicho principio de competencia le es de aplicación lo dispuesto en el art. 23.2.c) de la LOPJ.

2.4. Principio de beligerancia.

La inclusión de este principio podría ser objeto de crítica, ya que el mismo no está reconocido expresamente por el derecho internacional, aunque sí implícitamente. Actualmente, el principio de beligerancia solamente puede aplicarse en el contexto de un conflicto armado internacional. De acuerdo con este título jurisdiccional, el Estado beligerante³²¹ estaría facultado para juzgar a los prisioneros de guerra capturados o aquellas otras personas que no gocen de

³²¹ Cfr. J.F. HIGUERA GUIMERA. 1988, “*Comentarios al Código Penal Militar*”, Coord. R. BLECUA FRAGA y J.L. RODRÍGUEZ VILLASANTE y PRIETO, Madrid: Civitas, pág. 197 a 213 y F. FERNÁNDEZ SEGADO. 1995, “*Competencia de la jurisdicción militar en tiempo de guerra*”, en *Comentarios a las leyes procesales militares*, Madrid: Ministerio de Defensa, pág. 219 a 238.

dicho estatuto que fueran responsables de violaciones graves de las leyes y costumbres de guerra³²², sin perjuicio de que también dichos prisioneros de guerra puedan ser juzgados por delitos comunes, como veremos posteriormente. Normalmente, este enjuiciamiento se llevaría a cabo por tribunales militares. Como puede deducirse de lo hasta aquí expuesto, el principio de beligerancia no está sujeto a límites territoriales³²³, ni a la condición de nacional de la víctima o del presunto responsable. Ciertamente, este título jurisdiccional podría confundirse con el principio de protección de intereses o con el de justicia universal, al no tener, en principio, un vínculo o nexo el Estado que va a ejercer su jurisdicción sobre el justiciable. Pero ocurre lo contrario. Sí existen diversos nexos, en particular:

- i. El hecho de que el Estado tiene en su poder, no una mera presencia en el territorio, a un prisionero de guerra o a una persona que no goza de dicho estatuto.
- ii. La existencia de un conflicto armado en el que participa el Estado beligerante.
- iii. La posible ocupación de un territorio enemigo.

Los orígenes doctrinales de este principio jurisdiccional se encuentran en el Manual de Oxford, de 9 de septiembre de 1880, sobre “The law of war on land”, en cuyo art. 84 se disponía que «*If any of the foregoing rules be violated, the offending parties should be punished, after a judicial hearing, by the belligerent in whose hands they are. Therefore: Offenders against the laws of war are liable to the punishments specified in the penal law*». Del precepto anterior se deduce claramente que los Estados debían castigar, previo el

³²² G. SCHWARZENBERGER. 1968, “*International Law as applied by international courts and tribunals*”, The Law of Armed Conflicts, Londres, pág. 462 y W. B. COWLES. 1945, “Universality of jurisdiction over war crimes”, en *California Law Review*, Vol. 33 n° 2, pág. 206.

³²³ E. COLBY. 1923, “Courts martial and the laws of war”, en *American Journal of International Law*, vol. 17. N° 1, pág. 111; resulta interesante citar BRIERLY, quien afirmó que la jurisdicción sobre crímenes de guerra no tenía una base territorial, y por lo tanto podía ser ejercida sin sujeción alguna al principio de *locus delicti*, cfr. BRIERLY. 1944, “The nature of war crimes jurisdiction”, en *The Norseman*, n° 3 mayo-junio, pág. 2 y W. B. COWLES. 1945, *loc cit*, pág. 204.

correspondiente juicio, las violaciones de las leyes y usos de la guerra que fueran cometidas por personas que tenían en su poder, aplicándose para ello el derecho penal doméstico de cada Estado. Poría afirmarse que en el derecho internacional estaba aceptado que los Estados beligerantes juzgasen los crímenes de guerra cometidos por las personas que tenían capturadas³²⁴. Tal principio fue incorporado en el art. 59 del Código de *Francis Lieber* de 1893, promulgado oficialmente en la Orden General n° 100, bajo el nombre de “*Instrucciones para la dirección de los ejércitos de los Estados Unidos en el terreno*”, en donde se establecía que un prisionero de guerra continuaba siendo responsable por los crímenes cometidos contra el ejército o la población del captor, cometidos antes de su captura y por los cuales no hubiera sido castigado por sus autoridades. Con la incorporación del referido precepto legal en el ordenamiento jurídico de los EE.UU, se estaba dando cumplimiento a lo contemplado en el art. 84 del Manual de Oxford de 1880, debiendo adecuarse los sistemas penales estatales a las citadas violaciones de las leyes y usos de la guerra.

La comisión encargada de elaborar un informe sobre la responsabilidad penal de los autores de crímenes en la 1ª Guerra Mundial, indicó que cada beligerante tiene, de acuerdo con el derecho internacional, el poder y autoridad para juzgar a las personas presuntamente culpables de haber cometido los crímenes enunciados en el capítulo II, relativos a la violación de las leyes y usos de la guerra, si dichas personas han sido hechas prisioneras o de cualquier otra forma han caído en su poder³²⁵. Posteriormente, en los art. 29 y 30 del Convenio de Ginebra de 27 de julio de 1929, para la mejora de la suerte de heridos y enfermos de los ejércitos en campaña, se contempló indirectamente este principio, al disponerse que los Gobiernos signatarios tenían que tener su legislación penal adecuada para juzgar las violaciones del convenio y que a instanciasen caso de que tuvieran conocimiento de la violación del mismo deberían reprimirla. Estos preceptos, interpretados de manera amplia,

³²⁴ J. W. GARNER. 1920, *loc cit*, pág. 71 y G. MANNER. 1943, *loc cit*, pág. 420.

³²⁵ Cfr. Commission on the responsibility of the authors of the war and on enforcement of penalties. 1920, *loc cit*, pág. 121.

comprenderían el principio de beligerancia. De igual manera, no podemos olvidarnos de la afirmación que efectuó la House of Lords el 7 de octubre de 1942 (Lord Chancellor *Viscount Simon*), al sostener que estaba perfectamente establecido en el derecho internacional que las leyes de guerra permitían a un comandante del Estado beligerante castigar, a través de comisiones o tribunales militares, a un hostil que hubiese violado las leyes y usos de la guerra, siempre que estuviera bajo su poder y cualquiera que hubiese sido el lugar en donde se cometió el crimen³²⁶. A la vista de todo lo anterior, cabe colegir que el derecho internacional reconocía la potestad del Estado beligerante para juzgar ciertos crímenes cometidos por los prisioneros de guerra que tenía en su poder³²⁷.

En virtud de lo antedicho se llevaron a cabo numerosos juicios contra prisioneros de guerra o personas que habían violado las normas relativas a los usos de la guerra. En concreto, durante la guerra que enfrentó a finales del siglo XIX a los EE.UU y a México, se pronunciaron diversas sentencias interesantes, entre ellas, el caso *United States v. García*, en el que se condenó a dicha persona a cincuenta latigazos por pertenecer a la guerrilla o a bandas armadas³²⁸; o el caso *United States v. Braganza* por el que se condenó a muerte a este comandante de la insurgencia filipina por maltrato a prisioneros de guerra españoles y violación de las leyes de guerra, llegando a sostener el tribunal que la ley aplicada en el caso no fue ni el derecho filipino, ni el español, ni el estadounidense, fue el derecho internacional³²⁹. También en los procesos judiciales llevados a cabo tras la finalización de la 2ª Guerra Mundial, se hizo referencia a este principio indirectamente. En el caso *Hostages Trial* se sostuvo que los crímenes de guerra podían ser juzgados por el Estado territorial en dónde se cometieron o por el Estado beligerante que tenía a los presuntos responsables en su poder, siendo por ello la jurisdicción concurrente³³⁰.

³²⁶ Cfr. Debates Parlamentarios de la House of Lords, Vol. 124, nº 86 (Octubre 1942), pág. 578.

³²⁷ L. OPPENHEIM. 1961, *loc cit*, Tomo II, Vol. II, pág. 137.

³²⁸ Cfr. Courts-martial Records, file FF 215; cfr. W. B. COWLES. 1945, *loc cit*, pág. 208.

³²⁹ Cfr. W. B. COWLES. 1945, *loc cit*, pág. 211.

³³⁰ *Trials of war Criminals before the Nüremberg Military Tribunals under Control Council n° 10*. 1950, Washington: United States Government, Vol. XI, *The Hostages Case*, pág. 1241.

En síntesis, los crímenes de guerra pueden ser perseguidos y castigados por los Estados beligerantes, siempre que el responsable haya caído en su poder³³¹, siendo el título jurisdiccional a aplicar el de beligerancia o ley de la bandera. Dicha represión puede incluso ejecutarse una vez haya concluido el conflicto³³². La finalidad principal de este principio reside en hacer cumplir los compromisos internacionales suscritos por los Estados y en mantener la seguridad de los territorios ocupados, de ahí la posibilidad de que un Estado que ha ocupado un territorio enemigo, pueda publicar normas penales que tengan como propósito esencial mantener el orden y la vida pública, según se desprende del art. 43 del Reglamento sobre las leyes y costumbres de la guerra terrestre aprobado por el IV convenio de la Haya de 1907 y del art. 64 del CGIV.

En este orden de cosas, debemos preguntarnos si los Estados beligerantes pueden juzgar cualquier crimen internacional o delito común cometido por un prisionero de guerra o por persona con un estatuto distinto. Pues bien, la doctrina normalmente ha defendido la posición de que este título de jurisdicción se aplica en virtud de la naturaleza del delito³³³, lo que nos lleva a sostener que, principalmente, serán los crímenes de guerra los delitos que pueden perseguirse mediante este principio. Todos aquellos actos que puedan causar daños a las personas o bienes que estén amparados o legitimados por el derecho internacional, en concreto, el derecho de los conflictos armados, no pueden ser objeto de represión penal³³⁴. En relación al delito común, con la aprobación del Convenio de Ginebra de 1949, relativo al trato de los prisioneros de guerra, se produjo una ampliación de los delitos que podrían ser perseguidos bajo el principio de beligerancia. El art. 99 del CGIII establece que *«A ningún prisionero de guerra podrá incoársele procedimiento judicial o condenársele por un acto que no se halle expresamente reprimido por la*

³³¹ Cfr. B.V.A RÖLING. 1976, “Criminal responsibility for violations of the laws of war”, en *Belgian Review of International Law*, Vol. XII, nº 1, pág. 9.

³³² Cfr. Q. WRIGHT. 1945, “War criminals”, en *American Journal of International Law*, Vol. 39, nº 2, pág. 275 y G. MANNER. 1943, *loc cit*, pág. 421.

³³³ Q. WRIGHT. 1945, “War criminals...”, *loc cit*, pág. 275.

³³⁴ Cfr. J. W. GARNER. 1920, *loc cit*, pág. 73.

legislación de la Potencia en cuyo poder esté o por el derecho internacional vigente en la fecha en que se haya cometido el acto». El precepto anterior, además de contemplar el principio de legalidad penal, amplía los supuestos en los que un prisionero de guerra puede ser enjuiciado, en el sentido de entenderse que cualquier ilícito penal que esté tipificado en el momento de su comisión en el ordenamiento jurídico del Estado captor, puede ser objeto de represión penal. Incluso si el delito se cometió con anterioridad a la captura del prisionero de guerra podría iniciarse un procedimiento penal³³⁵, ya que el art. 85 del CGIII lo legitima al disponer que «*Los prisioneros de guerra acusados, en virtud de la legislación de la potencia en cuyo poder se encuentren, por actos cometidos antes de haber caído prisioneros...*».

¿Qué Estados podrían juzgar los crímenes de guerra cometidos en un territorio ocupado? Antes de resolver esta cuestión tenemos que diferenciar dos etapas distintas. En primer lugar, aquella que se produjo antes de la aprobación de los Convenios de Ginebra de 1949. En segundo lugar, una etapa posterior a dichos convenios. Dentro de la primera etapa, normalmente, los soldados pertenecientes al Estado ocupante gozaban de inmunidad en el Estado enemigo/ocupado por los crímenes que pudieran haber cometido durante el conflicto armado. Lo anterior conllevaba que sólo las autoridades del Estado ocupante podían juzgar tales hechos ilícitos, aplicando su ley penal³³⁶. Una vez finalizado el conflicto, si había acuerdo entre las partes contendientes, sí se podían juzgar los delitos cometidos por los soldados durante la ocupación o contienda militar. Sin embargo, lo anterior solía ser lo menos usual, toda vez que normalmente rige en el derecho interno el principio de no extradición de nacionales, lo que conllevaba que sólo el Estado de origen del presunto responsable podía enjuiciar los hechos criminales una vez hubiese finalizado el conflicto. Todo esto resulta coherente si tenemos en cuenta que una vez se produce la ocupación de un territorio, éste pasa a la autoridad del ejército enemigo *ex art. 42 del Reglamento de leyes y costumbres de la guerra terrestre*, de ahí que los tribunales y leyes locales no sean de aplicación en su totalidad y

³³⁵ L. OPPENHEIM. 1961, *loc cit*, Tomo II, Vol. I, pág. 392.

³³⁶ Cfr. G. MANNER. 1943, *loc cit*, pág. 420.

plenamente mientras dura la ocupación. En definitiva, están seriamente limitados. Resulta de ayuda recordar la postura de JIMÉNEZ DE ASÚA, quien indicó que en los territorios ocupados o en tiempo de guerra, impera la jurisdicción del Estado al que pertenece la fuerza de ocupación o cuerpo expedicionario, ya que el ejército ocupante sería una desmembración del Estado que representa, siendo incoherente en dichas condiciones que se recurriese a la justicia extranjera para juzgar las infracciones que se cometan en territorio ocupado. Por ello, la justicia castrense se extendería a las personas que habiten el territorio ocupado por la comisión de delitos tipificados en la legislación del Estado ocupante que afectasen al orden y vida pública³³⁷. De nuevo, tenemos que acudir a la sentencia recaída en el caso *Hostages Trial*, en dónde se afirmó que no había duda alguna de que los Estados ocupantes tienen el derecho para establecer tribunales especiales que juzguen los crímenes de guerra tipificados en el derecho internacional³³⁸.

En relación con la segunda etapa enunciada, que se produjo con la aprobación de los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949, debemos significar que la situación cambió radicalmente. Dicho giro se debió a que en tales convenios internacionales se incluyó el principio de justicia universal y la obligación *aut dedere aut iudicare*. Con esta nueva situación, cualquier Estado Parte podía juzgar las infracciones graves del DIH enunciadas en dichos tratados, dando igual que el crimen no fuese cometido en su territorio, que las víctimas o responsables no fuesen nacionales suyos, y que tampoco fuesen beligerantes. Así pues, en este nuevo orden, el principio de beligerancia dejaría de tener la importancia que antaño tuvo, dándose primacía a la justicia universal. Sin perjuicio de lo anterior, los Estados que se hallen inmersos en un conflicto armado seguirán teniendo la potestad de juzgar a los prisioneros de guerra que se encuentren en su poder por los crímenes de guerra que hayan cometido. En estos supuestos habrá que determinar qué título jurisdiccional es

³³⁷ Cfr. L. JIMÉNEZ DE ASÚA. 1952, “Tratado de derecho...”, *loc cit*, Vol. II, pág. 816; A. QUINTANO RIPOLLÉS. 1955, *loc cit*, Tomo II, pág. 60.

³³⁸ *Trials of war Criminals before the Nüremberg Military Tribunals under Control Council n° 10*. 1950, Washington: United States Government, Vol. XI, *The Hostages Case*, pág. 1242.

de aplicación, si el de beligerancia o el de justicia universal, ya que ambos perfectamente podrían ser de aplicación.

Siguiendo la posición de SÁNCHEZ LEGIDO, el principio de justicia universal actualmente habría terminado por absorber al título jurisdiccional de beligerancia³³⁹, en relación a las infracciones graves del derecho internacional humanitario. La promulgación de los Convenios de Ginebra de 1949 supuso una ruptura absoluta con la doctrina empleada anteriormente, al conferirse potestad a todos los Estados Parte para juzgar las infracciones graves del DIH cometidos en contiendas internacionales³⁴⁰. Además, entiendo que la propia evolución de los crímenes de guerra ha hecho entender a la comunidad internacional que éstos afectan a la sociedad internacional en sí misma, por lo que cualquier Estado podría reprimirlos. Con anterioridad, sólo los Estados afectados eran en principio los competentes para castigar tales comportamientos. Asimismo, no podemos olvidar que la justicia universal consagrada en los Convenios de Ginebra de 1949 y en el Protocolo Adicional I a dichos convenios, es exclusivamente en relación con las infracciones graves del DIH, no con cualquier otra violación de los convenios. Así pues, cabe afirmar que los Estados beligerantes a la hora de reprimir estas otras violaciones, apliquen el título de beligerancia para los prisioneros de guerra y no el de justicia universal, salvo que de forma potestativa lo hayan incluido dentro de su legislación interna.

Algunos autores consideran que los Tribunales Militares Internacionales creados tras la 2ª Guerra Mundial se fundamentaban en el título jurisdiccional de beligerancia³⁴¹. Después de la 1ª Guerra Mundial, los principales juicios contra los criminales de guerra alemanes fueron llevados a cabo en el Tribunal Supremo de Alemania, los denominados juicios de Leipzig. Este hecho conllevó que los procesos penales fuesen los menos, y además, que

³³⁹ A. SÁNCHEZ LEGIDO. 2003, *loc cit*, pág. 37.

³⁴⁰ Cfr. R. O'KEEFE. 2009, "The grave breaches regime and universal jurisdiction", en *Journal of International Criminal Justice*, nº 7, pág. 822.

³⁴¹ B.V.A RÖLING.1960, "The law of war and the national jurisdiction since 1945", en *Recueil des Cours de l'Academie de Droit International*, Vol. 100, pág. 355 a 360.

las penas impuestas fueran de poca relevancia. Por ejemplo, el caso de *Karl Heynen*³⁴² concluyó con la pena de 10 meses de prisión por diversos maltratos e insultos a prisioneros de guerra, el caso de *Emil Müller*³⁴³ concluyó con la pena de prisión de seis meses o el famoso caso de *Karl Neumann* o *Dover Castle*³⁴⁴ en el que acabó absuelto el imputado en virtud de la eximente de obediencia debida, resultando interesante significar que durante los juicios posteriores a la 2ª Guerra Mundial, dicha figura jurídica, como mucho, atenuaba la pena pero no eximía de la misma³⁴⁵.

A parte, el sistema represivo instaurado tras la 1ª Guerra Mundial, en concreto, en el art. 229 del Tratado de Versalles, configuraba la aplicación del principio de beligerancia ya que se disponía que «*Los autores de actos contra súbditos de una de las potencias aliadas y asociadas serán sometidos a los tribunales militares de esta potencia*». Desde mi punto de vista, podría deducirse el principio de beligerancia del precepto anterior, toda vez que se determinó a los tribunales militares como los órganos encargados de juzgar a los responsables. Sin embargo, lo más característico fue que los Estados aliados no ocuparon el territorio alemán. Recordemos que si lo hubiesen ocupado hubieran podido en virtud del art. 43 del reglamento de las leyes y costumbres de la guerra terrestre, legislar y ejecutar lo legislado en materia de orden y vida pública. Aquí hubo un reconocimiento pleno por parte del gobierno alemán a dicha justicia *post-bellum*, ya que en el art. 228 del Tratado de Versalles se indicó que el gobierno alemán reconocía la libertad de las potencias aliadas para someter a ciudadanos alemanes a tribunales militares de dichas potencias. De cualquier forma, entiendo que el título de beligerancia se hallaba implícito en este tratado.

³⁴² Cfr. German War Trials: Judgment in the case of Karl Heynen, *loc cit*, pág. 674 a 684.

³⁴³ Cfr. German War Trials: Judgment in the case of Emil Müller, *loc cit*, pág. 684 a 696.

³⁴⁴ Cfr. German War Trials: Judgment in the case of Karl Neumann, *loc cit*, pág. 704 a 708.

³⁴⁵ Un estudio en profundidad de la obediencia jerárquica, cfr. F.J. HERNÁNDEZ SUÁREZ-LLANOS. 2011, “*La exención por obediencia jerárquica en el derecho penal español, comparado e internacional*”, Madrid: Instituto Universitario General Gutiérrez Mellado, pág. 344 y ss.

A la vista de lo sucedido tras la 1ª Guerra Mundial, una vez concluyó la segunda contienda mundial, los Estados aliados decidieron ellos mismos juzgar los crímenes de guerra cometidos por sus enemigos. En la sentencia del TMIN no se mencionó expresamente el principio de beligerancia. Aun así, se dijo que ellos hicieron juntos lo que podían haber realizado por separado, por ello no hay duda de que cada nación tenía el derecho de establecer tribunales especiales para administrar justicia³⁴⁶. Ciertamente, el anterior fragmento de la sentencia del TMIN resulta de vital importancia para deducir cuál fue el título jurisdiccional que se aplicó. Cuando se indica que la legitimidad de la Carta de Londres radica en la soberanía legislativa de los Estados aliados ocupantes del territorio alemán, a causa de la rendición de dicho Estado, se está reconociendo la potestad de tales Estados para legislar, administrar y ejecutar la ley que promulguen. Pero lo más trascendente es cuando se dice que la creación de forma conjunta del tribunal militar internacional, no impedía que cualquier Estado aliado de manera independiente o separada, crease un tribunal especial para administrar la ley. Aquí es donde se reconoce de forma implícita el principio de beligerancia.

En los sucesivos juicios que se siguieron a consecuencia de la 2ª guerra mundial también se analizó el título jurisdiccional de los tribunales militares que impartían justicia contra los presuntos criminales de guerra. Así, en el caso *Peless*³⁴⁷, por el que se juzgó la muerte de varios naufragos de nacionalidad griega, china rusa y británica, se indicó que además de poder ser competente el tribunal militar británico por razón de la nacionalidad de las víctimas, el principal hecho era que «...*the jurisdiction of the British court, sitting in the British Zone, could, therefore, also be based on the fact that after the*

³⁴⁶ Cfr. “Judgment of Nüremberg”. 1947, *loc cit*, pág. 216, en donde se indicó que «...*the making of the Charter was the exercise of the sovereign legislative power by the countries to which the german Reich unconditionally surrendered; and the undoubted right of these countries to legislate for the occupied territories has been recognized by the civilized world...the Signatory Powers created this Tribunal, defined the law it was to administer, and made regulations for the proper conduct of the Trial. In doing so, they have done together what any one of them might have done singly; for it is not be doubted that any nation has the right thus set up special courts to administer law...*».

³⁴⁷ Law Reports of Trials of War Criminals. 1947, “*The Peless Trial*”, en United Nations War Crimes Commission, Vol. I, pág. 13.

debellatio of Germany, the Allied Powers have been the local sovereigns in Germany». Podemos observar como de nuevo el tribunal justifica su jurisdicción con base en la soberanía que ostentaba el Reino Unido en el territorio ocupado. En el caso *United States v. Alfons Klein and six others*, también conocido como “*The Hadamar trial*”, la comisión militar norteamericana sostuvo que la tradicional jurisdicción de las comisiones militares americanas para juzgar a los presuntos responsables de violaciones de las leyes de guerra, ha sido reconocido por los estatutos publicados por el Congreso de los EE.UU y además, la Corte Suprema de los EE.UU ha reconocido a dichas comisiones militares como el órgano competente para juzgar las violaciones de las leyes de guerra, tanto cometidas por militares como por civiles³⁴⁸. A pesar de ello, la comisión militar no indicó qué título jurisdiccional aplicó, dejando entrever que tanto por el principio de justicia universal, por el de protección, al ser víctimas aliados suyos, como por el de beligerancia, al ostentar la soberanía sobre el territorio ocupado, podía tener competencia sobre ciudadanos alemanes. En el caso *Kurt Mayer*, el tribunal militar canadiense sostuvo que su jurisdicción se fundamentaba en la *War Crimes Act* de 1946, la cual era similar a la *Army Orden* 81/1945 del Reino Unido³⁴⁹ que otorgaba potestad a las autoridades militares para juzgar a los criminales de guerra que estuvieran en el territorio de dominio británico dentro de Alemania.

Así pues, podemos afirmar que el criterio principalmente usado para atribuirse competencia los Estados beligerantes después de la 2ª Guerra Mundial, fue el título de beligerancia, con fundamento en lo dispuesto en el art. 43 del reglamento sobre las leyes y costumbres de la guerra terrestre.

³⁴⁸ Law Reports of Trials of War Criminals. 1947, “*The Hadamr Trial*”, en United Nations War Crimes Commission, Vol. I, pág. 52.

³⁴⁹ Law Reports of Trials of War Criminals. 1947, “*The Abbaye Ardene case*”, en United Nations War Crimes Commission, Vol. IV, pág. 109.

2.4.1. Ordenamiento jurídico español.

En nuestra legislación, el art. 13.4 de la Ley Orgánica 4/1987, de 15 de julio, de Competencia y Organización de la Jurisdicción Militar³⁵⁰ establece que *«En tiempo de guerra y en el ámbito que determine el gobierno, además de lo dispuesto en el artículo anterior, la jurisdicción militar se extenderá a los siguientes delitos y faltas: 4. Todos los cometidos por los prisioneros de guerra»*. El reconocimiento del principio de beligerancia por nuestro legislador ha sido efectuado de forma indirecta. Asimismo, éste deberá completarse con lo dispuesto en el Convenio de Ginebra de 12 de agosto de 1949 relativo al trato de prisioneros de guerra. El art. 84 del CGIII dispone que *«Únicamente los tribunales militares podrán juzgar al prisionero de guerra, a menos que la legislación de la Potencia en cuyo poder se encuentren autorice expresamente a los tribunales civiles a juzgar a individuos de las Fuerzas Armadas de dicha Potencia por la misma infracción que aquella causante de la acusación del prisionero»*. Basándose en los preceptos citados, la Jurisdicción Militar en tiempo de guerra será competente para enjuiciar cualquier delito o falta cometido por un prisionero de guerra.

Ahora bien, ¿qué tipo de delitos pueden enjuiciar nuestros tribunales militares en tiempo de guerra? La respuesta es, todos. Da igual que sea del Código Penal común, del Código Penal Militar (en adelante, CPM) o de cualquier otra ley penal especial, ya que nuestro legislador no ha diferenciado nada al respecto, simplemente ha indicado que *«todos los cometidos por prisioneros de guerra»*. Por ello considero que nosotros tampoco deberíamos diferenciar, acogiéndonos a la máxima *ubi lex non distinguit, nec non distinguere debemus*. Hay que recordar que en tiempo de guerra todas las situaciones cotidianas pueden volverse excepcionales, un simple delito ordinario podría afectar a la defensa nacional o la seguridad del Estado, de ahí que se haya querido extender la competencia de la jurisdicción militar a todos los delitos cometidos por prisioneros de guerra. A mayor abundamiento, el art.

³⁵⁰ BOE núm. 171, de fecha 18 de julio de 1987.

82 del CGIII establece que «*Los prisioneros de guerra estarán sometidos a las leyes, los reglamentos y las órdenes generales vigentes en las fuerzas armadas de la Potencia detenedora*». Si los prisioneros de guerra están sometidos a las leyes del Estado captor, no resulta extraño que se les pueda juzgar por la comisión de cualquier delito tipificado en nuestro ordenamiento jurídico. Tal enjuiciamiento deberá respetar los principios y garantías instaurados en nuestro sistema procesal penal, reconocidos en el citado Convenio de Ginebra, en particular, el principio de legalidad del art. 99 del CGIII.

Asimismo, nos tendríamos que preguntar si la jurisdicción militar podría juzgar a prisioneros de guerra por delitos cometidos con anterioridad a ser capturados. Desde mi punto de vista, sí. El punto clave en el asunto planteado lo encontramos en el art. 85 del CGIII, que dispone que «*Los prisioneros de guerra acusados en virtud de la legislación de la Potencia detenedora por actos cometidos antes de haber sido capturados disfrutarán, aunque sean condenados, de los beneficios del presente Convenio*». Como se puede apreciar, el convenio utiliza el término “cometidos antes de haber sido capturados”, lo que conlleva a pensar que nuestros tribunales militares estarían legitimados para juzgar crímenes de guerra cometidos con anterioridad a la captura. Otro aspecto a discutir podría consistir en si resulta oportuno juzgar delitos menores cometidos por los prisioneros de guerra con anterioridad a su captura, para lo cual habría que estar a las instrucciones que dictasen las autoridades competentes al respecto. Lo que no puede discutirse es que los tribunales militares tienen competencia suficiente, con base en el derecho internacional, para juzgar tanto crímenes de guerra como otros delitos cometidos por los prisioneros de guerra con anterioridad a su captura. Si los mismos hubiesen cometido crímenes de guerra que constituyesen infracciones graves de los Convenios de Ginebra y del Protocolo Adicional I a dichos convenios, habría una concurrencia de títulos de jurisdicción, por un lado el de beligerancia y por otro el de justicia universal, en virtud de lo dispuesto en el art. 23.4.h) de la LOPJ. Uno de los límites principales para el enjuiciamiento de tales crímenes de guerra, lo encontraríamos en el principio de legalidad

regulado en el art. 99 del CGIII, art. 25 de la CE, art. 1.1 del CP y art. 1 del CPM, ya que dicho crimen debe estar tipificado en nuestro ordenamiento jurídico en el momento de su comisión.

Si antes hemos afirmado que en tiempo de guerra la justicia militar es competente para juzgar a los prisioneros de guerra por los delitos que hayan cometido, incluso con anterioridad a su captura, ahora tenemos que indicar que incluso en tiempo de paz, los tribunales militares enjuiciarán tales hechos punibles. La respuesta vendría dada por el art. 118 del CGIII, que establece «*Los prisioneros de guerra serán puestos en libertad y repatriados, sin demora, después del fin de las hostilidades (...)*» y, por el art. 119 del CGIII, que dispone «*(...) Los prisioneros de guerra contra quienes se haya iniciado proceso penal por crimen o delito de derecho penal, podrán ser retenidos hasta el fin de la causa y, eventualmente, hasta la extinción de la pena. Lo mismo será aplicable respecto a los condenados por crimen o delito de derecho penal*». Normalmente, cuando acaben las hostilidades cesará el período denominado *tiempo de guerra* y deberán liberarse a los prisioneros de guerra, por lo que el *status* de dichas personas cambiará, no estando sometidos al Convenio III de Ginebra del año 1949 y no conociendo la jurisdicción militar de los delitos cometidos por éstos. Empero lo antedicho, si aquéllos han sido acusados por la comisión de algún delito tipificado en nuestra legislación, la jurisdicción castrense seguirá conociendo de los mismos, debiendo retenerse a los responsables, aunque nos hallásemos en tiempo de paz, toda vez que los hechos sancionados bajo la vigencia de una ley temporal deben ser juzgados de conformidad a ésta, salvo que se disponga lo contrario, según indica el art. 2.2 del CP. Según mi parecer, la norma establecida en el art. 13.4 de la Ley Orgánica 4/1987 podría considerarse temporal, ya que regula la competencia de los órganos jurisdiccionales militares durante un determinado periodo de tiempo que además es excepcional.

En definitiva, a mi juicio el principio de beligerancia forma parte del ordenamiento jurídico español, el cual aparece contemplado de manera

indirecta, tanto por normas internacionales como domésticas, por lo que habrá que conjugar las mismas, teniendo en cuenta en todo caso, la prevalencia del derecho internacional sobre el nacional en relación a los posibles conflictos que puedan surgir entre los distintos tipos de normas.

2.5. *Principio de justicia supletoria.*

Este principio jurisdiccional es desconocido para numerosos Estados, principalmente, aquellos que se rigen por un sistema de *common law*. Por ejemplo, en nuestro ordenamiento jurídico no se reconoce el principio de justicia supletoria o de representación, si bien, en Estados tales como Alemania o Austria, si se reconoce el mismo. El borrador del convenio sobre jurisdicción sobre ciertos crímenes del año 1935, no incluyó la justicia supletoria entre los principios jurisdiccionales existentes, ya que se consideró que el mismo era una modalidad del principio cosmopolita o de justicia universal³⁵¹. Dicho esto, no podemos negar la existencia de este principio jurisdiccional, incluso, podemos afirmar que el mismo ha contribuido notablemente a la formación del principio de justicia mundial o universal, llegando a confundirse con éste en numerosas ocasiones³⁵². El principio de justicia supletoria constituye una clara muestra de colaboración y cooperación en la represión de los delitos, toda vez que en aplicación de este principio, el Estado en donde se encuentra el responsable de un delito, lo puede enjuiciar, siempre que ningún otro con una jurisdicción preferente lo haga, bien por estar impedido o por no tener interés alguno³⁵³.

El principio de justicia supletoria encuentra como fuente principal los tratados internacionales suscritos por los Estados, en virtud de los cuales, se comprometen a enjuiciar a los responsables de ciertos delitos que se hallen en su territorio y no sean extraditados. Evidentemente, en este tipo de tratados se incorpora la obligación *aut dedere aut iudicare*, hecho que puede contribuir a

³⁵¹ Cfr. Draft convention on jurisdiction with respect to crime, en *American Journal of International Law* 1935, Vol. 29, pág. 573.

³⁵² Cfr. C. RYNGAERT. 2012, *loc cit*, pág. 102.

³⁵³ Cfr. J. J. BUSTOS RAMÍREZ y H. HORMAZABAL MALAREÉ. 1997, *loc cit*, pág. 114; cfr. A. GIL GIL *et al.* 2011, “Curso de Derecho penal...”, *loc cit*, pág. 76.

confundir este principio con el de justicia universal³⁵⁴, al aparecer también esta regla en aquellos tratados internacionales que prevén esta jurisdicción. Ahora bien, las diferencias existentes entre el principio de justicia supletoria y el de justicia universal son claras. En primer lugar, el principio de justicia supletoria se aplica para enjuiciar delitos de poca gravedad, es decir, comportamientos punibles que no pueden calificarse como crímenes internacionales, siendo la finalidad principal el evitar la impunidad del responsable³⁵⁵; mientras que la justicia universal se aplica a crímenes internacionales y ciertos delitos internacionales, es decir, se tiene como presupuesto capital la naturaleza del comportamiento punible. En segundo lugar, cuando un Estado aplica la justicia supletoria lo hace en representación de otro Estado, mientras que cuando un Estado aplica la justicia cosmopolita, lo hace en representación de la comunidad internacional³⁵⁶, toda vez que este principio jurisdiccional se aplica para enjuiciar aquellos comportamientos punibles que lesionan o ponen en peligro bienes jurídicos internacionales, como son los crímenes internacionales y ciertos delitos internacionales. En este estado de ideas, no resulta desacertado considerar que el principio de justicia universal encuentra, parte de sus raíces, en el principio de justicia supletoria. Existen tratados internacionales que prevén un tipo de jurisdicción que podría calificarse tanto de supletoria como de universal³⁵⁷. La extraterritorialidad penal de ambos principios y la finalidad de evitar la impunidad, son criterios que aparecen en dichos principios jurisdiccionales.

Así pues, la evolución acaecida tanto en el principio de justicia supletoria como en determinados comportamientos punibles, ha conllevado que en la práctica hablemos de un principio de justicia universal supletoria. Este principio jurisdiccional se aplicará a determinados delitos internacionales cuyo

³⁵⁴ N. STRAPATSAS. 2002, *loc cit*, pág. 7, sostiene que la jurisdicción supletoria es una jurisdicción universal delegada; cfr. M. INAZUMI. 2005, *loc cit*, pág. 111.

³⁵⁵ A. GIL GIL *et al.* 2011, “Curso de Derecho penal...”, *loc cit*, pág. 76.

³⁵⁶ C. RYNGAERT. 2012, *loc cit*, pág. 103; M. INAZUMI. 2005, *loc cit*, pág. 112.

³⁵⁷ M. N. SHAW. 2008, *loc cit*, pág. 597, quien habla de un principio de justicia cuasi-universal, en referencia a aquellos instrumentos internacionales que prevén una jurisdicción penal amplia, en la cual, tendrán acogida tanto el principio cosmopolita como el de justicia supletoria.

bien jurídico protegido, al igual que los crímenes internacionales, es internacional, al ponerse en peligro o perjudicarse la paz y seguridad internacional. Igualmente, este principio de justicia universal supletoria se aplicará cuando el Estado del *iudex apprehensionis* no extradite al responsable del delito internacional, al no recibir solicitud de extradición alguna o recibéndola, considere oportuno no extraditarlo por otros motivos.

CAPÍTULO TERCERO: EL PRINCIPIO DE JUSTICIA UNIVERSAL.

1. Orígenes.

Cuando se produce la comisión de un crimen o delito internacional, en circunstancias normales, será el Estado del *forum delicti commissi* quién realice las primeras actuaciones judiciales tendentes a la averiguación de los hechos punibles³⁵⁸. Tales diligencias se fundamentan en el principio de territorialidad, criterio principal del derecho internacional y nacional³⁵⁹. Sin embargo, puede suceder que otros tribunales distintos de los del *locus delicti* conozcan del delito cometido. Estos órganos judiciales podrán fundamentar su competencia en virtud de distintos títulos jurisdiccionales, al existir vínculos entre el hecho criminal y el Estado que pretende ejercer su jurisdicción. Se trataría de la denominada extraterritorialidad de la ley penal.

En el principio de personalidad activa puede apreciarse como dicha relación o vínculo se encuentra en la nacionalidad del autor del crimen; en el título de personalidad pasiva, dicho nexo es la nacionalidad de la víctima y en el de protección de intereses, el nexo lo encontramos en los intereses esenciales del Estado. Dicho esto, es obvio que tal situación podría dar lugar a un conflicto de jurisdicciones, entre la del *forum delicti commissi* y otras distintas. Por ello, conviene afirmar que el título judicial preferente es el de territorialidad y el resto deberán ser subsidiarios, es decir, deben aplicarse en defecto de aquél³⁶⁰. Esta postura resulta razonable por motivos procesales,

³⁵⁸ J. JORGE URBINA. 2008, “Crímenes de guerra, justicia universal e inmunidades jurisdiccionales penales de los órganos del Estado”, en *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, Vol.VIII, pág. 258.

³⁵⁹ Cfr. A. GIL GIL. 2008, “Informes nacionales sobre derecho penal internacional: jurisdicción universal”, en *Revista Internacional de Derecho Penal*, nº 79, pág. 127, quien acertadamente afirma que el principio de territorialidad es el criterio básico de aplicación de la ley penal española y, desde mi punto de vista del derecho consuetudinario; B. V. SCHAACK y R. C. SLYE. 2007, *loc cit*, pág. 90 y 91; A.M. SLAUGHTER. 2004, “Defining the limits: universal jurisdiction and national courts”, en *Universal Jurisdiction: National Courts and the prosecution of serious crimes under international law*, Editor: S. MACEDO, Philadelphia: University of Pennsylvania Press, pág. 172.

³⁶⁰ Cfr. A. REMIRO BROTONS. 2001, “Los crímenes de derecho internacional y su persecución judicial”, en *Cuadernos de Derecho judicial, El Derecho Penal Internacional*, Madrid: Consejo General del Poder Judicial, pág. 74.

económicos, de eficacia de la pena e incluso políticos³⁶¹. Empero lo manifestado, cuando los órganos jurisdiccionales del *locus delicti* no actúen o lo hagan de forma irregular, sin el menor adecuamiento a las normas internacionales que regulan un proceso penal justo y equitativo, no deberían existir inconvenientes para que terceros Estados enjuiciasen al presunto responsable mediante los correspondientes títulos jurisdiccionales de aplicación extraterritorial de la ley penal doméstica. Huelga adelantar que con respecto a los crímenes internacionales suele regir en derecho internacional el principio de concurrencia de jurisdicciones³⁶², sin perjuicio de considerar que para determinados injustos internacionales podría presidir el principio de subsidiariedad.

En este orden de ideas, hemos de proceder al estudio del principio de justicia universal, último título jurisdiccional que justifica la aplicación extraterritorial de la ley penal de un Estado. Lo más característico del mismo es que no se requiere ningún vínculo o nexo entre el delito y el Estado que pretende ejercer su jurisdicción³⁶³, salvo ciertos casos en que se exige la presencia del responsable en el territorio de dicho Estado. Lo antedicho, en mi opinión no conllevaría ningún nexo entre el delito y el Estado que ejerce su jurisdicción, tratándose exclusivamente de una relación circunstancial basada en la presencia física del responsable dentro del territorio del Estado, hecho que motivaría con mayor razón que se aplicase este título jurisdiccional, a fin de evitar refugios seguros para el criminal³⁶⁴.

³⁶¹ Cfr. I. BLANCO CORDERO. 2007, “Report General sobre Jurisdicción Universal”, en *Revista Internacional de Derecho Penal*, Vol. 79, pág. 110; cfr. J. CEREZO MIR. 1998, *loc cit*, pág. 206.

³⁶² Cfr. M. OLLÉ SESÉ. 2008, “Justicia Universal...”, *loc cit*, pág. 382 y C. CONDEPUMPIDO. 2004, “La justicia universal en la jurisdicción española”, en *Persona y Derecho* nº 51, pág. 58.

³⁶³ B. S. BROWN. 2001, “The evolving concept of universal jurisdiction”, en *New England Law Review*, Vol. 35, nº 2, pág. 383 y A. ADDIS. 2009, “Imagining the international community: the constitutive dimension of universal jurisdiction”, en *Human Rights Quarterly*, nº 31, pág. 130 y 135; C. RYNGAERT. 2012, *loc cit*, pág. 101; A.M. SLAUGHTER. 2004, *loc cit*, pág. 172.

³⁶⁴ Cfr. A. ORAKHELASHVILI. 2008, “Between impunity and accountability for serious international crimes: legal and policy approaches”, en *Netherlands International Law Review*, LV, pág. 218, para quien la presencia del responsable en el territorio facilitará el procedimiento penal pero no determinará la existencia o no de un título jurisdiccional universal.

El principio de justicia universal ha sido objeto de números estudios. Dentro de éstos hay posturas a favor y otras en contra³⁶⁵. Incluso, se ha enfocado este principio de forma errónea, toda vez que han tendido a confundirlo con la justicia penal internacional o con el principio de beligerancia³⁶⁶. En definitiva, podemos aseverar que en la actualidad no es nada pacífica la discusión sobre el alcance y estado del título jurisdiccional de universalidad, aun a pesar del reciente documento aprobado por la Asamblea General de Naciones Unidas³⁶⁷ o por otros estudios llevados a cabo por organizaciones no gubernamentales.

Con respecto a sus orígenes, ya en el *Corpus Iuris Civilis* (C.3.15.1) se reconocía, en cierta forma, el mismo. No podemos dejar de citar a GROCIO como uno de los primeros precursores, toda vez que en el siglo XVII defendió la aplicación del principio de justicia universal, al manifestar que todos los soberanos tienen derecho a castigar no sólo los agravios hechos a ellos o a sus súbditos, sino también aquellos que no les conciernen, en particular, cuando suponen una enorme violación del derecho de la naturaleza o del derecho de gentes, hacia quienquiera³⁶⁸. Igualmente, en nuestro territorio COVARRUBIAS también defendió este título jurisdiccional, criticando a su

³⁶⁵ H. KISSINGER. 2002, “Does America Need a Foreign Policy?”, London Free Press, pág. 273; G. FLETCHER. 2003, “Against universal jurisdiction”, en *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 1, pág. 580 y 581; H. FOX. 2002, “The Law of State Immunity”, London: Oxford University Press, pág. 527.

³⁶⁶ Entre algunos de dichos estudios podemos mencionar el de W. B. COWLES o el de K. C. RANDALL, citados en la presente investigación.

³⁶⁷ Cfr. Doc. UN. A/65/181, de 29 de julio de 2010, “Alcance y aplicación del principio de justicia universal”.

³⁶⁸ H. GROCIO, 1729 “De iure bellis ad pacis”, *Centro de Estudios Constitucionales*, 1987, pág. 103, dicho autor acertó al vincular la justicia universal con los crímenes contra el *ius gentium*, es decir, por la naturaleza de los mismos que perjudican a la comunidad internacional, GROCIO también afirmó que «Desde el establecimiento de las sociedades civiles se ha convenido, en verdad, que cada Estado o quienes lo gobiernan son los únicos dueños de castigar o no castigar, según lo juzguen adecuado, las faltas de sus súbditos que afecten propiamente el cuerpo del cual son miembros. Pero no se les ha concedido un derecho tan absoluto y específico con respecto a los crímenes que, en cierto modo, afectan a la sociedad humana. Pues, en lo concerniente a ello los otros Estados, o sus Jefes, tienen derecho a procurar su castigo, así como las leyes de un Estado en particular dan a cada uno la posibilidad de accionar ante la justicia para la persecución de ciertos crímenes (...)»; cfr. C. RYNGAERT. 2012, *loc cit*, pág. 108.

vez el de territorialidad³⁶⁹, basándose en el principio de aplicación de la ley natural.

La comunidad internacional desde hace tiempo estudió la posibilidad de extender la jurisdicción penal estatal a comportamientos punibles cometidos más allá de su territorio. Por ejemplo, la doctrina italiana del siglo XVII entendía que los delitos de robo cometidos por vagabundos o asesinos podían ser reprimidos en cualquier lugar, en aplicación de la teoría de la universalidad y del *iudex loci deprehensionis*, ya que consideraban que estas personas seguirían cometiendo sus fechorías allá dónde fuesen³⁷⁰. A causa de los problemas que podían derivarse de tales posiciones se procedió, a mediados del siglo XIX, por parte de ciertos institutos académicos, a estudiar la posibilidad de regular el principio de justicia universal.

Así, en el año 1883 el Instituto de Derecho Internacional adoptó en Múnich una resolución en la que se sostenía que cada Estado cristiano que tuviera en su custodia a un delincuente podía juzgarlo y castigarlo, aun cuando, a pesar de las evidencias del crimen y su culpabilidad, el *locus delicti* no pudiera ser concretado, o cuando la extradición del responsable, incluso a su propio Estado, no fuese concedida o fuera considerada peligrosa³⁷¹. Puede apreciarse que la aplicación de la teoría de la universalidad recaía en dos supuestos. El primero, cuando el *locus delicti* no fuese determinado, como por ejemplo podía suceder con los piratas que actuaban en alta mar. El segundo, cuando el presunto responsable no podía ser extraditado, lo que nos conducirá a la regla *aut dedere aut iudicare*. Como puede observarse, la naturaleza del delito no jugaba un papel importante en la época, pudiendo tener acogida

³⁶⁹ Así, Covarrubias defendió que: «(...) interesa a la Republica y a sus gobernantes limpiar su provincia de malvados y proteger a sus compatriotas y oriundos de los crímenes cometidos en otras partes, para que unos vicios no vayan en otros mayores por haberse consentido la impunidad y para que no corrompan las costumbres de los demás ciudadanos (...) Cualquier Príncipe o Juez está obligado a dar a cada uno su derecho, que es éste el oficio de la justicia, que manifiestamente procede de la Ley natural y que tiene fuerza universal (...)», D. D. COVARRUBIAS. 1945, “De la extradición y otros problemas”, en *Revista de Estudios Penales*, pág. 314 y 315; cfr. A. QUINTANO RIPOLLÉS. 1955, *loc cit*, Tomo. II, pág. 97.

³⁷⁰ L. REYDAMS. 2003, *loc cit*, pág. 29.

³⁷¹ “Resolution relative to conflicts of penal laws with respects to competences. 1883”, en *American Journal of International Law*, 1935, Vol. 29, pág. 636 y ss.

dentro del principio de universalidad cualquier delito, derivando esto en una posible confusión con el principio de justicia supletoria. Otra característica importante de la resolución antedicha, es el hecho de que la teoría de la universalidad jugaba un papel secundario, es decir, en ausencia de la jurisdicción del Estado territorial, por lo que la misma era subsidiaria³⁷². En mi opinión, la citada resolución del Instituto de Derecho Internacional, reguló lo que denominaremos jurisdicción universal territorial con base en el *iudex apprehensionis*, que está condicionada a la presencia del responsable en el territorio del Estado que pretende juzgarle. DONNEDIEU DE VABRES´ estableció un orden de prelación de la jurisdicción competente para enjuiciar a una persona, indicando que en primer lugar corresponde la misma a los tribunales del *forum locis delicti comissi*, en segundo lugar a los tribunales del *forum loci domicilii* y en tercer lugar, al tribunal del territorio en donde se encuentre el presunto responsable, *forum iudex loci apprehensionis*. Este autor mantiene el criterio de la subsidiariedad del principio de universalidad, aunque reconoce que debe ser ejercida de forma general y consistente³⁷³.

En el año 1927 se efectuó una conferencia en la ciudad de Varsovia a fin de establecerse criterios de unificación del derecho penal. En la misma se aprobó una resolución en la que se disponía, *ex art. 6*, que cualquier persona que cometiese cualquiera de los siguientes delitos en un país extranjero podría ser castigado, dando igual el lugar en el que cometió el delito o la nacionalidad del delincuente. Entre los delitos enunciados se encontraban, la piratería, tráfico de esclavos, falsificación de moneda, tráfico de drogas, tráfico de publicaciones obscenas, el tráfico de mujeres y niños y cualquier otro delito que así fuese establecido por un convenio internacional. En el art. 7 se establecía que cualquier otro crimen cometido en el extranjero, por un no nacional, podía ser castigado en el país en donde se hallase siempre que no fuese posible la extradición³⁷⁴. En este caso, la doctrina distinguió dos

³⁷² Cfr. L. REYDAMS. 2003, *loc cit*, pág. 30 y 31.

³⁷³ Cfr. H. DONNEDIEU DE VABRES´. 1928, “*Les Principes modernes du droit pénal international*”, Paris, pág. 169.

³⁷⁴ “Resolution on international penal law, adopted by the conference for the unification of penal law, Warsaw. 1927”, en *American Journal of International Law*, 1935, Vol. 29, pág. 641.

supuestos a la hora de aplicar la teoría de la universalidad. El primero de ellos era cuando se cometía uno de los delitos enumerados en el art. 6, en cuyo caso no hacía falta que hubiese una solicitud de extradición, al no requerirse la misma. El segundo supuesto, era cuando se produce la comisión de un delito distinto de los enunciados, toda vez que aquí sí era necesaria la denegación o no posibilidad de extraditar. Asimismo, resulta relevante significar que en dicha resolución no se hablaba del principio de justicia universal, sino de la competencia para juzgar delitos contra el derecho de gentes, regulándose en anteriores apartados el principio de territorialidad y el de personalidad.

El Código Bustamante, adoptado en la Habana el 20 de febrero de 1928, establecía en sus art. 296 y ss. determinadas normas sobre derecho penal internacional, que eran normas de competencia jurisdiccional y no normas penales sustantivas. En este código se partía *ex art. 296* de la idea de que el derecho penal nacional obligaba a todas las personas que se encontrasen en el territorio, salvo algunas excepciones. Entre estas excepciones se encontraba la inmunidad de los jefes de Estado, en virtud de lo dispuesto en el art. 297³⁷⁵. En los art. 305 y ss. se indicaba de forma indirecta el principio de protección de intereses, por lo que se contemplaba la extraterritorialidad de la ley penal³⁷⁶. Como conclusión, en el art. 308 se hacía mención al principio de universalidad, ya que se disponía que la *«piratería, la trata de negros y de esclavos o la destrucción o daños de cables submarinos y todas aquellas otras ofensas de similar naturaleza contrarias al derecho internacional cometidas en la alta mar, en el espacio aéreo o en un territorio no organizado como Estado, deberán ser castigadas por el captor de acuerdo con sus normas penales»*. Obsérvese que la justicia universal sólo era aplicable a ciertos delitos que se cometían en la alta mar o en espacios no sujetos a jurisdicción alguna, por lo que su ámbito de aplicación era reducido. Además, no se hacía referencia alguna a la naturaleza del delito, elemento capital de este principio

³⁷⁵ Dicho artículo disponía que *«the head of each of the contracting States is exempt from the penal laws of the others when he is in the territory of the latter»*.

³⁷⁶ Cfr. “Bustamante Code. 1928”, en *American Journal of International Law*, 1935, Vol. 29, pág. 643.

jurisdiccional, lo que de nuevo podría confundirnos con el principio de justicia supletoria.

La resolución de fecha 31 de julio de 1931 del Instituto de Derecho Internacional sobre los conflictos del derecho penal con respecto a la competencia, resulta de vital importancia, ya que en la misma, por primera vez, se hace mención a ciertos delitos que por su naturaleza y gravedad pueden ser perseguidos universalmente. En el art. 5 de esta resolución se establecía que cualquier Estado estaba legitimado para castigar aquellos actos cometidos en un tercer país, por un extranjero descubierto en su territorio, cuando tales *actos constituyan una ofensa contra el interés general protegido por el derecho internacional* (tales como piratería, trata de esclavos y de negros, daños a cables submarinos, falsificación de moneda, etc.) con la condición de que no se haya solicitado su extradición o que la misma haya sido rechazada³⁷⁷. Esta resolución se refería expresamente a ofensas o actos contrarios al derecho internacional, llegándose a enumerar algunos de tales comportamientos punibles, pero configurando una lista abierta, es decir, *numerus apertus*. No podemos negar su importancia, aun con los defectos de indefinición de los actos punibles perseguibles en virtud de la teoría universal. Por primera vez se establece el criterio esencial que determinará la aplicación de la justicia universal, la naturaleza del crimen y su gravedad. Justo al año siguiente, el Instituto de Derecho Internacional volvió a aprobar una resolución sobre derecho penal internacional, en la que examinó de nuevo el principio de justicia universal, realizando cambios interesantes. Cabe recordar que en tales resoluciones no se mencionaba de forma expresa el título jurisdiccional universal. Así pues, en el art. 4 se establecía que cualquier Estado estaba autorizado para castigar los actos cometidos fuera de su territorio por un extranjero, incluidos aquellos cometidos contra un no nacional, cuando, *bajo su derecho penal*, tales actos constituyan una ofensa punible *si el acusado está presente en su territorio y no puede ser extraditado. El ejercicio de este derecho debe estar limitado a la persecución de graves ofensas contra los*

³⁷⁷ “Resolution on the conflict of penal laws with respect to competence. 1931”, en *American Journal of International Law*, 1935, Vol. 29, pág. 644.

intereses generales de la humanidad, que incluyen la piratería, trata de esclavos de mujeres y niños, tráfico de drogas, tráfico de publicaciones obscenas, daños a cables submarinos y *cualquier otra ofensa prevista en los convenios internacionales*. Para todos los demás delitos, el ejercicio del derecho de juzgar debe estar condicionado al requerimiento del daño causado por la otra parte o de una demanda de las autoridades extranjeras, y a la iniciativa de las autoridades nacionales³⁷⁸. Los cambios relevantes, que a mi entender se produjeron, fueron los siguientes:

- i. Los delitos que pueden perseguirse universalmente deben estar tipificados en el derecho interno.
- ii. La presencia del responsable en el territorio y la no posibilidad de extraditarle, son requisitos ineludibles para ejercer la competencia universal.
- iii. La necesidad de la gravedad y naturaleza de los delitos susceptibles de persecución universal, dejándose la posibilidad de que los tratados internacionales amplíen el catálogo de delitos perseguibles bajo la justicia universal.

Llegados a este punto, analizaremos el borrador del convenio de jurisdicción sobre ciertos crímenes del año 1935, en el que se vuelve a regular el principio de justicia universal. Cabe reseñar que en dicho borrador de convenio se utilizó por primera vez el término *universality*, cosa que no había ocurrido con anterioridad y que incluso en el resto de convenios internacionales que regulan este principio tampoco se ha hecho³⁷⁹. La importancia del presente borrador queda fuera de toda duda, ya que es uno de los estudios sobre competencia jurisdiccional penal más importante del siglo

³⁷⁸ “Resolution International Penal Law. 1932”, en *American Journal of International Law*, 1935, Vol. 29, pág. 645.

³⁷⁹ La sentencia del Tribunal Supremo núm. 319/2004, de fecha 8 de marzo del 2004, se aproximó a este extremo, al sostener muchos de los instrumentos internacionales ratificados por el Reino de España no mencionaba expresamente el título jurisdiccional universal, Fundamento Jurídico nº 10, aunque hemos de significar que entre los convenios referidos no estaban incluidos los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949; cfr. A. GIL GIL. 2008, “Informes nacionales...”, *loc cit*, pág. 133.

XX, a pesar de que este texto no culminase en un tratado internacional. En el art. 10 del borrador del convenio se establecía que *los Estados tenían jurisdicción sobre cualquier delito cometido fuera de su territorio por un extranjero*, además de en los casos citados en los art. 6, 7, 8 y 9, cuando: a) sea cometido en un lugar no sujeto a su autoridad pero sí a la de otro Estado, si el acto u omisión que constituye delito también lo es en el lugar en dónde se cometió el mismo, si la entrega del extranjero ha sido ofrecida a dicho Estado y la misma no ha sido aceptada, y si la persecución del extranjero no está limitada por el tiempo transcurrido bajo la ley del lugar en donde se cometió el delito; b) sea cometido en un lugar no sometido a autoridad alguna, si el acto u omisión que constituye delito también lo es en la legislación del Estado del cual es nacional el extranjero, si la entrega del extranjero ha sido ofrecida al Estado del que es nacional y la misma no ha sido aceptada, y si la persecución del extranjero no está limitada por el tiempo transcurrido bajo la ley del lugar en donde se cometió el delito; c) sea cometido en un lugar no sometido a autoridad alguna, si el crimen fue cometido para dañar al Estado que ha asumido jurisdicción, o a uno de sus nacionales o a una corporación o persona jurídica de dicha nacionalidad; d) sea cometido en un lugar no sometido a autoridad alguna y el extranjero no tenga nacionalidad alguna³⁸⁰.

Las principales características del borrador del convenio son las siguientes:

- i. Se instaure de nuevo una competencia universal no por razón del delito, sino por la presencia del responsable en el territorio del Estado que pretende ejercer su jurisdicción y la ausencia de extradición del referido responsable. Lo anterior es obvio ya que en el precepto se dice que «*A State has jurisdiction with respect to any crime committed outside its territory by an alien*». Esta característica puede confundir el principio de universalidad con el principio de justicia supletoria.

³⁸⁰ Draft convention on jurisdiction with respect to crime, *loc cit*, pág. 573.

- ii. Un requisito añadido radica en que la persecución solo se podrá efectuar si el hecho punible no ha prescrito (*if prosecution is not barred by lapse of time under the law of the place where the crime was committed*). Esta medida supuso una novedad para las normas procesales de la época, ya que anteriormente no se mencionó dicha limitación, la cual sigue hoy vigente.
- iii. El delito que se persigue universalmente debe estar tipificado, tanto en el Estado en donde se cometió, como en el que persigue dicho hecho, y si se comete en un lugar no sometido a jurisdicción alguna, debe estar tipificado en la legislación del Estado del cual es nacional. Nos estaríamos refiriendo al principio de legalidad penal, en su vertiente de doble incriminación. La única excepción a este criterio es que el responsable fuese apátrida, en cuyo caso sólo debe estar tipificado el delito en el Estado que persigue el mismo.
- iv. La presencia del responsable en el territorio del Estado que pretende ejercer su jurisdicción es necesaria³⁸¹, por lo que puede afirmarse que se entendía dicha jurisdicción como subsidiaria del principio de territorialidad³⁸².

La principal crítica que podemos efectuar al borrador del convenio radica en que de nuevo se deja un amplio margen a la consideración del principio de justicia universal, ya que cualquier delito podría ser objeto de persecución si concurren los requisitos exigidos. Entiendo que la jurisdicción universal, a causa de su excepcionalidad³⁸³, debe aplicarse principalmente a los crímenes internacionales y los delitos internacionales que convencionalmente los Estados Parte lo consideren apropiado, siempre que afecten o perjudiquen a la comunidad internacional. En síntesis, el criterio capital es la naturaleza y gravedad del comportamiento punible y los bienes jurídicos del orden internacional que se protegen.

³⁸¹ *Ibidem*, pág. 582.

³⁸² *Ibidem*, pág. 573.

³⁸³ Cfr. C. QUESADA ALCALÁ. 2005, *loc cit*, pág. 385.

Como conclusión, el título jurisdiccional universal se consagró plenamente en el siglo XIX, dentro de la doctrina científica internacionalista y penalista, como un principio jurisdiccional más, complementario del criterio de territorialidad. Normalmente, este principio se aplicaba a los delitos que constituían en la época una ofensa contra la humanidad, como por ejemplo la piratería, trata de esclavos o tráfico de drogas, comportamientos punibles que actualmente podrían calificarse como delitos internacionales. Ciertamente, el principio jurisdiccional aplicable podría ser tanto el de justicia supletoria como el de justicia universal, al regularse los mismos de manera confusa, sin hacerse mención alguna al elemento clave de la jurisdicción universal, es decir, la naturaleza del comportamiento punible. Posteriormente, esta confusión fue desvaneciéndose, hecho que determinó la clara evolución del principio de justicia supletoria al de universalidad, al entenderse que éste se aplicaría a determinados delitos, característicos por su naturaleza y gravedad, en particular, los crímenes internacionales y ciertos delitos internacionales. La degradante evolución criminal surgida a raíz de la 2ª Guerra Mundial hará considerar a la comunidad internacional que entre los crímenes internacionales más graves que afectan a la sociedad internacional se encuentran el genocidio, los crímenes contra la humanidad y los crímenes de guerra. En este contexto, resulta absolutamente comprensible que el principio de justicia universal se haya extendido a la persecución de estos crímenes. Por último, la presencia del responsable en el territorio del Estado que pretende enjuiciarlo y la no extradición del mismo, son presupuestos que se han exigido expresamente para aplicar la jurisdicción universal³⁸⁴. Esta circunstancia, desde mi punto de vista sufrió un cambio radical con los Convenios de Ginebra de 12 agosto de 1949, que no requieren tal exigencia, en concreto, la presencia del responsable en el territorio del Estado que pretende juzgarle³⁸⁵.

³⁸⁴ M. INAZUMI. 2005, *loc cit*, pág. 103.

³⁸⁵ Cfr. Dissenting opinion of Judge V. D. WYNGAERT, *case concerning the Arrest Warrant*, judgment of the International Court Justice of 14 February 2002, Congo v. Belgica, pára. 54. La posición del citado juez, a mi juicio es determinante para comprender el alcance de la justicia universal instaurada en los Convenios de Ginebra de 1949, toda vez que en los mismos no se exige la presencia del responsable, no pudiéndose efectuar una interpretación contraria a la buena fe y a lo dispuesto textualmente en los preceptos de los instrumentos internacionales,

2. Concepto.

2.1. La Protección penal de determinados bienes jurídicos protegidos.

Ciertamente, la diversidad de estudios y opiniones vertidas sobre la justicia universal, tanto por la doctrina internacionalista como por la penalista, ha podido propiciar cierta confusión. Los internacionalistas acuden a la teoría de la protección de los derechos humanos para justificar la universalidad de la represión de los crímenes internacionales y ciertos delitos internacionales³⁸⁶. Los penalistas tienden más a posicionarse sobre el elemento clave de todo procedimiento penal, la presunta comisión de un comportamiento punible, el cual lesiona, afecta o pone en peligro un determinado bien jurídico protegido o varios a la vez. En mi opinión, toda vez que la justicia universal constituye un título jurisdiccional aplicable por los Estados con el fin de poder juzgar la comisión de crímenes internacionales y ciertos delitos internacionales, lo más correcto sería hablar de la protección de bienes jurídicos del orden internacional.

Lo normal es que los Estados que aplican el principio de justicia universal tengan tipificado en su ordenamiento penal los delitos sobre los que puede aplicarse. La tipificación de los delitos se debe, entre otros motivos, a proteger unos bienes jurídicos determinados. Ahora bien, la doctrina no es nada pacífica para concretar si en realidad el derecho penal tiene entre sus finalidades la tutela de ciertos bienes jurídicos o de unos valores éticos³⁸⁷. Desde mi punto de vista, el derecho penal protege lo primero, es decir, bienes jurídicos, los cuales están relacionados con la finalidad del derecho penal, que es la protección del orden social, democrático y de derecho existentes en un

al ser contrario a lo establecido en el art. 31 del Convenio de Viena sobre el derecho de los Tratados.

³⁸⁶ Cfr. S. R. RATNER y J. S. ABRAMS. 2001, *loc cit*, pág. 161.

³⁸⁷ E. RAÚL ZAFFARONI. 1998, "*Tratado de derecho penal. Parte General*", Buenos Aires: Ediar, Tomo I, pág. 49.

Estado³⁸⁸. Dicho esto, no deberíamos obviar una cuestión importante, consistente en la necesidad de que los Estados den el debido cumplimiento a los tratados internacionales que suscriben³⁸⁹. Muchos instrumentos internacionales conminan a los Estados a tipificar ciertas conductas que se consideran perjudiciales para el orbe internacional, al poner en peligro la paz y seguridad internacional³⁹⁰. En cumplimiento de estas normas, los Estados tipifican conductas atentatorias contra la comunidad internacional, por lo que el bien jurídico se vería ampliado a la protección del orden internacional y del mantenimiento de la paz y seguridad internacional, que constituye el primer propósito de las Naciones Unidas *ex art.* 1.1 de la CNU. Si bien es cierto que las legislaciones nacionales contienen tipos penales cuyo fin es proteger bienes jurídicos propiamente domésticos, no es menos cierto que también tipifican delitos cuyo bien jurídico protegido es del orden internacional.

¿Qué debemos entender por bien jurídico protegido? Siguiendo a MIR PUIG, éstos estarían constituidos por los intereses sociales que por su importancia pudieran merecer una protección penal³⁹¹. MUÑOZ CONDE sostiene que son aquellos presupuestos que la persona necesita para su autorrealización y el desarrollo de su personalidad en la vida social³⁹². CERESO MIR define el bien jurídico como todo bien, situación o relación deseados y protegidos por el derecho³⁹³. GIL GIL entiende que el bien jurídico es un ente ideal, un valor del orden social jurídicamente protegido³⁹⁴. ROXIN

³⁸⁸ C. ROXIN. 2008, *loc cit*, pág. 60, este autor de manera acertada indica que existe una dependencia o vinculación entre el derecho penal y la protección del bien jurídico protegido; cfr. A. GIL GIL *et al.* 2011, “Curso de Derecho penal...”, *loc cit*, pág. 7; J. CERESO MIR. 1998, *loc cit*, pág. 13.

³⁸⁹ J.M. RODRÍGUEZ DEVESA. 1986, “*Derecho Penal Español. Parte General*”, Madrid: Dykinson, pág. 21.

³⁹⁰ Basta poner como ejemplo el preámbulo del Convenio Internacional de New York de 1997 relativo a la represión de los atentados terroristas con bombas, en el que se indica que: «*Teniendo presentes los propósitos y principios de la Carta de las Naciones Unidas relativos al mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales...Considerando que la comisión de esos atentados es motivo de profunda preocupación para toda la comunidad internacional...*».

³⁹¹ S. MIR PUIG. 2010, *loc cit*, pág. 119.

³⁹² Cfr. F. MUÑOZ CONDE y M. GARCÍA ARÁN. 1998, “*Derecho Penal: Parte General*”, Valencia: Tirant Lo Blanch, pág. 65.

³⁹³ J. CERESO MIR. 1998, *loc cit*, pág. 14.

³⁹⁴ A. GIL GIL. 1999, “Derecho penal ...”, *loc cit*, pág. 160 y 161; cfr. A. GIL GIL *et al.* 2011, “Curso de Derecho penal...”, *loc cit*, pág. 8.

indica que son circunstancias dadas o finalidades que son útiles para el individuo y su libre desarrollo en el marco de un sistema social global estructurado sobre la base de esa concepción de los fines o para el funcionamiento del propio sistema³⁹⁵. JAKOBS mantiene la posición de que los bienes jurídicos son las expectativas imprescindibles para el funcionamiento de la vida social, en la forma dada y en la exigida legalmente³⁹⁶. Del conjunto de definiciones referidas se denota una clara tendencia a relacionar el bien jurídico con el orden social, todo ello en un plano individual de la persona. Aun así, no podemos dejar de lado las obligaciones que se derivan de los tratados internacionales, en concreto, aquellos que conminan a tipificar determinados comportamientos punibles. Estos instrumentos internacionales pretenden proteger *inter alia* ciertos bienes jurídicos del orden internacional, que puede que no estén relacionados directamente con el orden o vida social referidos o incluso con derechos individuales, sino con bienes jurídicos colectivos y supraindividuales³⁹⁷. Los crímenes internacionales y ciertos delitos internacionales se caracterizan porque son comportamientos punibles pluriofensivos, es decir, perjudican diversos bienes jurídicos. Los bienes jurídicos colectivos tienen su razón de ser en los individuales mientras que los supraindividuales están en un plano más alejado de aquéllos³⁹⁸, aunque podrían estar relacionados entre sí. Un crimen de guerra puede lesionar bienes jurídicos individuales y supraindividuales. Si no conseguimos mantener la paz y seguridad internacional, difícilmente podremos salvaguardar los derechos individuales y colectivos de la población.

A mi juicio, la definición de qué constituye un bien jurídico debería ser amplia, a fin de acoger los nuevos crímenes internacionales que afectan al orden internacional justificándose por ello la aplicación de la justicia universal. Así pues, cabe sostener que un bien jurídico protegido estaría constituido por

³⁹⁵ C. ROXIN. 2008, *loc cit*, pág. 56.

³⁹⁶ G. JAKOBS. 1997, *loc cit*, pág. 45.

³⁹⁷ A. GIL GIL. 1999, "Derecho penal...", *loc cit*, pág. 179, como ejemplo característico esta autora hace referencia al crimen internacional de genocidio; E. CUELLO CALÓN. 1980, "Derecho Penal. Parte General Tomo I", Barcelona: Bosch, pág. 301; A. GIL GIL *et al.* 2011, "Curso de Derecho penal...", *loc cit*, pág. 10 y 11.

³⁹⁸ A. GIL GIL *et al.* 2011, "Curso de Derecho penal...", *loc cit*, pág. 11.

todo interés social e internacional fundamental, dando igual que éste sea individual, colectivo o supraindividual, siempre que merezca una especial protección penal a la vista de las obligaciones que tiene todo Estado soberano. El interés social estaría vinculado al correcto desarrollo de las normas sociales fundamentales de convivencia vigentes en el momento, mientras que el interés internacional o cosmopolita, estaría asociado al conjunto de normas internacionales fundamentales que tienen por finalidad el mantenimiento de la paz y seguridad internacional, las cuales suelen imponer obligaciones a los Estados. ¿Qué normas internacionales constituirían dicho conjunto? Desde mi punto de vista, el Estatuto de la CPI, el del Tribunal Penal Internacional de Yugoslavia y el de Ruanda, toda vez que en estos se tipifican los crímenes internacionales que han alcanzado el *status* de *ius cogens* y amenazan la seguridad y paz internacional, imponiéndose, de igual modo, obligaciones de cooperación con dichos tribunales internacionales. El preámbulo de los Estatutos mencionados nos ilustra al respecto, al indicar que los crímenes contemplados en los mismos amenazan la paz y seguridad internacional.

Los crímenes internacionales que aparecen en las normas de derecho penal internacional antedichas son el genocidio, crímenes de lesa humanidad, infracciones graves del DIH y otras violaciones graves del DIH que no constituyen infracciones graves pero que son consideradas igualmente crímenes de guerra, ya sean cometidas en conflictos armados internacionales o internos. La tipificación de los crímenes internacionales citados tiene por finalidad proteger un interés cosmopolita, representado por el tan reiterado, mantenimiento de la paz y seguridad internacional, que podría verse afectado si se produce una violación masiva o sistemática de los derechos humanos esenciales o si se comete una infracción grave del DIH. De ahí que la doctrina internacionalista se refiera a la protección de los derechos humanos.

Siguiendo a PIGNATELLI y MECA, los delitos contra la comunidad internacional tipificados en nuestro ordenamiento jurídico también protegen el conjunto o serie de relaciones y obligaciones que para con cada uno de los

demás Estados y para con el total conjunto de ellos integrantes de la comunidad internacional tiene el Estado español³⁹⁹. Ciertamente, la comisión de un crimen internacional pone en peligro o perjudica a la comunidad internacional en el sentido apuntado, pero no es menos cierto que también lesiona o pone en peligro derechos fundamentales del individuo o de un grupo colectivo de personas, por lo que podríamos estar hablando de crímenes pluriofensivos, al lesionar distintos bienes jurídicos, como son el mantenimiento de paz y seguridad internacional, la vida, integridad física o dignidad de determinadas personas protegidas.

En este orden de cosas, considero necesario efectuar algunos comentarios sobre el concepto de bien jurídico y el objeto de la acción⁴⁰⁰. Si anteriormente hemos configurado una definición de bien jurídico, acorde con el ámbito de los crímenes internacionales, ahora tenemos que diferenciar dicho bien jurídico del objeto de la acción. Pues bien, el objeto de la acción, cuestión nada pacífica entre la doctrina, podría considerarse como la persona o cosa concreta sobre la que recae la acción penal, pudiendo o no estar relacionada con el bien jurídico⁴⁰¹. Así pues, en la comisión de crímenes internacionales tendremos que tener en cuenta por un lado el bien jurídico que se pretende proteger mediante el tipo penal y, por otro lado, el objeto de la acción que delimita dicho bien jurídico, el cual descansa en una realidad material concreta⁴⁰². En algunas ocasiones el bien jurídico puede coincidir con el objeto de la acción y en otras no tener relación alguna, como sucede por ejemplo con el delito de hurto, cuyo bien protegido es la propiedad y el objeto de la acción lo constituye la cosa sustraída.

³⁹⁹ F. PIGNATELLI y MECA. 2003, “La sanción de los crímenes de guerra en el derecho español. Consideraciones sobre el Capítulo III del Título XXIV del Libro II del Código Penal”, Madrid: Ministerio de Defensa, pág. 153.

⁴⁰⁰ Cfr. A. GIL GIL. 1999, “Derecho penal...”, *loc cit*, pág. 160 y ss.; cfr. J. CEREZO MIR. 1998, *loc cit*, pág. 14.

⁴⁰¹ J.M. RODRÍGUEZ DEVESA. 1986, *loc cit*, pág. 398.

⁴⁰² Cfr. S. MIR PUIG. 2010, *loc cit*, pág. 162; A. GIL GIL. 1999, “Derecho penal internacional...”, *loc cit*, pág. 162 y G. JAKOBS. 1997, *loc cit*, pág. 47.

2.2. Protección de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario.

2.2.1. Los derechos humanos.

Los crímenes internacionales y ciertos delitos internacionales son comportamientos punibles pluriofensivos, al lesionar o poner en peligro tanto bienes jurídicos internacionales como individuales o colectivos. No podemos negar la vinculación existente entre la paz y seguridad internacional y los derechos humanos⁴⁰³. Estos últimos aparecen contemplados en textos de carácter universal, como la Declaración Universal de derechos del Hombre de 1948 o el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos del año 1966 (en adelante, PIDCP), entre otros.

Ciertamente, algunos instrumentos internacionales regionales sobre derechos humanos constituyen obligaciones para los Estados, al tener éstos el deber de prevenir la violación de los mismos y en el caso de que ya se haya producido, investigar y reprimir penalmente dicho comportamiento⁴⁰⁴. Estas

⁴⁰³ Cfr. A. GIL GIL. 1999, “Derecho penal...”, *loc cit*, pág. 32; cfr. L. GRACIA MARTÍN. 1993, “*Delitos contra bienes jurídicos fundamentales*”, Valencia: Tirant Lo Blanch, pág. 22, sostiene que los derechos fundamentales atribuyen a la persona una facultad de exigir y de pretender respeto, lo que conlleva la protección de los mismos, la cual, está atribuida a los Estados.

⁴⁰⁴ N. R. ARRIAZA. 1990, “State responsibility to investigate and prosecute grave breaches of human rights violations in international law”, en *California Law Review*, Vol. 78, pág. 462 y ss.; M. P. SCHARF. 1996. “The letter of the law: The scope of the international legal obligation to prosecute human rights crimes”, en *Law and contemporary Problems*, vol. 59, nº 4, pág. 43, sostiene la existencia de tratados internacionales que imponen dicho deber, como son el Convenio contra la tortura de 1984, el convenio contra el genocidio de 1948 o los convenios de Ginebra de 1949; K. AMBOS. 2009, “El marco jurídico de la justicia de transición”, en *Justicia de Transición*, Editores: K. AMBOS, E. MALARINO y G. ELSNER, Montevideo: Konrad Adenauer, pág. 36 y ss., según este autor el deber de perseguir crímenes internacionales se ha consagrado actualmente con la aprobación del Estatuto de la CPI, anteriormente tal deber derivaría de los tratados particulares firmados por cada Estado; cfr. P. F. PARENTI. 2010, “La inaplicabilidad de normas de prescripción en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en *Sistema interamericano de protección de los derechos humanos y derecho penal internacional*, Editora: G. ELSNER, Montevideo: Konrad Adenauer, pág. 212 y ss.; cfr. sentencia de la CIDH, de 29 de julio de 1988, caso *Velásquez Rodríguez v. Honduras*, en donde se recoge el deber de investigar y sancionar conductas atentatorias de los derechos humanos, pára. 166 y 167; cfr. A. SEIBERT-FOHR. 2009, “*Prosecuting serious human rights violations*”, New York: Oxford University Press, pág. 281 a 285; M^a NIEVES ARRESE. 2009, “Art. 13 Derecho a un recurso efectivo”, en *Convenio*

medidas preventivas y represivas pueden perfectamente llevarse a cabo mediante la justicia penal internacional. Sin embargo, las obligaciones citadas recaen directamente en los Estados, por lo que éstos pueden y deben, a través de sus mecanismos internos, adoptar las medidas que consideren necesarias para restituir los derechos vulnerados y juzgar al presunto responsable de los delitos cometidos⁴⁰⁵.

La protección de los derechos humanos no corresponde exclusivamente a un Estado, es una vinculación que se otorga a la comunidad internacional, que desgraciadamente, en muchas ocasiones, cuando se producen violaciones masivas de derechos humanos mira hacia otro lado u omite cualquier intervención o actuación tendente a hacer respetarlos. En definitiva, los derechos humanos pertenecen actualmente a la sociedad internacional y no individualmente a cada Estado. Lo antedicho puede justificarse con base en la posición de que la mayoría de los instrumentos internacionales sobre derechos humanos protegen a las personas que están en el territorio o bajo la jurisdicción del Estado Parte, sin necesidad de que sean nacionales del mismo, como sucede por ejemplo con el art. 2.1 del PIDCP⁴⁰⁶. Esto significa que los Estados podrían, en cumplimiento de sus obligaciones internacionales, emprender las actuaciones judiciales oportunas para juzgar a los responsables de las violaciones graves de los derechos humanos cometidos contra personas que estén bajo su *autoritas*, aun cuando los hechos, la víctima o el responsable no sean nacionales y los hechos no se hayan cometido en su territorio, siempre que

Europeo de Derechos Humanos. Comentario Sistemático, Director: I. LASAGABASTER HERRARTE, Navarra: Thomson Civitas, pág. 651; cfr. D. F. ORENTLICHER. 1991, "Settling Accounts: The Duty to Prosecute Human Rights Violations of a Prior Regime", en *The Yale Law Journal*, Vol. 100, nº 8, pág. 2551.

⁴⁰⁵ Cfr. A. SEIBERT-FOHR. 2002, "The fight against the impunity under the International Covenant on Civil and Political Rights", en *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, Vol. 6, pág. 318 y ss., defiende esta autora en relación al PIDCP, que el mismo no indica expresamente la obligación de los Estados de investigar las violaciones de los derechos consagrados en el Pacto Internacional, surgiendo dicho deber de los propios derechos de los ciudadanos, vía art. 2.3 del PIDCP. Asimismo, si al principio solo se sostenía por la Comisión de Derechos Humanos que la investigación administrativa podía ser suficiente, posteriormente se ha confirmado la postura de que las graves violaciones de los derechos humanos debe acarrear una investigación penal, debiendo castigarse los comportamientos punibles cometidos; cfr. Doc. UN. CCPR/C/79/Add. 34, de 18 de abril de 1994, pára. 13.

⁴⁰⁶ D. F. ORENTLICHER. 1991, *loc cit*, pág. 2568.

se acredite que el Estado del *locus delicti* no ha iniciado una investigación efectiva, que no se encuentra en condiciones de iniciarla o no tenga voluntad alguna de lo anterior. Así pues, los Estados para garantizar los derechos comprendidos en el art. 2.3.a) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, deberían atribuirse jurisdicción universal para investigar penalmente las graves violaciones de los derechos humanos, siempre que la víctima de los mismos se encuentre bajo su jurisdicción y demande la actuación estatal⁴⁰⁷. Aparte, existen otros instrumentos internacionales que reconocen la obligación de juzgar ciertos delitos cuando el responsable se encuentre dentro del territorio del Estado y no se proceda a su extradición. Como puede apreciarse, aquí terceros Estados distintos a los del *locus delicti* pueden también juzgar estos comportamientos punibles⁴⁰⁸.

Los derechos fundamentales son derechos subjetivos que corresponden universalmente a todos los seres humanos, en cuanto están dotados del *status* de personas, de ciudadanos o de personas con capacidad de obrar⁴⁰⁹. Normalmente, estos derechos aparecen regulados en normas constitucionales, como ocurre en España, o en otra serie de normas escritas de carácter doméstico⁴¹⁰. Asimismo, los derechos fundamentales implican un límite y una garantía frente al poder estatal, es decir, el Estado no puede vulnerarlos arbitrariamente, al actuar como límites del poder estatal y de su ejercicio⁴¹¹. Dentro de los derechos fundamentales existe una categoría que denominamos derechos humanos, siendo éstos los derechos primarios de las personas que conciernen a todos los seres humanos, como por ejemplo, la vida, la integridad

⁴⁰⁷ Cfr. Observación General núm. 31 del Comité de Derechos Humanos, de 26 de mayo de 2004, relativa a la *naturaleza de la obligación jurídica general impuesta a los Estados Parte del Pacto*, Doc. UN. CCPR/C/21/Rev.1/Add.13, pára. 15.

⁴⁰⁸ Basta con referirnos, entre otros, al Convenio de 1984 contra la tortura y otros tratos inhumanos o degradantes *ex art. 5.2* y al Convenio de 2006 contra las desapariciones forzadas, *ex art. 9.2*; cfr. D. F. ORENTLICHER. 1991, *loc cit*, pág. 2563 y ss.

⁴⁰⁹ L. FERRAJOLI. 2006, "*Derechos y garantías. La ley del más débil*", Madrid: Trotta, pág. 37.

⁴¹⁰ D. SCHINDLER. 1982, "Human rights and humanitarian law: interrelationship of the laws", en *The American University Law Review*, Vol. 31, pág. 935 y 936.

⁴¹¹ A. RODRÍGUEZ BEREIJO. 1996, "Los derechos fundamentales: derechos subjetivos y derecho objetivo", en *Revista Jurídica Española La Ley*, Vol. 2, pág. 1410.

física o la libertad⁴¹²; o los derechos naturales inherentes a una persona que son inviolables, imprescriptibles e inalienables. No todos los derechos humanos tienen la misma protección. Así, el derecho a la vida es de carácter superior y está por encima del resto. Por ello, los Estados deberían proteger y garantizar los derechos humanos más relevantes⁴¹³, el denominado *núcleo duro*, siempre que con su vulneración se ponga en peligro el mantenimiento de la paz y la seguridad internacional, siendo una herramienta apropiada para dicho fin la justicia universal.

La defensa y protección de los derechos humanos adquirió la importancia debida a partir de los dramáticos sucesos de la 2ª Guerra Mundial⁴¹⁴. Hasta la aprobación de la Carta de Naciones Unidas no existió una norma internacional que reconociera los derechos humanos, ya que éstos se entendía que concernían a una especie de relación entre el Estado y sus nacionales, todo ello dentro de un ámbito interno⁴¹⁵. El art. 55.c) de la CNU incide la importancia actual de los derechos humanos, al establecer que «...la Organización promoverá: el respeto universal a los derechos humanos...». A continuación, en el art. 56 de la CNU se dispone que «*Todos los Miembros se comprometen a tomar medidas conjunta o separadamente, en cooperación con la Organización, para la realización de los propósitos consignados en el artículo 55*». Una lectura pausada de estos preceptos denota que la cuestión de la protección de los derechos humanos ha adquirido una relevancia internacional⁴¹⁶, sin perjuicio de la que corresponde inherentemente a los

⁴¹² L. FERRAJOLI. 2006, *loc cit*, pág. 40.

⁴¹³ Cfr. C. TOMUSCHAT. 2010, “Human Rights and International Humanitarian Law”, en *European Journal of International Law*, Vol. 21, nº 1, pág. 16, quien sostiene que los derechos humanos surgieron como límite de la intromisión estatal en la esfera de los mismos y en la actualidad también tiene como finalidad que los propios Estados los protejan, tanto contra intromisiones privadas de otras personas como de las estatales; cfr. G. PECES-BARBA MARTÍNEZ. 1999, “Curso de Derechos Fundamentales. Teoría General”, Madrid: BOE, pág. 21 y ss., quien trata sobre las diferentes concepciones morales y jurídicas de los derechos humanos.

⁴¹⁴ D. SCHINDLER. 1982, *loc cit*, pág. 936; C. TOMUSCHAT. 2010, *loc cit*, pág. 16.

⁴¹⁵ En el preámbulo de la Carta de Naciones Unidas se dispone que: «*Resueltos a preservar a las generaciones venideras del flagelo de la guerra que dos veces durante nuestra vida ha infligido a la humanidad sufrimientos indecibles, a reafirmar la fe en los derechos fundamentales del hombre, en la dignidad y el valor de la persona humana (...)*».

⁴¹⁶ *Ibidem*, pág. 505.

Estados⁴¹⁷ e incluso, a terceros Estados en aplicación de lo manifestado en el art. 56 de la CNU.

Como algún autor defiende, el origen y desarrollo del derecho penal internacional se haya unido a la protección de los derechos humanos, al ser aquél un instrumento para la protección de éstos, ofreciendo una respuesta al fracaso de los mecanismos tradicionales de protección de los mismos⁴¹⁸. Como dijo PÉREZ GONZÁLEZ, el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho internacional humanitario funcionan como piezas normativas básicas del orden jurídico internacional, a fin de proteger al ser humano en cualquier circunstancia⁴¹⁹.

En las últimas décadas se han aprobado tratados internacionales que tienen como finalidad principal la regulación de los derechos humanos. Estos tratados no sólo se limitan a garantizar determinados derechos, sino que sirven para incitar a los Estados a proteger los mismos⁴²⁰, toda vez que la población es uno de los elementos imprescindibles para la constitución de un Estado y por

⁴¹⁷ M. DIEZ DE VELASCO. 2002, *loc cit*, pág. 544; este autor defiende la idea de que si bien es al Estado a quien compete proteger los derechos humanos de las personas sometidas a su jurisdicción, dicha competencia la ejerce en cumplimiento de las obligaciones impuestas por el Derecho Internacional, sometido todo ello al correspondiente control internacional y G. WERLE. 2005, *loc cit*, pág. 99.

⁴¹⁸ G. WERLE. 2005, *loc cit*, pág. 98 y 99; como puede entenderse, este autor se refiere a la aplicación del derecho penal internacional como última *ratio*, característica principal de todo derecho penal, toda vez que éste se aplica cuando los mecanismos de prevención han fracasado. En el derecho internacional los mecanismos de control y prevención normalmente lo constituyen organizaciones internacionales que tienen por finalidad velar por el respeto de los derechos humanos mediante la solicitud de informes gubernamentales a los Estados y presentación de denuncias individuales.

⁴¹⁹ M. PÉREZ GONZÁLEZ. 2006, “La protección de los derechos humanos en situaciones de conflicto: el parámetro del derecho internacional humanitario”, en *Foro Nueva época*, núm. 4, pág. 14.

⁴²⁰ M. P. SCHARF. 1996. “The letter of...”, *loc cit*, pág. 48, este autor considera que estos tratados no obligan a perseguir penalmente la violación grave de los derechos que se regulan, pero implementan un sistema para garantizar su respeto; cfr. N. R. ARRIAZA. 1990, *loc cit*, pág. 467, quien entiende que de la obligación de asegurar y respetar los derechos fundamentales de las personas consagrados en los tratados internacionales se desprende una obligación de perseguir los comportamientos punibles que atenten contra tales derechos básicos; cfr. T. BUERGENTHAL. 1981, “To respect and to ensure: state obligations and permissible derogations”, en *The International Bill of Rights*; n° 119, pág. 72; D. F. ORENTLICHER. 1991, *loc cit*, pág. 2568 y 2569; A. SEIBERT-FOHR. 2002, “The fight...”, *loc cit*, pág. 319, además de proteger los derechos humanos los Estados deberán llevar ante la justicia a los responsables de las violaciones graves cometidas.

ello, tienen que respetarse sus derechos y no ser el Estado quién los vulnera⁴²¹. La defensa y protección de los derechos humanos es un aspecto fundamental del derecho internacional. La persona ya no puede ser considerada como un mero objeto del orden internacional⁴²². La aplicación de la justicia universal se encontraría justificada en la violación grave de derechos humanos que pudieran ser constitutivos de un crimen internacional o de ciertos delitos internacionales, poniéndose en peligro con ello la paz y seguridad internacional. Muchos de los crímenes internacionales cometidos lo son en el seno de un conflicto armado⁴²³ y son llevados a cabo por el aparato estatal, por lo que éste no estaría en condiciones de llevar ante la justicia a los responsables de tales delitos. Igualmente, los Estados están obligados a investigar determinados hechos, compensar a la víctima y castigar al responsable, principalmente, en relación a las ejecuciones sumarias, desapariciones forzadas y torturas, comportamientos que pueden ser crímenes internacionales en determinados contextos⁴²⁴.

La Corte Internacional de Justicia (en adelante, CIJ) en la opinión consultiva relativa la interpretación de los tratados de paz concluidos por Bulgaria, Hungría y Rumanía declaró que *«la protección de los derechos humanos no pertenece a la jurisdicción doméstica sino a la universal y que, al amparo de los art. 55 y 56 de la CNU, la promoción universal y la efectividad de los derechos humanos y libertades de todos es una obligación jurídica*

⁴²¹ Resulta interesante traer a colación el principio de responsabilidad de proteger que tiene que garantizar todo Estado y en su defecto la propia comunidad internacional, en relación a dicho principio, cfr. P.C. REVILLA MONTOYA. 2007, “Hacia la responsabilidad de proteger. Bases jurídicas para una respuesta colectiva ante crisis humanitarias”, en *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, Vol. VII, pág. 643 a 673; R. GARCÍA PÉREZ. 2006, “La responsabilidad de proteger, un nuevo papel para Naciones Unidas en la gestión de la seguridad internacional, en *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*; L. LEAL MOYA. 2005, “Seguridad Humana. La responsabilidad de proteger”, en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, año XXXVIII, núm. 114, pág. 1117 a 1138; Doc. UN A/RES/60/1 de 24 de octubre del 2005, Documento final de la cumbre mundial 2005.

⁴²² J. A. CARRILLO SALCEDO 1996, “*Soberanía de los Estados y derechos humanos en derecho internacional contemporáneo*”, Tecnos: Madrid, pág. 13 a 22.

⁴²³ M. PÉREZ GONZÁLEZ. 2006, “La protección de...”, *loc cit*, pág. 15.

⁴²⁴ Cfr. A. SEIBERT-FOHR. 2002, “The fight...”, *loc cit*, pág. 320; D. F. ORENTLICHER. 1991, *loc cit*, pág. 2571; cfr. Doc. UN. CCPR/C/55/D/563/1993 pára. 8.6 (1995) *Bautista Arellana v. Colombia*; Doc. UN. CCPR/C/79/Add. 17 pára. 7 (1993) Comments on Niger (Human Rights Committee).

internacional»⁴²⁵. La propia CIJ relacionó la jurisdicción universal con los derechos humanos, considerando a la justicia universal como una herramienta de protección en los casos en los que los Estados del *forum delicti comissi* no estén en condiciones de ejercer dichas funciones. La protección a la cual se ha hecho referencia constituye una obligación de los Estados, no en sentido individual, sino de manera colectiva o universal. Es decir, cualquier Estado debería establecer los mecanismos oportunos tendentes a proteger los derechos humanos, consistiendo aquéllos *inter alia* en la represión penal de las violaciones de los derechos mencionados.

Como conclusión, la protección de los derechos humanos resulta lógica, pero debe materializarse desde herramientas o mecanismos penales como *ultima ratio*, significando esto el fracaso de los mecanismos ordinarios⁴²⁶. Llegados a este punto, los bienes jurídicos que se protegen mediante los crímenes internacionales tienen su origen en el denominado derecho internacional de los derechos humanos y en el derecho internacional humanitario, que han consagrado la dignidad de la persona como un bien o valor supremo que debe respetarse, sobre todo, ante los abusos de poder que existen en los conflictos armados. Junto a lo anterior, también hemos de precisar que el mantenimiento de la paz y seguridad internacional es el otro bien jurídico protegido por los crímenes internacionales y ciertos delitos internacionales.

2.2.2. *El derecho internacional humanitario.*

2.2.2.1. Finalidad y concepto.

El derecho internacional es el sistema de normas y principios que forman el ordenamiento jurídico de la Sociedad Internacional⁴²⁷, la cual está

⁴²⁵ Dictámenes de la Corte Internacional de Justicia de fecha 30 de marzo de 1950 y de 18 de julio de 1950, caso *Interpretation of peace treaties*, pág. 65 y 221; cfr. M. OLLÉ SESÉ. 2008, “Justicia universal...”, *loc cit*, pág. 252 y 253.

⁴²⁶ Cfr. D. N. PASTOR. 2006, “El poder...”, *loc cit*, pág. 129 y ss.

⁴²⁷ M. DIEZ DE VELASCO. 2002, *loc cit*, pág. 62.

comprendida tanto por los Estados soberanos, como por las organizaciones internacionales y también por el individuo en muchas circunstancias. No podemos negar que los derechos humanos y el derecho internacional humanitario forman parte del mismo, por lo que resulta preciso diferenciar estas dos ramas del derecho internacional⁴²⁸. La finalidad de las normas relativas a los derechos humanos es proteger estos valores superiores frente a abusos de poder del Estado, normalmente, en situaciones de paz. En situaciones de conflicto, las normas vinculantes de los derechos humanos no quedan en suspenso, salvo cuando concurra una causa de suspensión concreta, como ocurre con el art. 4 del PIDCP, el cual indica que el derecho a la vida, la prohibición de torturas, la esclavitud o la libertad de pensamiento, entre otros, no podrán en ningún caso ser objeto de suspensión alguna⁴²⁹. Estos derechos subjetivos son inquebrantables en cualquier tipo de situación, ya sea de conflicto armado o no, el resto pueden quedar en suspenso.

Por otro lado, el derecho internacional humanitario tiene por finalidad la protección de las víctimas en caso de una contienda armada⁴³⁰, entendiéndose por víctimas, los heridos, náufragos, enfermos, prisioneros de guerra, población civil, y por extensión, bienes culturales, medio ambiente natural y los bienes indispensables para la supervivencia de la población civil⁴³¹. Pero estas finalidades no quedan limitadas exclusivamente a lo anterior, ya que con la aprobación de la Resolución 2.444 (1968) de la AGNU sobre el respeto de los derechos humanos en caso de conflicto armado, se produjo, en palabras de RODRÍGUEZ VILLASANTE, una convergencia entre el denominado derecho de la guerra (regulación de los medios y modos de hostilizar) y el derecho internacional humanitario (protección de las víctimas en los conflictos armados) al caerse en la cuenta de que para proteger mejor a dichas víctimas era preciso limitar el uso de la fuerza, estableciéndose reglas

⁴²⁸ Cfr. C. TOMUSCHAT. 2010, *loc cit*, pág. 15.

⁴²⁹ Cfr. M. PÉREZ GONZÁLEZ. 2006, “La protección de...”, *loc cit*, pág. 15.

⁴³⁰ C. TOMUSCHAT. 2010, *loc cit*, pág. 16.

⁴³¹ J. L. RODRÍGUEZ VILLASANTE y PRIETO. 2007, “Fuentes del Derecho Internacional Humanitario”, en *Derecho Internacional Humanitario*, Coord. J.L. RODRÍGUEZ VILLASANTE y PRIETO, Valencia: Tirant Lo Blanch, pág. 52.

sobre la conducción de las hostilidades⁴³². Así pues, podemos definir el derecho internacional humanitario como aquel conjunto de normas internacionales, constituidas por convenios internacionales y costumbre internacional que regulan los derechos y deberes de quienes participan en un conflicto armado, los medios y métodos de combatir, la protección de las personas (heridos, náufragos, prisioneros de guerra y población civil), y de los bienes (culturales, indispensables para la supervivencia de la población civil y medio ambiente natural), todo ello, integrado por principios intrasgredibles que se aplican en cualquier circunstancia⁴³³.

2.2.2.2. Solapamiento entre el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho internacional humanitario.

Tenemos por un lado el derecho internacional de los derechos humanos (en adelante DIDH) y por otro lado el derecho internacional humanitario, existiendo situaciones en las que ambas normas podrán ser aplicadas a la vez⁴³⁴, otras en las que solo podrá aplicarse una de estas dos ramas del derecho internacional y otras, en las que prevalecerá la aplicación de una sobre la otra⁴³⁵. La Corte Internacional de Justicia se ha pronunciado sobre esta discusión en la opinión consultiva de fecha 8 de julio de 1996 sobre *la legalidad de la amenaza o el empleo de armas nucleares*⁴³⁶.

⁴³² *Ibidem*, pág. 53.

⁴³³ *Ibidem*, pág. 53.

⁴³⁴ Cfr. F. J. HAMPSON. 2008, "The relationship between international humanitarian law and human rights law from the perspective of a human rights treaty body", en *Revista Internacional de la Cruz Roja*, Vol. 90, núm. 871, pág. 549 y ss; cfr. G. I. A. D. DRAPER. 1971, "The relationship between the human rights regime and the law of armed conflict", en *Israel Yearbook on Human Rights*, Vol.1, pág. 191; cfr. J. FROWEIN. 1998, "The relationship between human rights regimes and regimes of belligerent occupation", en *Israel Yearbook on Human Rights*, Vol. 1; cfr. K. WATKIN. 2004, "Controlling the use of force : a role for human rights norms in contemporary armed conflict", *American Journal of International Law*, Vol. 98, pág. 1 y ss.

⁴³⁵ Opinión consultiva de la CIJ, de 9 de julio del 2004, sobre *las consecuencias jurídicas de la construcción de un muro en el territorio ocupado de Palestina*, pára. 106; cfr. M. PÉREZ GONZÁLEZ. 2006, "La protección de...", *loc cit*, pág. 19 y ss.

⁴³⁶ Opinión Consultiva de la CIJ, de 8 de Julio de 1996, sobre *la legalidad de la amenaza o el empleo de armas nucleares*, pára. 25, en donde se indicó que «...la protección prevista en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos no cesa en tiempos de guerra, excepto cuando se aplica el artículo 4 del Pacto, según el cual algunas disposiciones pueden ser suspendidas cuando se da una situación de emergencia nacional. Sin embargo, el respeto del

Asimismo, en la Opinión Consultiva de la CIJ relativa a las consecuencias jurídicas de la construcción de un muro en el territorio ocupado de Palestina, de fecha 9 de julio de 2004, este órgano judicial internacional indicó que las normas internacionales que regulan los derechos humanos, imponiendo obligaciones, siguen vigentes en caso de conflicto armado en diversas situaciones, en concreto, cuando nos referimos al *núcleo duro* de los derechos humanos; eso sí, las normas que determinarán si una violación de tales derechos es arbitraria en caso de conflicto armado, es la *lex specialis*, es decir, el derecho internacional humanitario⁴³⁷. La relación pues, entre el derecho internacional humanitario, los derechos humanos y el derecho penal internacional es evidente⁴³⁸, aunque no es menos cierto que la influencia principal ha sido la ejercida por los derechos humanos sobre el derecho humanitario⁴³⁹. El gran impacto ejercido por los derechos humanos sobre el derecho internacional humanitario puede apreciarse tanto en el art. 3 común a los Convenios de Ginebra, como en la regulación del Protocolo Adicional I de los Convenios de Ginebra, cuyo art. 75 establece las garantías fundamentales que corresponden a una persona en poder de una parte en conflicto, las cuales coinciden con muchos de los derechos enunciados en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. De otro lado, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos también ha sostenido la aplicación de los derechos humanos en conflictos armados no internacionales y en situaciones de ocupación en conflictos internacionales, como sucedió en la Sentencia de fecha 24 de febrero

derecho a la vida no es una de esas disposiciones. En principio, el derecho a no ser privado de la vida arbitrariamente se aplica también en tiempo de hostilidades. Ahora bien, para determinar si la privación de la vida es arbitraria hay que referirse a la lex specialis aplicable, a saber, el derecho aplicable en caso de conflicto armado, que tiene por objeto regir las situaciones de hostilidades».

⁴³⁷ Cfr. Opinión Consultiva de la CIJ, de 9 de julio del 2004, sobre *las consecuencias jurídicas de la construcción de un muro en el territorio ocupado de Palestina*, pára. 106; cfr. M. PÉREZ GONZÁLEZ. 2006, “La protección de...”, *loc cit*, pág. 22.

⁴³⁸ Cfr. G. WERLE. 2005, *loc cit*, pág. 98 y T. MERON. 2006, “*The humanization of international law*”, Boston: Martinus Nijhoff Publishers, pág. 4.

⁴³⁹ D. SCHINDLER. 1982, *loc cit*, pág. 937; M. GRIFFIN. 2000, “Ending the impunity of perpetrators of human rights atrocities: A major challenge for international law in the 21st century”, en *Revista Internacional de la Cruz Roja*, n° 838, pág. 369 a 389; C. DROEGE. 2008, “¿Afinidades electivas? Los derechos humanos y el derechos humanitario”, en *Revista Internacional de la Cruz Roja*, n° 871, pág. 1.

de 2005, caso *Isayeva v. Rusia*⁴⁴⁰. Por ello, huelga afirmar que en el supuesto de que una persona se encuentre bajo el control y autoridad de un Estado en conflicto armado y fuese desprovista de las normas aplicables al mismo (DIH), tales personas seguirán disfrutando de las protecciones no derogables del derecho internacional de los derechos humanos⁴⁴¹.

2.2.2.3. Diferencias entre el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho internacional humanitario.

Ahora bien, si como hemos afirmado existen puntos de conexión relevantes entre los derechos humanos y el derecho internacional humanitario, no podemos negar que son dos ramas del derecho internacional distintas la una de la otra⁴⁴². Las principales diferencias que podemos recoger entre las mismas, son las siguientes:

- i. El derecho internacional de los derechos humanos se aplica, principalmente, en situaciones de paz, aunque el mismo también es aplicable en situaciones de guerra si los derechos no pueden ser objeto de suspensión alguna; mientras que el derecho internacional humanitario se aplica exclusivamente en casos de conflicto armado.

⁴⁴⁰ C. DROEGE. 2008, *loc cit*, pág. 9; cfr. F. J. HAMPSON. 2008, *loc cit*, pág. 567; cfr. Observación General núm. 31 del Comité de Derechos Humanos, de 26 de mayo de 2004, relativa a la *naturaleza de la obligación jurídica general impuesta a los Estados Parte del Pacto*, Doc. UN. CCPR/C/21/Rev.1/Add.13, pára. 10; el Comité de Derechos Humanos también se ha referido al concepto de ocupación como forma de control sobre un territorio en otras resoluciones, (asunto Líbano) Concluding Observations, initial report of Israel, CCPR/C/79/Add.93, 18 August 1998, pára. 10; Concluding Observations, Second report of Syria, CCPR/CO/71/SYR, 24 April 2001, pára. 10; (asunto Marruecos sobre control del Sahara Occidental), Concluding Observations, Fourth periodic report of Morocco, CCPR/C/79/Add.113, 1 November 1999, pára. 9 and Fifth periodic report, CCPR/CO/82/MAR, 1 December 2004, pára. 8 y 18.

⁴⁴¹ Cfr. M. PÉREZ GONZÁLEZ. 2006, “La protección de...”, *loc cit*, pág. 29.

⁴⁴² A. ORAKHELASHVILI. 2008, “The interaction between human rights and humanitarian law: fragmentation, conflict, parallelism, or convergence?”, en *European Journal of International Law*, Vol. 19, nº1, pág. 161.

- ii. El derecho internacional humanitario es considerado como *lex specialis* dentro del derecho internacional, mientras que el derecho internacional de los derechos humanos es *lex generalis*.
- iii. Los instrumentos internacionales que desarrollan los derechos humanos no contienen cláusulas de represión penal por la violación de los mismos; mientras que dentro del derecho internacional humanitario sí existe dicha cláusula de represión penal por la comisión de infracciones graves del DIH, *ex art. 49 CGI, 50 CGII, 129 CGIII, 146 CGIV y 85 PAI*.
- iv. El catálogo de derechos reconocidos en los instrumentos internacionales concernientes a los derechos humanos es mucho más amplio que el contemplado en el derecho internacional humanitario.
- v. Dentro del derecho internacional humanitario se permite la lesión o vulneración de los derechos humanos más importantes, como la vida, siempre que se haya llevado a cabo con sujeción a las normas internacionales, es decir, que no constituya dicho acto un crimen de guerra u otro crimen internacional. De otra parte, en el derecho de los derechos humanos no se permite la vulneración de los derechos más relevantes, como norma general, aunque quepan excepciones como la legítima defensa y las acciones legales de guerra.
- vi. Los orígenes de ambas ramas del derecho internacional son distintos, por un lado los derechos humanos fueron una cuestión constitucional interna entre los Estados y sus ciudadanos, quienes reclamaban una serie de prerrogativas y derechos subjetivos frente al Estado y; por otro lado, el derecho internacional humanitario no surge de la lucha de individuos, sino de los acuerdos alcanzados entre Estados para que las contiendas armadas se desarrollen dentro de una conductas civilizadas, con base en el principio de humanidad⁴⁴³.

⁴⁴³ Cfr. C. DROEGE. 2008, *loc cit*, pág. 3; cfr. F. J. HAMPSON. 2008, *loc cit*, pág. 558 y ss.

- vii. El derecho internacional de los derechos humanos protege a todas las personas, mientras que el derecho internacional humanitario protege a las personas que no participan o que han dejado de participar en las hostilidades, a los prisioneros de guerra, así como determinados bienes.
- viii. Las normas de los derechos humanos están dirigidas a los Estados y sus agentes; mientras que el derecho internacional humanitario va dirigido tanto al Estado como a las personas individualmente, cuya responsabilidad penal puede originarse por la violación de las normas humanitarias más importantes.
- ix. Dentro del derecho internacional de los derechos humanos se permite la interposición de recursos de forma individual ante los tribunales competentes; mientras que en el derecho humanitario no existe el derecho individual a interponer recursos por la violación de los derechos reconocidos⁴⁴⁴.

Parte de la doctrina entiende que los derechos humanos y el derecho internacional humanitario comparten un núcleo común de valores y derechos no derogables cuyo propósito principal es la defensa de la dignidad y la vida humana, sin perjuicio de considerar que el derecho internacional humanitario ofrece una mayor protección en caso de contienda armada que el derecho internacional de los derechos humanos⁴⁴⁵. La práctica tanto de la Asamblea General como del Consejo General de Naciones Unidas nos orienta a este respecto. Así, en la resolución de la AGNU 804 (VIII) de 3 de diciembre de 1953, relativa al conflicto de Corea, se indicó que *«La Asamblea General... condena los asesinatos, mutilaciones, torturas y otras atrocidades cometidas por cualesquiera gobiernos o autoridades contra el personal militar capturado o la población civil, como una violación de los preceptos del derecho internacional y de las normas fundamentales de conducta y moralidad, y como*

⁴⁴⁴ Cfr. CORDULA DROEGE. 2008, *loc cit*, pág. 45.

⁴⁴⁵ C. ENACHE-BROWN y A. FRIED. 1998, "Universal crime, jurisdiction and duty: the obligation of aut dedere aut iudicare in international law", en *McGill Law Journal*. Vol. n° 43, pág. 617 y 618.

una afrenta a los derechos humanos y a la dignidad y valor de la persona humana». En la resolución de la AGNU 1312 (XIII) de 12 de diciembre de 1958, en relación a la situación de Hungría tras la invasión de la antigua Unión Soviética, se afirmó que «*La Asamblea General... deplora la permanente represión, en Hungría, de los derechos fundamentales del pueblo húngaro y de la libertad de expresión política de éste, bajo la sombra de la persistente presencia de las fuerzas armadas soviéticas*». Por último, en la resolución del CSNU núm. 237 de 14 de junio de 1967, en relación a la guerra de los seis días en la que intervino, entre otros Israel, se dijo que «*El Consejo de Seguridad... considerando que los derechos humanos esenciales e inalienables deben respetarse incluso durante las vicisitudes de la guerra*». Como podemos apreciar, tanto la Asamblea General como el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas han relacionado los derechos humanos con las situaciones de conflicto armado, afirmando la existencia y vigencia de los derechos humanos dentro de una contienda armada⁴⁴⁶.

La mera violación de un derecho humano no conllevará la aplicación del principio de justicia universal, pues como veremos posteriormente, uno de

⁴⁴⁶ También tenemos que recordar la resolución 2675 (XXV) de 9 de diciembre de 1970 de la AGNU, sobre los principios básicos para la protección de las poblaciones civiles en los conflictos armados, indicó que: «... *los derechos humanos fundamentales aceptados en el derecho internacional y enunciados en los instrumentos internacionales seguirán siendo plenamente válidos en caso de conflictos armados*»; el informe del Secretario General de las Naciones Unidas sobre *los derechos humanos en caso de conflicto armado*, Doc. UN. A/8052, de fecha 18 de septiembre de 1970, pára. 20, en donde se sostiene que: «*the international instruments on human rights adopte under the auspices of the United Nations afford a measure of protection of certain important rights of all persons involved in all armed conflicts which complements and strengthens and to some extent even exceeds, the protection derived from the rules of the Geneva Conventions and other humanitarian instruments wich were expressly designed to apply solely to situations of armed conflict*»; y la Res. CSNU 1653 de 27 de enero de 2006, se afirmó que «*El Consejo de Seguridad... alienta y apoya a los países de la región de los Grandes Lagos, individual y colectivamente, para que fortalezcan e institucionalicen el respeto de los derechos humanos y el derecho humanitario, incluidos los derechos de la mujer y la protección de los niños afectados por los conflictos armados...*». Todos estas resoluciones afirman la vigencia de los derechos humanos en situaciones de conflicto armado, ya sea internacional o interno. De igual manera se pronunció la CIJ en el caso *sobre la actividades armadas en el territorio del Congo*, donde volvió a confirmar (ya lo hizo en el caso del muro de Palestina) que los derechos humanos siguen vigentes en caso de conflicto armado, reconociendo que el Congo violó las principales disposiciones de los tratados sobre derechos humanos que tenía firmadas, entre ellas, las del PIDCP y los Convenios de Ginebra, cfr. Sentencia de la CIJ, de fecha 19 de diciembre del 2005, *case concernig armed activities on the territory of the Congo*, pára. 215 y ss.

los fundamentos del principio cosmopolita es la gravedad de los hechos punibles, circunstancia que puede que no concorra en estos casos. Por ejemplo, la violación del derecho a la libertad de expresión, derecho subjetivo consagrado en el art. 19.2 del PIDCP, no es constitutiva de una infracción grave del DIH y por ende, no atraerá la justicia universal, al no considerarse un hecho grave y relevante para la comunidad internacional que amenace o ponga en peligro el mantenimiento de la paz y seguridad internacional. Estas circunstancias nos orientan sobre las diferencias que conlleva la aplicación del derecho internacional de los derechos humanos o del derecho internacional humanitario en un conflicto armado. A pesar de lo anterior, la violación de los derechos humanos puede originar la aplicación de mecanismos legales y judiciales tendentes a resarcir dichos derechos vulnerados, si se acude a los tribunales adecuados⁴⁴⁷, pero no dará lugar a la justicia universal, salvo si se acredita la comisión de un crimen internacional de ciertos delitos internacionales.

2.3. Definición.

Actualmente, no hay una definición aceptada unánimemente del principio de justicia universal, tal y como indicó V.D. WYNGAERT en su opinión separada del caso *República Democrática del Congo v. Bélgica* de la

⁴⁴⁷ Sobre esta cuestión tenemos que recordar que el TEDH ha afirmado que el Convenio Europeo de Derechos Humanos a parte de su aplicación, principalmente territorial, puede aplicarse en ciertas ocasiones de manera extraterritorial, lo que conllevaría que los derechos regulados en el mismo sean de aplicación a ciudadanos o personas que no son miembros de la Unión Europea. El art. 1 del referido Convenio dispone que «*Las altas Partes contratantes reconocen a toda persona dependiente de su jurisdicción los derechos y libertades definidos en el Título I del presente convenio*». El término “dependiente de su jurisdicción” abarcará las situaciones de ocupación militar, de conformidad con lo dispuesto en los art. 42 y ss. del Reglamento sobre las leyes y costumbres de la guerra terrestre del año 1899 y 1907, es el denominado criterio del efectivo control sobre un área. También surge la aplicación extraterritorial del convenio en los casos de actuaciones de los agentes del Estado fuera de su territorio bajo mandatos de un Estado parte, por ejemplo detenciones en el extranjero, interrogatorios, actos de tortura, etc. La jurisprudencia del TEDH es amplia al respecto, pudiendo reseñar entre otros, las sentencias del TEDH, de fecha 12 de marzo del 2003, caso *Ocalan v. Turquía*; sentencia del TEDH, de fecha 16 de noviembre del 2004, caso *Issa v. Turquía*; sentencia del TEDH, de fecha 7 de julio de 2011, caso *Al-Skeini y otros v. Reino Unido*. Del conjunto de dicha jurisprudencia podemos sostener que la violación de derechos humanos en el seno de una contienda armada, puede dar lugar a reparaciones judiciales sobre el derecho violado, siempre que concurren los requisitos necesarios, es decir, una ocupación militar y una actuación concreta de agentes del Estado durante dicha ocupación.

Corte Internacional de Justicia⁴⁴⁸. QUINTANO RIPOLLÉS manifestó que frente al principio de territorialidad, egoísta y nacionalista (...) y los principios personal y real, egoístas asimismo pero de signo imperialista (...), surge un cuarto principio como ideal *desideratum* en un ordenamiento comunitario internacional verdaderamente coherente y solidario: el de *foro universal o cosmopolita*. Obedece a un criterio de protección también, pero no únicamente a favor de intereses estatales, sino sirviendo de tutela de valores que interesan a la comunidad internacional entera⁴⁴⁹. Para JIMÉNEZ DE ASÚA, el principio de universalidad consistía en atribuir vocación a los tribunales represivos de todos los Estados, para conocer de un crimen cometido por un individuo cualquiera y en cualquier país⁴⁵⁰. Siguiendo a este relevante autor, dicho principio conllevaría que cada Estado, a título de representante de la comunidad internacional, tendría el derecho y el deber de ejercitar su justicia represiva contra los delincuentes, para todos los crímenes y sin distinguir el sitio de su perpetración⁴⁵¹.

De las anteriores referencias se puede deducir el principal germen de la justicia universal, en el sentido de que existen ciertos comportamientos punibles que a causa de su gravedad afectan a la seguridad e intereses de la comunidad internacional, por lo que cualquier Estado, en principio, estaría facultado para reprimirlos. Considero que la posición de JIMÉNEZ DE ASÚA resulta un poco extralimitada, cuando éste menciona que dicha competencia recae sobre todos los delitos, salvo que se quisiera referir a todos los delitos que afectasen a la comunidad internacional. De cualquier manera, sólo la

⁴⁴⁸ Dicho juez indicó que «*there is no generally accepted definition of universal jurisdiction in conventional or customary international law...*», Dissenting opinion of Judge V.D. WYNGAERT, *case concerning the Arrest Warrant*, judgment of the International Court Justice of 14 february 2002, pára. 44.

⁴⁴⁹ A. QUINTANO RIPOLLÉS. 1955, *loc cit*, Tomo. II, pág. 95; M. ABAD CASTELOS. 1997, “La toma de rehenes...”, *loc cit*, pág. 149; B. V. SCHAACK y R. C. SLYE. 2007, *loc cit*, pág. 100.

⁴⁵⁰ L. JIMÉNEZ DE ASÚA. 1952, “Tratado de derecho...”, *loc cit*, Vol. II, pág. 757, en el mismo sentido J. LÓPEZ BARJA DE QUIROGA. 2007, “*Tratado de Derecho Procesal Penal*”, Navarra: Aranzadi, pág. 355, para este autor la justicia universal supone atribuir jurisdicción a los tribunales de un país para juzgar ciertos delitos, cualquiera que sea el lugar de comisión y la nacionalidad del autor o de la víctima.

⁴⁵¹ L. JIMÉNEZ DE ASÚA. 1952, “Tratado de derecho...”, *loc cit*, Vol. II, pág. 757.

comisión de crímenes internacionales y ciertos delitos internacionales dan origen a su represión universal, toda vez que mediante los mismos se protegen bienes jurídicos del orden internacional, valores, principios morales y éticos que con el transcurso del tiempo nos hemos dado, que son de capital importancia para el mantenimiento de la paz y seguridad internacional⁴⁵².

En síntesis, la aplicación del principio cosmopolita debe darse sólo para determinados injustos que perjudican a la comunidad internacional, presuponiéndose un propósito de colaboración solidaria internacional o pacto de solidaridad entre Estados⁴⁵³, ya que tales hechos punibles afectan al orbe mundial. La justicia universal, a mi entender, supone una herramienta esencial dentro del sistema penal internacional, ya que los crímenes internacionales y ciertos delitos internacionales que no sean castigados por un tribunal penal internacional o por el Estado del *locus delicti*, deberían ser reprimidos por terceros Estados en aplicación de este título jurisdiccional u otros distintos igual de pertinentes, a fin de cumplirse el *ius gentium* y las obligaciones que emanan del mismo. La justicia universal es un componente suplementario de la justicia penal internacional⁴⁵⁴, al tener la misma finalidad que aquella y fundamentarse en los mismos principios y valores. Sin embargo, no podemos olvidar que la jurisdicción nacional es primaria o preferente para la represión de crímenes internacionales⁴⁵⁵. La legitimización del título jurisdiccional universal se encuentra en el derecho internacional, el cual no está compuesto exclusivamente por tratados internacionales, sino también por la costumbre internacional y los principios generales de las naciones civilizadas. De ahí que no comparta la posición de cierta parte de la doctrina, que entiende que sólo en virtud del derecho de los tratados puede fundamentarse la justicia universal⁴⁵⁶. Un ejemplo claro se encuentra en nuestro ordenamiento jurídico, en cuyo art. 23.4. de la LOPJ se incluye el genocidio como comportamiento punible

⁴⁵² Cfr. C. RYNGAERT. 2012, *loc cit*, pág. 107; cfr. G. RODRÍGUEZ MOURULLO. 1978, *loc cit*, pág. 166, quien califica la justicia universal como el principio de justicia mundial, cuyo fundamento se encuentra en la comunidad internacional, en sus principios y valores.

⁴⁵³ J. LÓPEZ BARJA DE QUIROGA. 2007, *loc cit*, pág. 355.

⁴⁵⁴ Cfr. B. BROOMHALL. 2003, "Internacional Justice...", *loc cit*, pág. 105.

⁴⁵⁵ Cfr. A. ESER. 2009, *loc cit*, pág. 109 y ss.

⁴⁵⁶ Cfr. J. LÓPEZ BARJA DE QUIROGA. 2007, *loc cit*, pág. 360.

susceptible de perseguirse bajo el principio de justicia universal, cuando el instrumento internacional pertinente solo menciona al tribunal del Estado del *forum comissi delicti* y al tribunal internacional. De lo antedicho se infiere que la inclusión de este injusto en el art. 23.4 de la LOPJ se debió, principalmente, al influjo de la costumbre internacional más que al derecho convencional.

Relevantes juristas entendieron que el principio de justicia universal era científicamente insostenible y prácticamente irrealizable, como sostuvo FRANZ VON LISTZ⁴⁵⁷; JIMÉNEZ DE ASÚA consideró que era inaplicable como doctrina absoluta y sólo podía defenderse como principio complementario del de territorialidad, para aquellos delitos que lesionen la comunidad de intereses, al tratarse de una extraterritorialidad absoluta⁴⁵⁸. A día de hoy, el *principio cosmopolita* tiene como finalidad capital proteger ciertos bienes jurídicos esenciales, supraestatales o de índole internacional.

El principio de justicia universal supone un paso más respecto de la mera cooperación entre Estados para la persecución de delitos. Con dicho principio se establece una importante excepción al principio básico de territorialidad, aunque una de las finalidades propias del mismo radica en complementar la aplicación territorial de la ley penal⁴⁵⁹, compensando las limitaciones de ésta e interviniendo cuando éstas dificultan o impiden la persecución del delito⁴⁶⁰. El principio de jurisdicción universal constituye el punto de conexión entre la soberanía estatal y las normas de desarrollo de derecho internacional que establecen las bases para la demanda de responsabilidad por atentados a intereses supranacionales de diferente importancia. No se trata de una mera extensión de la propia competencia para proteger intereses nacionales, sino del ejercicio de la soberanía propia, en cierta forma, como delegación de un grado de soberanía supranacional admitido en

⁴⁵⁷ Cfr. F. VON LISTZ. 1931, “*Lehrbuchdes Strafrechts*”, pág. 123.

⁴⁵⁸ Cfr. JIMÉNEZ DE ASÚA. 1952, “Tratado de derecho...”, *loc cit*, Vol. II, pág. 757 y 759.

⁴⁵⁹ Cfr. F. PIGNATELLI y MECA. 2003, “La sanción de...”, *loc cit*, pág. 64.

⁴⁶⁰ M. GARCÍA ARÁN y otros 2000, “El principio de Justicia Universal en la L.O. del Poder Judicial español”, en *Crimen Internacional y Jurisdicción Universal, El caso Pinochet*, Coord. M. GARCÍA ARÁN y D. LÓPEZ GARRIDO, Valencia: Tirant Lo Blanch, pág. 64 y 65.

torno a determinados bienes jurídicos o como órgano de la comunidad internacional que es el primer titular de los mismos⁴⁶¹.

BENAVIDES indica que el principio de justicia universal permite a cada Estado ejercer su jurisdicción sobre una limitada categoría de crímenes, generalmente reconocidos como universales, sin tener en cuenta el lugar de comisión o la nacionalidad de la víctima o del responsable⁴⁶². BASSIOUNI afirma que el principio de justicia universal está fundamentado en el carácter internacional del crimen, no necesitando este título jurisdiccional conexión o vínculo alguno entre el Estado que pretender sostener su jurisdicción y el crimen en sí mismo⁴⁶³. ROGER O'KEEFE sostiene que la jurisdicción universal es aquella por la que los Estados se otorgan competencia para aplicar su ley penal a ciertos crímenes cometidos en el extranjero por personas que al tiempo de su comisión, no son nacionales o residentes, donde el crimen no parece constituir una amenaza para los intereses fundamentales del Estado que ha prescrito su jurisdicción o los efectos criminales no alcanzan a su territorio⁴⁶⁴. La anterior definición es claramente positiva, por lo que podríamos dar también una definición negativa de la jurisdicción universal, como aquella que se aplica sin tener en cuenta ningún vínculo o conexión con el delito, lugar de comisión, víctimas o responsables del mismo, por lo que no se tendría en cuenta ninguno de los anteriores títulos jurisdiccionales estudiados. AMBOS mantiene la postura de que el título de jurisdicción universal permite una persecución extraterritorial a nivel mundial, con independencia de cuál sea el lugar del hecho y la nacionalidad de la víctima y del responsable⁴⁶⁵.

⁴⁶¹ *Ibidem*, pág. 66.

⁴⁶² L. BENAVIDES. 2001, "The universal jurisdiction principle: nature and scope", en *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, Vol. 1, pág. 26; de igual forma L. REYDAMS. 2003, *loc cit*, pág. 5; X. PHILIPPE. 2006, "Los principios de jurisdicción universal y complementariedad: su interconexión", en *Revista Internacional de la Cruz Roja*, n° 862, pág. 3; K. C. RANDALL. 1988, *loc cit*, pág. 788; cfr. A. J. COLANGELO. 2005, "The legal limits of universal jurisdiction", en *Virginia Journal of International Law*, Vol. 47, n°1, pág. 2; cfr. Amnistía Internacional. 2010, "Universal Jurisdiction: UN General Assembly should support this essential international justice tool", pág. 10.

⁴⁶³ M. C. BASSIOUNI, "Crimes Against...", *loc cit*, pág. 227.

⁴⁶⁴ R. O'KEEFE. 2004, "Universal Jurisdiction...", *loc cit*, pág. 745.

⁴⁶⁵ K. AMBOS. 2007, "Los fundamentos..." *loc cit*, pág. 285.

El *Institute of International Law* en su resolución sobre la jurisdicción penal universal en relación con el crimen de genocidio, los crímenes de lesa humanidad y los crímenes de guerra, aprobada en Cracovia el 26 de agosto de 2005, sostuvo que «*la jurisdicción universal en materia penal (...) es la competencia de un Estado de juzgar a un sospechoso y castigarlo si lo encuentra culpable, con independencia del lugar de comisión del delito y sin tener en cuenta los vínculos de nacionalidad activa o pasiva, ni otros fundamentos para el ejercicio de la jurisdicción reconocidos por el derecho internacional*». El Proyecto de la Universidad de Princeton sobre la justicia universal, definió la misma como aquella jurisdicción criminal basada exclusivamente en la naturaleza del crimen, sin tener en consideración el lugar en donde se cometió el crimen, la nacionalidad del presunto responsable o la nacionalidad de la víctima, o cualquier otra conexión con el Estado que pretende ejercer su jurisdicción⁴⁶⁶.

Por otro lado, la *International Law Association* afirmó que la jurisdicción universal es aquel título jurisdiccional bajo el cual un Estado está autorizado o incluso obligado a juzgar ciertos crímenes, dando igual el lugar en que se cometió y la nacionalidad de la víctima o responsable⁴⁶⁷. Asimismo, en el Informe de Expertos sobre el Principio de Jurisdicción Universal del Consejo de la Unión Europea de 16 de abril del 2009, se definió el título jurisdiccional universal como la afirmación por un Estado de su jurisdicción sobre crímenes presuntamente cometidos en el territorio de otro Estado por nacionales extranjeros contra nacionales de otro Estado donde el presunto crimen no conlleva una amenaza directa contra los intereses del Estado que ha afirmado su jurisdicción⁴⁶⁸.

⁴⁶⁶ *Princeton Project on Universal Jurisdiction*. 2001, University of Princeton, New Jersey, pág.18, el art.1.1 establece que «*criminal jurisdiction based solely on the nature of the crime, without regard to where the crime was committed, the nationality of the alleged or convicted perpetrator, the nationality of the victim, or any other connection to the state exercising such jurisdiction*».

⁴⁶⁷ *International Law Association*, Conferencia de Londres del 2000, *Informe Final sobre el ejercicio de la jurisdicción universal en relación a la violación grave de derechos humanos*, pág. 2.

⁴⁶⁸ Council of the European Union, Brussels 16 april 2009, *The AU-EU Expert Report on the Principle of the Universal Jurisdiction*, 8672/1/09 REV 1, pág. 7.

La delegación de Australia en el estudio llevado a cabo en la Asamblea General de Naciones Unidas sobre el alcance y aplicación de la jurisdicción universal⁴⁶⁹, manifestó que *«la jurisdicción universal es un principio de derecho internacional establecido desde hace mucho tiempo por el que se otorga a los Estados competencia para ejercer, en nombre de la comunidad internacional, jurisdicción penal sobre las personas por los crímenes más graves que preocupan a la comunidad internacional, independientemente de su lugar de comisión (...)*⁴⁷⁰». A mi juicio, la definición establecida por la delegación australiana carece de un elemento importante, la diferenciación de la justicia universal respecto del resto de principios de extraterritorialidad de la ley penal. Sin embargo, la delegación sudafricana indicó que los elementos básicos de la justicia universal eran el *«ejercicio de jurisdicción por un Estado sobre una persona sospechosa de haber cometido un delito fuera de su territorio, del que ni el sospechoso ni la víctima son nacionales y cuyo interés nacional no se ha visto afectado*⁴⁷¹». Dentro de los referidos elementos se puede apreciar como en la justicia universal, para el Estado sudafricano, no hace falta que existan vínculos entre el delito y el Estado que pretende juzgar un crimen. Lo anterior es una pequeña muestra de las diferencias actuales que pueden apreciarse en la comunidad internacional en torno al principio de justicia universal, unos Estados requieren la existencia de una serie de vínculos y otros no, de ahí que sea preciso otorgar una definición genérica, a fin de que exista una uniformidad en torno a la misma.

Según mi parecer, el principio de justicia universal es aquel que atribuye potestad a los tribunales estatales para juzgar determinados comportamientos punibles que lesionan o ponen en peligro bienes jurídicos del orden internacional, afectando a la paz y seguridad de la comunidad internacional, con independencia de la nacionalidad del responsable y de la víctima y de que el mismo no se haya cometido en su territorio. A diferencia

⁴⁶⁹ Doc. UN. de la AGNU A/63/237, de 3 de febrero de 2009 y Doc. UN. A/C.6/64/SR. 12 y 13, de 1 de febrero de 2010.

⁴⁷⁰ Doc. UN. A/C.6/64/SR.12, pára. 10.

⁴⁷¹ Doc. A/C.6/64/SR.12 pára. 39.

del principio de personalidad, aquí el Estado que pretende ejercer su jurisdicción no tiene vínculo o nexo alguno con la víctima o delincuente. Resulta necesario recalcar que este principio no es absoluto, el Estado que pretende ejercerlo tiene que respetar las normas de derecho internacional, como por ejemplo, el principio de inmunidad de los Jefes de Estado, el principio de *non bis in idem* y el de legalidad, entre otros. El principio de legalidad debe ser respetado al máximo, sobre todo al aplicarse derecho penal doméstico, lo que determinará que los Estados hayan incorporado en sus textos penales los crímenes internacionales y aquellos otros delitos internacionales sujetos al principio cosmopolita, no pudiendo la costumbre internacional suplir este presupuesto⁴⁷².

En el ejercicio de la jurisdicción universal, un Estado actúa en representación de la comunidad internacional en una forma equivalente al concepto romano de *actio popularis*, toda vez que tiene un interés en la preservación del orden global e internacional como miembro de dicha comunidad⁴⁷³. Si los intereses fueran exclusivamente nacionales, dicho Estado estaría ejerciendo su propia jurisdicción penal sobre la base de una teoría de jurisdicción diferente a la universal, esto es, la territorialidad extendida, la personalidad activa o pasiva o el interés protegido. De lo anterior se deduce que la justicia universal tiende a preservar unos intereses comunes o generales, no individuales o nacionales. Así pues, se deberán colocar los intereses generales por encima de los propios. Por ello, la jurisdicción universal tiene por finalidad juzgar una serie de injustos que perjudican a la comunidad internacional, siendo los más característicos el genocidio, los crímenes de lesa humanidad, los crímenes de guerra, ciertos actos de terrorismo y la tortura⁴⁷⁴.

⁴⁷² Cfr. A.M. SLAUGHTER. 2004, *loc cit*, pág. 178.

⁴⁷³ Cfr. E. ORIHUELA CALATAYUD. 2000, “Aplicación del derecho internacional humanitario por las jurisdicciones nacionales”, en *Creación de una jurisdicción penal internacional*, Madrid: BOE, pág. 244.

⁴⁷⁴ Cfr. A. ORAKHELASHVILI. 2008, “Between impunity...”, *loc cit*, pág. 214, este autor cita todos los crímenes referidos a excepción del terrorismo; C. L. BLAKESLEY. 2002, *loc cit*, pág. 72, este autor sí incluye los actos de terrorismo como delitos susceptibles de ser perseguidos universalmente, al compararlos con los actos de piratería; cfr. K. C. RANDALL. 1988, *loc cit*, pág. 789; A. CASSESE. 2003, “Is the bell tolling for universality? A plea for a sensible notion of universal jurisdiction”, en *Journal of International Criminal Justice*, nº 1,

Muchos de los delitos referidos son crímenes internacionales, justificándose la aplicación de la jurisdicción universal al estar regulados en normas de eficacia *erga omnes* y de *ius cogens*. En cualquier caso, la propia soberanía del Estado puede hacer que éste extienda su ley penal a comportamientos menos graves de los enunciados anteriormente, corriéndose el peligro de que se busque el interés particular soberano en lugar del internacional, ya que resultaría extraño entender que delitos tales como el homicidio, el robo o la traición, entre otros, sean de trascendencia internacional o afecten a los intereses de la comunidad internacional, poniendo en peligro la paz y seguridad internacional.

2.4. Naturaleza y gravedad de los hechos.

No toda violación del derecho internacional humanitario o del derecho internacional de los derechos humanos conlleva la aplicación del principio de justicia universal. La lógica nos obliga a reducir su ámbito de utilización a una serie determinada de comportamientos punibles, aquéllos de mayor relevancia internacional y que ponen en peligro o lesionan a la comunidad internacional⁴⁷⁵. ¿Cuáles serían éstos? Evidentemente, los crímenes internacionales y algunos delitos internacionales, tales como la tortura y ciertos actos de terrorismo internacional. Lo anterior puede justificarse por el hecho de que todos los comportamientos punibles enunciados perjudican a la comunidad internacional, lesionan bienes jurídicos propios de ésta y ponen en peligro la seguridad y paz, toda vez que estas atrocidades provocan grandes migraciones de población, represalias étnicas, terror en la población, etc. Ahora bien, la gravedad de los delitos sujetos a la jurisdicción universal debe conjugarse con la ineficacia del Estado del *locus delicti* para perseguirlos penalmente de manera eficaz. En cierta manera podemos sostener que dichos crímenes internacionales se han tenido que cometer en *terra nullius*, es decir, en un territorio en donde no existe un sistema eficaz de represión penal o el mismo se

pág. 592, considera que dichos crímenes pueden ser perseguidos universalmente al ser considerados crímenes internacionales, en aplicación de la costumbre internacional.

⁴⁷⁵ Cfr. I. BLANCO CORDERO. 2007, "Report General...", *loc cit*, pág. 104.

ha visto disminuido severamente, bien por la propia actuación del Estado o por circunstancias ajenas al mismo⁴⁷⁶.

BOTTINI defiende también la postura de que sólo determinados crímenes pueden ser objeto de jurisdicción universal, ya que en caso contrario podría constituir una ilegalidad que un Estado conociera de delitos que no tienen un nexo importante con el derecho, comunidad o intereses internacionales⁴⁷⁷. ¿Puede un Estado por sí solo decidir qué comportamientos punibles pueden ser objeto de persecución a través de la justicia universal, o debe ser la comunidad internacional mediante la aprobación de los correspondientes tratados quién determine qué hechos punibles atraen dicha competencia judicial cosmopolita? En mi opinión, el hecho de que un Estado sea soberano sería motivo suficiente para que decida sobre la extraterritorialidad de su ley penal. Empero lo dicho, esta decisión no debe quedar al arbitrio exclusivo de los Estados, toda vez que los crímenes internacionales y ciertos delitos internacionales afectan a la comunidad internacional, por lo que la decisión de establecer qué hechos punibles pueden ser perseguidos de manera universal, debería recaer en la órbita de la sociedad internacional⁴⁷⁸, vía tratados internacionales o vía derecho consuetudinario.

La Corte Permanente Internacional de Justicia en el caso *Lotus* indicó que no había ninguna norma internacional que limitase la facultad o potestad de un Estado para perseguir extraterritorialmente delitos, siempre que no se vulnerasen los principios o normas esenciales del derecho internacional. Así

⁴⁷⁶ Cfr. A. SAMMONS. 2003, "The under-theorization of universal jurisdiction: implications for legitimacy on Trials of War Criminals by national courts", en *Berkeley Journal of International Law*, Vol. 21, pág. 128. La posición de este autor es razonable siempre que consideremos que el fundamento de la jurisdicción universal no descansa exclusivamente en la teoría de la *terra nullius*, sino también en la gravedad del hecho punible, toda vez que la excepcionalidad del título jurisdiccional universal conlleva que el mismo solo se utilice para aquellos comportamientos más graves que afectan y perjudican a la comunidad internacional, siendo imposible que el Estado del *locus delicti* pueda juzgarlos, bien por desidia o por imposibilidad sobrevenida.

⁴⁷⁷ Cfr. G. BOTTINI, 2004, "Universal jurisdiction after the creation of the international criminal court", en *Journal of International Law and Politics*, Vol. 36, n° 2 y 3, pág. 510.

⁴⁷⁸ Cfr. A. ADDIS. 2009, *loc cit*, pág. 138; A. J. COLANGELO. 2009, "Universal Jurisdiction as an international "false conflict" of laws", en *Michigan Journal of International Law*, Vol. 30, pág. 890.

pues, el primer criterio que se tiene que tener en cuenta es que dicho comportamiento punible debe poner en peligro o lesionar un bien jurídico internacional, por lo que el delito que vulnere un interés propio del Estado no podrá ser perseguido por el principio de jurisdicción universal, debiendo ser indistinto el lugar o nacionalidad del delincuente o víctima. En definitiva, debe tratarse principalmente de crímenes internacionales, los cuales justifican la aplicación de la justicia universal, sin perjuicio de aquellos otros delitos internacionales que puedan también estar sujetos a la justicia universal. En segundo lugar, deben tratarse de conductas graves, no meras infracciones del derecho o delitos ordinarios⁴⁷⁹, toda vez que la aplicación del título jurisdiccional universal es de carácter excepcional⁴⁸⁰ y complementario, al ser el Estado del *locus delicti* quien debe conocer en primera instancia del crimen cometido. Por último, los convenios internacionales actuales pueden ofrecernos una pauta interesante para determinar qué ilícitos penales pueden ser considerados como crímenes internacionales o delitos de trascendencia internacional, pudiendo ambos de ellos atraer la jurisdicción universal, unos de forma consuetudinaria (crímenes internacionales) y otros de forma convencional (delitos de trascendencia internacional)⁴⁸¹.

La unión de estos criterios da lugar a que el Estado que utiliza la jurisdicción universal esté llevando a cabo una *actio popularis*, en beneficio de la comunidad internacional o en su nombre. Lo importante es la finalidad de la actuación judicial, la cual puede ser considerada como un proceso internacional de carácter doméstico, ya que los bienes jurídicos afectados son internacionales, pertenecen a la sociedad en su conjunto, las víctimas y el presunto responsable no son nacionales del Estado juzgador y las normas

⁴⁷⁹ Y. DINSTEIN. 1998, "The Universality principle and war crimes", en *International Law Studies* Vol. 71, The law of armed conflict: into the next millennium, Editores: M. N. SCHMITT & L. C. GREEN, Newport Rhode Island: Naval War College, pág. 18, este autor perfectamente vincula la jurisdicción universal con los crímenes internacionales más graves, quedando fuera de la aplicación de la misma los delitos ordinarios o comunes.

⁴⁸⁰ *Ibidem*, pág. 19.

⁴⁸¹ Cfr. Revista Española de Derecho Militar Vol. 86, monográfico sobre "La justicia penal internacional en el siglo XXI", anexo de Convenios Internacionales relativos al ejercicio de la Jurisdicción Universal en materia de crímenes internacionales, pág. 497.

penales sustantivas a aplicar derivan del derecho internacional⁴⁸². Esto implica una esfera o espectro internacional que se desarrolla en un plano interno o estatal, de ahí la grandeza e importancia del título jurisdiccional universal, ya que el Estado de manera individual actúa en representación del orbe internacional.

La concreción de los comportamientos punibles que podemos considerar internacionales tienen que partir de los denominados Principios de Nüremberg de 1950, los cuales fueron aprobados por la AGNU en su Resolución 177 (II). En dichos principios se enuncian una serie de crímenes internacionales cuya comisión conllevará la responsabilidad penal individual correspondiente, en el art. 6 de tales principios se dispone que «*Los delitos enunciados a continuación son punibles, como delitos en Derecho internacional: a) delitos contra la paz (...); b) delitos de guerra (...) y c) delitos contra la humanidad (...)*». Tal enumeración constituye una primera aproximación de lo que deberíamos entender por crímenes internacionales. Partiendo de la definición que se estableció en la sentencia del TMIN de crimen internacional, como todo acto universalmente reconocido como criminal, considerado una cuestión grave en asuntos internacionales que no puede dejarse exclusivamente dentro de la jurisdicción del Estado que tendría control sobre el mismo, en circunstancias normales, hemos de entender que la jurisdicción sobre tales comportamientos punibles debe ser internacional también, es decir, no exclusiva de un Estado en concreto, sino de la comunidad internacional en sí de manera universal⁴⁸³. Otra posible definición de crímenes internacionales la proporcionó la Corte de Distrito de Jerusalén, en el caso *Eichmann*, cuando entendió por *delicta iuris gentium* (crímenes de derecho internacional), «*aquellos actos que atentan contra intereses internacionales vitales, menoscaban los pilares y seguridad de la comunidad internacional y violan los valores morales universales y los principios humanitarios recogidos en el derecho penal de las naciones civilizadas*⁴⁸⁴». No podemos hablar de

⁴⁸² Cfr. A. SAMMONS. 2003, *loc cit*, pág. 137.

⁴⁸³ Cfr. C. C. JOYNER. 1997, “Arresting Impunity...”, *loc cit*, pág. 167.

⁴⁸⁴ Criminal case 40/61 de 1961, Distrito de Corte de Jerusalén, *Eichmann v. Israel*, pára.12.

jurisdicción universal sin referirnos al caso *Eichmann*, ya que si bien es cierto que la Corte de Distrito parece que fundamentó su competencia en virtud del principio de personalidad pasiva, no es menos cierto que la Corte Suprema de Israel, otorgó también competencia a los órganos judiciales israelíes a través del principio de justicia universal.

En la apelación que conoció el alto tribunal de Israel, se indicó que la justicia universal a consecuencia de la gravedad de los hechos objeto de investigación, los cuales atentaban contra las leyes de las naciones, podía ser aplicada al igual que ocurría con el delito de piratería⁴⁸⁵. Pero no hay que olvidar que ya la sentencia de instancia de la Corte de Distrito de Jerusalén, manifestó que a consecuencia de los horrendos actos cometidos por el acusado, los cuales atentaban a la conciencia de la humanidad, constituyendo crímenes contra la ley de las naciones, y lejos de que el derecho internacional limite o prohíba la persecución de tales crímenes ante la ausencia de un tribunal penal internacional, éste autoriza a los Estados a perseguir los mismos, en definitiva, la jurisdicción de los denominados crímenes internacionales es universal⁴⁸⁶.

Como se puede apreciar de los fragmentos expuestos del caso *Eichmann*, la naturaleza de los crímenes objeto de persecución, su gravedad y el perjuicio que causa a la comunidad internacional y a los valores que representa y defiende, hace que los mismos puedan ser perseguidos universalmente. Este criterio, podemos afirmar con rotundidad, está consagrado, ya que diversos tribunales internacionales y nacionales han mantenido la misma posición. Por ejemplo, el TPIY en el caso *Furundzija* sostuvo que “los crímenes internacionales siendo universalmente condenables en cualquier lugar que ocurran, cada Estado tiene el derecho de perseguirlos y castigar a los autores de tales crímenes”⁴⁸⁷. La SCSL en el caso *Gbao* indicó que los crímenes enunciados en los art. 2 a 4 del Estatuto del tribunal (crímenes

⁴⁸⁵ Corte Suprema de Israel, 1962 *Eichmann v. Israel*, pára.12.a).

⁴⁸⁶ Criminal case 40/61 de 1961, Distrito de Corte de Jerusalem, *Eichmann v. Israel*, pára.12.

⁴⁸⁷ *Prosecutor v. Furundzija*, sentencia del TPIY, de fecha 10 de diciembre de 1998, IT-95-17/1-T, pára.156.

contra la humanidad, violaciones del art. 3 común a los convenios de Ginebra y otras violaciones graves del DIH) son crímenes internacionales que atraen la jurisdicción universal⁴⁸⁸. La sentencia n° 1186 del Tribunal Oral de lo Criminal Federal n° 2 de Mendoza, de fecha 15 de diciembre del 2010, en la causa *Menéndez y otros*, que afirmó, en relación al crimen de lesa humanidad, el cual estaba regulado en normas de carácter *erga omnes*, que esas obligaciones «*son exigibles a todos los Estados y sujetos al principio de jurisdicción universal*»; La sentencia n° 63/2010 del Tribunal Oral de lo Criminal Federal n° 1 de Córdoba, de fecha 22 de diciembre del 2010, en la causa *Rafael Videla y otros*, indicó que «*La gravedad de tales delitos puede dar fundamento a la jurisdicción universal...*», refiriéndose a los crímenes de lesa humanidad. Por último, en EE.UU, en el caso *U.S. v. Demjanjuk*, se sostuvo que el derecho internacional dispone que ciertos delitos puedan ser sancionados por cualquier Estado ya que los responsables de los mismos son considerados enemigos de la humanidad (*hostis humani generis*) y todos los Estados tienen el mismo interés en su captura y castigo⁴⁸⁹.

Puede afirmarse que el *núcleo duro* de los crímenes internacionales es el regulado en el Estatuto de la CPI, dando lugar los mismos a la posible aplicación del principio de justicia universal. Además de los crímenes contemplados en el Estatuto de la CPI, deberíamos también tener en cuenta, los comportamientos objeto de represión penal mediante los tribunales penales internacionales *ad hoc* de Ruanda y la antigua Yugoslavia, así como algunos de los enunciados en el Tribunal Especial de Sierra Leona, los cuales nos podrían orientar aún más en el concepto de crimen internacional, su evolución y los posibles ilícitos penales que podrían convertirse en crímenes internacionales sujetos a la jurisdicción universal, ya que todos los delitos enunciados anteriormente son lo suficientemente graves y pueden conllevar la alteración

⁴⁸⁸ Cfr. Decision on the preliminary motion on the invalidity of the agreement between the United Nations and the government of Sierra Leona on the establishment of the special Court, de fecha 25 de mayo del 2004, *Prosecutor v. Augustine Gbao*, SCSL-2004-15-AR72, pára. 8.

⁴⁸⁹ United States Court of Appeals, Sixth Circuit, *U.S. v. Demjajuk Petrovsky*. 776 F.2d 571, de 31 de octubre de 1985, pára. IV.c).

del orden internacional, por lo que estaría justificada la aplicación del principio cosmopolita.

2.5. *Evitación de la impunidad.*

El elemento esencial de la justicia universal es la protección de ciertos bienes jurídicos internacionales, los cuales están normalmente relacionados con los derechos humanos y el derecho internacional humanitario. La evitación de la impunidad es una consecuencia de la aplicación del principio cosmopolita. No sería el presupuesto capital del principio jurisdiccional estudiado, porque si no estaríamos hablando del principio de justicia supletoria o de representación. Sin embargo, la evolución del principio de justicia universal, que encuentra sus raíces en el principio de justicia supletoria, nos conduce a una consecuencia innegable e importante dentro del sistema de eficacia del DIH y del sistema de derechos humanos, que es el evitar la impunidad del responsable de la comisión de crímenes internacionales y ciertos delitos internacionales, a saber, juzgarlo debidamente. Esta impunidad suele estar vinculada a la inactividad de los tribunales domésticos del Estado del *forum delicti commissi*, bien por causas sobrevenidas o por actos u omisiones judiciales voluntarias.

Normalmente, los responsables al estar revestidos de *potestas*, es decir, al formar parte del gobierno, utilizan al propio Estado para que no sean reprendidos, aprueban leyes de impunidad, de amnistía o de perdón que tienen por finalidad evitar que sean juzgados⁴⁹⁰. Utilizan el poder para que la sociedad olvide sus crímenes, basándose en criterios más o menos acertados que tienen por base el principio de que es mejor olvidar y seguir adelante que buscar venganza. A mi juicio, lo que la sociedad necesita no es tal venganza, es sencillamente justicia⁴⁹¹; sin perjuicio de que en supuestos excepcionales,

⁴⁹⁰ Cfr. A. ADDIS. 2009, *loc cit*, pág. 140 y 141.

⁴⁹¹ Es preciso indicar en este apartado las palabras pronunciadas por el General Pinochet el día 13.09.95: “(...) es decir, guardar silencio y olvidar. Después del tiempo que ha pasado, lo único que se puede hacer en estas circunstancias es olvidar”, ante dicha frase, el General obtuvo la siguiente respuesta del Presidente de Chile, P. ALWYN: “no es bueno que el pueblo olvide esas tragedias. Muy por el contrario, el pueblo no puede olvidar. Es aconsejable que

como se verá posteriormente, la sociedad en otras ocasiones lo que necesita y reclama es una situación de paz, en cuyo caso deberían prevalecer otra serie de mecanismos extrapenales que facilitasen la consecución de tal fin⁴⁹². La impunidad ha sido definida por la Comisión de Derechos Humanos como «*la inexistencia, de hecho o de derecho, de responsabilidad penal por parte de los autores de violaciones, así como de responsabilidad civil, administrativa o disciplinaria, porque escapan a toda investigación con miras a su inculpación, detención, procesamiento, y en caso de ser reconocidos culpables, condena a penas apropiadas, incluso a la indemnización del daño causado a sus víctimas*»⁴⁹³. Dentro del concepto de impunidad es capital analizar el término “investigación”, ya que del mismo podremos deducir si ha existido o no impunidad. La Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, CIDH) ha manifestado que la investigación de las violaciones de los derechos humanos consagrados en la Carta Americana debe ser seria, efectiva, asumida por el Estado como un deber jurídico y con la participación de la víctimas⁴⁹⁴. También la Corte Interamericana se ha referido a las circunstancias que favorecen la impunidad, por lo que los Estados deberían evitarlas en todo caso. Los hechos que darían lugar a la impunidad serían la falta de tipificación de ciertos comportamientos punibles (en relación a las desapariciones forzadas), la aplicación de la prescripción, las irregularidades en el proceso y la dilación indebida en la investigación⁴⁹⁵.

permanezca en la memoria histórica de la nación para que nunca se repita. Es necesario saber lo que pasó”, cfr. M. OLLÉ SESÉ. 2008, “Justicia universal...”, *loc cit*, pág. 277.

⁴⁹² Cfr. P. D. EIROA. 2009, *loc cit*, pág. 275 y ss.

⁴⁹³ Doc. UN. E/CN.4/2005/102/Add.1 de 8 de febrero del 2005, definición A; la CIDH en el caso *Paniagua Morales et al. v. Guatemala*, serie C, n° 37 de 8 de marzo de 1998, indicó que «*la impunidad consistía en la falta de una investigación, persecución, captura, enjuiciamiento y condena de los responsables de las violaciones de los derechos protegidos por la Convención Americana, toda vez que el Estado tiene la obligación de combatir tal situación*», pára. 173.

⁴⁹⁴ Sentencia de la CIDH de 19 de noviembre de 1999, caso *Villagrán Morales v. Guatemala*, serie C, n° 63, pára. 226.

⁴⁹⁵ Sentencia de la CIDH de 27 febrero de 2002, caso *Trujillo Oroza v. Bolivia*, serie C, n° 92, pára. 97 y ss.; cfr. J. DONDE MATUTE. 2010, “El concepto de impunidad: leyes de amnistía y otras formas estudiadas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en *Sistema Interamericano de Protección de los derechos humanos y derecho penal internacional*, Editor: G. ELSNER, Montevideo: Konrad Adenauer, pág. 269.

La Corte Interamericana también consideró que las acciones que debían emprender los Estados Parte de la Carta Americana, no debían circunscribirse exclusivamente a reparar los daños ocasionados a las víctimas, vía económica o civil, sino que debían emprender *ex officio*, medidas penales para depurar la responsabilidad penal existente, sobre todo en relación a crímenes internacionales⁴⁹⁶. Junto con lo antedicho, la Corte Interamericana ha afirmado que las amnistías, la prescripción, la cosa juzgada fraudulenta, los indultos y los procesos parciales constituyen aspectos que favorecen la impunidad, siempre y cuando la investigación que debe efectuarse no sea imparcial, efectiva y seria⁴⁹⁷.

Así pues, la justicia universal sirve, como consecuencia inherente al sometimiento de la justicia de los responsables de la comisión de crímenes internacionales y ciertos delitos internacionales, a evitar la impunidad de los criminales, siempre que su comportamiento haya lesionado un bien jurídico internacional, el cual esté protegido por normas internacionales o nacionales. Ahora bien, no debemos olvidar que en aras de evitar la impunidad, los Estados deben actualizar sus leyes, en el sentido de implementar en éstas las obligaciones, principios y derechos que están recogidos en los instrumentos internacionales de los cuales son parte o le son de aplicación por haber cristalizado en derecho consuetudinario.

⁴⁹⁶ J. DONDÉ MATUTE. 2010, *loc cit*, pág. 273; sentencia de la CIDH de 15 de junio de 2005, caso de la *Comunidad de Moiwana v. Surinam*, serie C, n° 124, pára. 145.

⁴⁹⁷ J. DONDÉ MATUTE. 2010, *loc cit*, pág. 277 y ss., en relación a la amnistía se consideran que favorecen la impunidad aquellas que se conceden contra violaciones graves de los derechos humanos que son inderogables.

CAPÍTULO CUARTO: FUENTES Y CLASES DEL PRINCIPIO DE JUSTICIA UNIVERSAL.

1. Fuentes.

La gran controversia surgida en los últimos años con respecto al título jurisdiccional universal está relacionada con la existencia de sus diferentes manifestaciones. No podemos defender un único modelo de jurisdiccional universal, ya que los propios convenios internacionales establecen diversos criterios para justificar la aplicación de la justicia cosmopolita. Así, en algunos convenios se exige la presencia en el territorio del responsable y en otros no, también en determinados instrumentos internacionales se contiene una obligación, mientras en otros encontramos una mera facultad para instaurar la jurisdicción universal.

1.1. Obligación de aplicar la jurisdicción universal.

Ciertamente, existen instrumentos internacionales que imponen una serie de obligaciones o deberes a los Estados Parte. Dentro de tales mandatos encontramos la obligación de enjuiciar determinados comportamientos punibles, los cuales lesionan o ponen en peligro la paz y seguridad internacional, nos referimos a los crímenes internacionales y ciertos delitos internacionales⁴⁹⁸. En estos supuestos nos hallamos ante una fuente que obliga al Estado a aplicar el principio de justicia universal. El ejemplo más claro resulta de los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949, cuyo art. 1 común a los cuatro convenios⁴⁹⁹ establece la obligación a los Estados Parte de «*respetar y hacer respetar*» los referidos instrumentos internacionales, y los art. 49 CGI, 50 CGII, 129 CGIII y 146 CGIV, disponen que «*Cada una de las Altas Partes contratantes tendrá la obligación de buscar a las personas*

⁴⁹⁸ Cfr. A. J. COLANGELO. 2009, “Universal Jurisdiction...”, *loc cit*, pág. 885 y ss.

⁴⁹⁹ Cfr. L. B. DE CHAZOURNES y L. CONDORELLI. 2000, “Common Article 1 of the Geneva Conventions revisited: Protecting collective interests”, *en Revista Internacional de la Cruz Roja*, nº 837, pág. 67 y ss.

*acusadas de haber cometido, o mandado cometer, cualquiera de las infracciones graves, debiendo hacerlas comparecer ante sus propios tribunales, sea cual fuere su nacionalidad (...)*⁵⁰⁰». Por ello podríamos hablar de una jurisdicción universal obligatoria⁵⁰¹.

La jurisdicción universal obligatoria suele estar vinculada a la regla *aut dedere aut iudicare*⁵⁰², siempre que el responsable de la comisión de crímenes internacionales y ciertos delitos internacionales se encuentre en el territorio del Estado que pretende juzgarlo y no se conceda su extradición⁵⁰³. El incumplimiento de la obligación *aut dedere aut iudicare* podría ser constitutivo de un ilícito internacional⁵⁰⁴. El Proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos del año 2001 aprobado por la AGNU, establece en su art. 2 que existe un hecho internacionalmente ilícito del Estado cuando un comportamiento, consistente en una acción u omisión, es atribuible al Estado según el derecho internacional y constituye una violación de una obligación internacional del Estado⁵⁰⁵. Si bien es cierto que dicha norma no está vigente actualmente, toda vez que no ha dado lugar a un convenio

⁵⁰⁰ Cfr. *Prosecutor v. Dusko Tadic*, Decision on the defence motion for interlocutory appeal on jurisdiction, 2 October 1995, pára. 79, en dicho fragmento de la resolución judicial se afirma claramente que los Convenios de Ginebra de 1949 instauraron un sistema de persecución universal obligatorio entre los Estados Parte. En mi opinión esta conclusión es acertada, salvo cuando se refiere a que dicho sistema de persecución es entre los Estados Parte, ya que actualmente tales instrumentos internacionales han cristalizado en derecho consuetudinario, es decir, de aplicación al orbe internacional, por lo que dicha obligación de perseguir tales infracciones graves recae en todos los Estados.

⁵⁰¹ Cfr. Carpeta Informativa del Comité Internacional de la Cruz Roja. 2004, “*Represión nacional de las violaciones del derecho internacional humanitario*”, pág. 6.

⁵⁰² Cfr. M^a. D. BOLLO AROCENA. 2004, *loc cit*, pág. 370, esta autora defiende la postura de que el principio de justicia universal es un corolario de la regla *aut dedere aut iudicare*; aunque dicha observación no está desencaminada, debemos recordar que la obligación de extraditar o juzgar puede regir para cualquier tipo de delito, mientras que la jurisdicción universal sólo está vinculada para los crímenes internacionales y ciertos delitos internacionales, por lo que su ámbito de aplicación es menor; cfr. A. GIL GIL *et al.* 2011, “Curso de Derecho penal...”, *loc cit*, pág. 76, quien acertadamente afirma que la regla *aut dedere aut iudicare* no constituye ningún título jurisdiccional, sino una cláusula de cooperación internacional cuya finalidad es evitar la impunidad.

⁵⁰³ Council of the European Union, Brussels 16 april 2009, *The AU-EU Expert Report on the Principle of the Universal Jurisdiction*, 8672/1/09 REV 1, § 11, pág. 10; cfr. A. PIGRAU SOLÉ. 2009, “La Jurisdicción Universal y su aplicación en España: La persecución del genocidio, los crímenes de guerra y los crímenes contra la humanidad por los tribunales nacionales”, en *Colección Recerca por Drets Humans*, Vol. 3, pág. 67.

⁵⁰⁴ Cfr. C. GUTIÉRREZ ESPADA. 2005, “*El hecho ilícito internacional*”, en Cuadernos Internacionales de la Universidad Autónoma de Madrid, Madrid: Dykinson, pág. 47 a 73.

⁵⁰⁵ Cfr. Doc. UN. de la AGNU A/56/10.

internacional *stricto sensu*, no lo es menos que las disposiciones contenidas en el referido proyecto son, la mayoría de ellas, fruto de la costumbre internacional, por lo que podríamos afirmar que el citado proyecto forma parte del derecho consuetudinario.

En el mencionado art. 2 del proyecto se pueden diferenciar dos elementos. El primero estaría constituido por la atribución al Estado de una acción u omisión. El segundo, sería la violación, ya sea por acción u omisión, de una obligación internacional⁵⁰⁶. Tales obligaciones internacionales pueden derivar tanto de convenios internacionales como de la costumbre internacional⁵⁰⁷. La violación de la obligación no requiere la existencia de daño alguno⁵⁰⁸. Desde el mismo momento en que no se cumple una obligación vigente contraída por un Estado surge su responsabilidad internacional. El art. 12 del proyecto indica que *«hay violación de una obligación internacional por un Estado cuando un hecho de ese Estado no está en conformidad con lo que de él exige dicha obligación, sea cual fuere el origen o la naturaleza de esa obligación»*. De otra parte, el art. 60.3.b) del Convenio de Viena de 1969 sobre el derecho de los tratados establece que para los efectos del presente artículo (terminación de un tratado o suspensión del mismo a causa de su violación) *constituirán violación grave de un tratado: la violación de una disposición esencial para la consecución del objeto o fin del tratado*. Evidentemente, la totalidad de los tratados que incorporan la regla *aut dedere aut iudicare* tienen como finalidad principal evitar la impunidad del responsable, mediante el sometimiento del mismo a un proceso penal con todas las garantías penales reconocidas de los países civilizados. Por lo que el no cumplir esta regla debería considerarse una violación grave del convenio suscrito. Un aspecto relevante es que los Estados no pueden ampararse en su derecho interno para no cumplir con una obligación internacional, toda vez que la calificación del hecho como ilícito se rige exclusivamente por el derecho internacional, *ex art. 3 del proyecto y de forma analógica también ex art. 27 del convenio sobre*

⁵⁰⁶ *Ibidem*, pág. 51.

⁵⁰⁷ *Ibidem*, pág. 53.

⁵⁰⁸ *Ibidem*, pág. 55.

tratados de 1969⁵⁰⁹. En este orden de ideas, podría constituir un ilícito internacional el que un Estado no adoptase las pertinentes medidas legislativas y judiciales tendentes a enjuiciar al responsable de la comisión de crímenes internacionales o ciertos delitos internacionales que se hallase en su territorio o no procediese a su extradición si no lo quiere enjuiciar. En términos generales, la mayoría de los convenios internacionales que regulan crímenes y delitos internacionales incorporan mandatos a los Estados Parte para que otorguen jurisdicción a sus tribunales, a fin de enjuiciar los injustos contenidos en los mismos. A causa de la obligación de extraditar o juzgar, encontramos tres modelos de justicia universal obligatoria, la primaria, subsidiaria y supletoria.

1.1.1. *Jurisdicción universal primaria.*

Puede ser definida en sentido negativo como aquella que ni es subsidiaria ni supletoria, es decir, debe aplicarse en todo caso aunque no se hayan agotado todos los esfuerzos posibles para que los Estados con un título jurisdiccional preferente conozcan del crimen internacional o de ciertos delitos internacionales. Los Estados tendrán la obligación de enjuiciar determinados comportamientos punibles desde el mismo momento en que tengan conocimiento de su comisión. El ejemplo más característico de justicia universal primaria se encuentra en los Convenios de Ginebra de 1949⁵¹⁰.

1.1.2. *Jurisdicción universal subsidiaria.*

Es aquella que obliga a un Estado a juzgar al presunto responsable de un crimen internacional o ciertos delitos internacionales, cuando la extradición no haya sido posible, es decir, en defecto de otras jurisdicciones preferentes. Lo normal es que se aplique este modelo de jurisdicción universal cuando el

⁵⁰⁹ El art. 27 del Convenio sobre tratados de 1969, dispone que: “Una parte no podrá invocar las disposiciones de su propio derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado”.

⁵¹⁰ J. STIGEN. 2010, “The relationship between the principle of complementarity and the exercise of universal jurisdiction for core international crimes”, en *Complementarity and the exercise of universal jurisdiction for core international crimes*, Editor: M. BERGSMO, FICHL Publication Series n° 7, pág. 135.

Estado del *iudex apprehensionis* no haya recibido ninguna solicitud de extradición, a causa de la falta de voluntad de los Estados con una jurisdicción preferente para juzgar los crímenes cometidos, debiendo por ello el Estado del *iudex apprehensionis* juzgar al responsable. Lo relevante es que la obligación de juzgar surge al no haber ningún otro Estado interesado en enjuiciar los crímenes internacionales o ciertos delitos internacionales cometidos y el responsable de los mismos se encuentra presente en el territorio del Estado del *iudex apprehensionis*⁵¹¹. La subsidiariedad⁵¹² se puede apreciar, por ejemplo, en el convenio internacional para la represión de atentados terroristas con bombas de Nueva York de 1997, en cuyo art. 7.6 se establece que el Estado Parte que detenga a un presunto responsable lo notificará al resto de Estados Parte que hayan establecido su jurisdicción, de conformidad con lo dispuesto en el párrafo 1 y 2 del art. 6, y si lo considera conveniente, a todos los Estados Parte interesados. Como puede observarse, el Estado en donde se halla el responsable deberá dar a conocer la detención de éste al resto, a fin de que los Estados con una competencia preferente, por razón del principio de territorialidad, personalidad o protección de intereses, puedan solicitar la extradición del mismo. En el supuesto de que no haya solicitud de extradición alguna podrá aplicarse el título jurisdiccional cosmopolita de manera subsidiaria⁵¹³.

⁵¹¹ C. RYNGAERT. 2006, “Applying the Rome Statute complementarity principle: drawing lessons from the prosecution of core crimes by states acting under the universality principle”, en *Working Paper n° 98, Institute for International Law*, pág. 5, considera que la jurisdicción universal está fundamentada en el principio de subsidiariedad; en la Resolución de fecha 26 de agosto de 2005 del Institute of International Law, en el punto 3.c) se describe la jurisdicción universal subsidiaria, al indicarse que «*Any State having custody over an alleged offender should, before commencing a trial on the basis of universal jurisdiction, ask the State where the crime was committed or the State of nationality of the person concerned whether it is prepared to prosecute that person, unless these States are manifestly unwilling or unable to do so. It shall also take into account the jurisdiction of international criminal courts*».

⁵¹² J. STIGEN. 2010, *loc cit*, pág. 134, entiende este autor que la jurisdicción universal subsidiaria está conformándose en la práctica estatal.

⁵¹³ Cfr. E. M. WISE, E. S. PODGOR y R. S. CLARCK. 2004, “*International criminal law. Cases and Materials*”, San Francisco: LexisNexis, pág. 44, entienden que en relación a los delitos de terrorismo transnacional e internacional, en realidad debería hablarse de una jurisdicción basada en el *iudex apprehensionis* antes que de una jurisdicción universal pura.

1.1.3. *Jurisdicción universal supletoria.*

Es semejante a la subsidiaria, sin embargo, aquí lo relevante es que el Estado del *iudex apprehensionis* se ha negado a extraditar al responsable de la comisión de crímenes internacionales o ciertos delitos internacionales, y por ello debe juzgarlo⁵¹⁴. Nuevamente, podemos observar la evolución del principio de justicia supletoria hacia un nuevo modelo de jurisdicción universal, bien por interpretación de algunos tratados internacionales por parte de órganos internacionales⁵¹⁵, bien por la labor de la doctrina. En esta modalidad de jurisdicción universal existe una solicitud de extradición, pero el Estado del *iudex apprehensionis* la rechaza, hecho que conlleva que tenga que enjuiciar al responsable. Un ejemplo de jurisdicción universal supletoria lo constituye el art. 6.4 del convenio internacional para la represión de los atentados terroristas con bombas, de Nueva York de 1997, al disponer que el Estado Parte deberá adoptar las medidas necesarias para establecer su jurisdicción, en los casos en que el responsable se encuentre en su territorio y dicho Estado *no conceda* la extradición del mismo.

1.2. Facultad de aplicar la jurisdicción universal.

Si bien es cierto que existen tratados internacionales que imponen a los Estados Parte la obligación de enjuiciar crímenes internacionales y ciertos delitos internacionales, no es menos cierto que también existen otros que prevén la posibilidad de que determinados delitos puedan ser enjuiciados en aplicación del principio cosmopolita. Hablamos de una facultad del Estado para juzgar crímenes y ciertos delitos internacionales, sin que haya obligación alguna derivada de un tratado internacional. La decisión de poder juzgar ciertos delitos quedará sometida a la voluntad soberana del Estado. En estos supuestos

⁵¹⁴ Cfr. M. INAZUMI. 2005, *loc cit*, pág. 29 y 30.

⁵¹⁵ Comunicación n° 181/2001: Senegal. 19/05/2006, Decisión CAT/C/36/D/181/2001, de 19 de mayo del 2006, en donde se sostiene que la obligación de juzgar al responsable de la comisión de torturas no depende de solicitud de extradición alguna, pára. 9.7.

hablaríamos de una jurisdicción universal facultativa⁵¹⁶. Este tipo de jurisdicción se encuentra contenida en la mayoría de tratados de lucha contra el terrorismo, bajo la fórmula de que «*no se excluye ninguna jurisdicción penal ejercida de conformidad con el derecho interno*»⁵¹⁷. También aparece incorporada en tratados de derecho internacional humanitario, como el art. 16.2.a) del Protocolo de la Convención de la Haya de 1954 para la protección de bienes culturales en caso de conflicto armado de 1999⁵¹⁸.

Por otro lado, PUEYO LOSA entiende que la jurisdicción facultativa es aquella que se aplica cuando los Estados pretenden ejercer su jurisdicción penal sobre personas que no se encuentran en su territorio, lo que también se denomina jurisdicción universal absoluta⁵¹⁹. Para concluir haremos referencia al trabajo realizado por el Comité Internacional de la Cruz Roja⁵²⁰, relativo al Derecho Internacional Humanitario Consuetudinario, en cuya regla 157 se dispone que «*Los Estados tienen derecho a conferir a sus tribunales nacionales jurisdicción universal en materia de crímenes de guerra*». Esta norma consuetudinaria faculta a los Estados para que puedan perseguir, si lo consideran apropiado y previa implementación en su ordenamiento jurídico de dicha jurisdicción, crímenes de guerra, siempre que se respeten los principios básicos del derecho internacional (inmunidad de los Jefes de Estado, igualdad soberana y no intervención en asuntos internos de otros Estados, entre otros). En cualquier caso, los Estados deberán respetar el derecho internacional y

⁵¹⁶ Cfr. Carpeta Informativa del Comité Internacional de la Cruz Roja. 2004, “*Represión nacional de las violaciones del derecho internacional humanitario*”, pág. 6.

⁵¹⁷ El art. 6.5 del Convenio Internacional para la represión de atentados terroristas con bombas, regula dicha cláusula.

⁵¹⁸ Cfr. J. M. GARCÍA LABAJO. 2007, “La protección de bienes culturales en caso de conflicto armado”, en *Derecho Internacional Humanitario*, Coord. J.L. RODRÍGUEZ VILLASANTE y PRIETO, Valencia: Tirant Lo Blanch, pág. 681 y ss.; el art. 16.2.a) del Protocolo de la Convención de la Haya de 1954, dispone que: “*Con respecto al ejercicio de la jurisdicción, y sin perjuicio de lo dispuesto en el Artículo 28 de la Convención: a) el presente Protocolo no excluye que se pueda incurrir en responsabilidad penal individual ni que se ejerza la jurisdicción en virtud de derecho nacional e internacional aplicable, y tampoco afecta al ejercicio de la jurisdicción en virtud del derecho internacional consuetudinario*”.

⁵¹⁹ J. PUEYO LOSA, “Derechos Humanos, crímenes de guerra y globalización de la Justicia”, en *Revista Española de Derecho Militar*, núm. 83, pág. 28.

⁵²⁰ J.M. HENCKAERTS Y L. DOSWALD-BECK, 2007, “*El Derecho Internacional Humanitario Consuetudinario. Volumen I: Normas*”, Buenos Aires: Comité Internacional de la Cruz Roja, pág. 683.

facultarse para enjuiciar comportamientos que debido a su gravedad vulneran bienes jurídicos internacionales que afectan a la comunidad internacional en sí misma. Recordemos que cuando un Estado promulga normas penales de eficacia extraterritorial debe respetar el derecho internacional, es decir, no debe haber norma de *ius gentium* que prohíba tal acto, y cuando se trata de hacer efectiva dicha norma debe existir una norma internacional permisiva al respecto, bien convencional o consuetudinaria.

1.3. Fuentes convencionales y consuetudinarias.

1.3.1. *Normas convencionales que justifican la aplicación del principio de justicia universal.*

La obligación o facultad de aplicar la jurisdicción universal puede surgir de los convenios internacionales, en cuyo caso hablaremos de una jurisdicción universal convencional o *treated-based*⁵²¹. En derecho internacional no se prohíbe que los Estados Parte de un convenio se otorguen jurisdicción extraterritorial entre ellos para reprimir penalmente un delito, como sucede por ejemplo con el Convenio contra la tortura y otros tratos inhumanos o degradantes de 1984, comprendiéndose dentro de dicha jurisdicción extraterritorial la universal, *ex art. 5.2* del referido convenio. De igual manera se pronunció la resolución de fecha 26 de agosto del 2005 del *Institute of International Law*, al indicar que la jurisdicción universal podía fundamentarse en virtud de tratados multilaterales⁵²². Normalmente, los Estados firman este tipo de tratados internacionales para reprimir comportamientos que afectan a la comunidad internacional, como es el caso de los delitos internacionales, sin atender principalmente a la gravedad de los

⁵²¹ Cfr. A. J. COLANGELO. 2005, “The legal limits...”, *loc cit*, pág. 18 y ss.; cfr. J. GENEUSS. 2009, *loc cit*, pág. 952; cfr. M. P. SCHARF. 2001, “Application of treaty-based...”, *loc cit*, pág. 372 y 373.

⁵²² Cfr. Resolution of Institute of International Law, de 24 de agosto del 2005, sobre *Universal criminal jurisdiction with regard to the crime of genocide, crimes against humanity and war crimes*, punto II de la resolución; cfr. Council of the European Union, Brussels 16 April 2009, *The AU-EU Expert Report on the Principle of the Universal Jurisdiction*, 8672/1/09 REV 1, §. 9, pág. 7, en donde se afirma que la jurisdicción universal tiene su origen en el derecho internacional, ya sea mediante normas convencionales o a través del derecho consuetudinario.

hechos típicos. En este caso, la jurisdicción universal instaurada podría constituir una especie de cooperación judicial internacional entre Estados, ya que suele incluirse la cláusula *aut dedere aut iudicare*, con lo que surge la obligación de juzgar o extraditar al responsable del delito cuando se encuentre en su territorio y no se proceda a extraditarlo. Parte de la doctrina considera que la jurisdicción universal no puede estar fundamentada en virtud de tratados, ya que entonces no sería “universal”, siendo sólo entre Estados Parte⁵²³. Sin embargo, aun no faltando cierta parte de razón a lo argumentado, desde mi punto de vista no podemos olvidar que los tratados firmados entre una serie determinada de Estados, con el paso del tiempo podrían cristalizar en derecho consuetudinario, por lo que en tal caso la jurisdicción implementada en aquellos pasaría de ser *inter partes* a ser universal *in sensu stricto*. De otra parte, no podemos negar que los instrumentos internacionales que regulan los crímenes internacionales y ciertos delitos internacionales podrían contemplar el título jurisdiccional universal desde que surge la obligación de juzgar al responsable cuando se encuentre en el territorio y no se le extradite, siempre y cuando no haya ningún vínculo entre el delito y el Estado del *iudex apprehensionis*. En este supuesto, la jurisdicción universal sería el principal título jurisdiccional a aplicar, sobre todo por la naturaleza del comportamiento punible⁵²⁴. Asimismo, parte de la doctrina entiende que la justicia universal convencional suele ser obligatoria, tanto por el principio de extraditar o juzgar⁵²⁵ como por la norma consuetudinaria *pacta sunt servanda*.

1.3.2. Normas consuetudinarias que justifican la aplicación del principio de justicia universal.

También la costumbre internacional puede ser una fuente válida para que los Estados se atribuyan jurisdicción universal. Estaríamos hablando de

⁵²³ A. J. COLANGELO. 2005, “The legal limits...” *loc cit*, pág. 18 y C. KREß. 2006, “Universal Jurisdiction over international crimes and the Institut de Droit International”, en *Journal of International Criminal and Justice*, Vol. 4, pág. 566.

⁵²⁴ Cfr. J. GENEUSS. 2009, *loc cit*, pág. 956; cfr. A. J. COLANGELO. 2009, “Universal Jurisdiction...”, *loc cit*, pág. 889.

⁵²⁵ B. BROOMHALL. 2003, “International Justice...”, *loc cit*, pág. 106 y 107.

una jurisdicción universal consuetudinaria⁵²⁶. Ciertamente, esta fuente de atribución de jurisdicción se relaciona con los crímenes internacionales que forman parte del derecho consuetudinario, siendo éstos los crímenes de guerra, el genocidio y el crimen de lesa humanidad. Un hecho importante de la justicia universal consuetudinaria es que la misma suele ser facultativa⁵²⁷. La resolución del *Institute of International Law* de 26 de agosto del 2005, nos orienta al respecto al indicar que la jurisdicción universal principalmente está basada en el derecho consuetudinario⁵²⁸. Este derecho consuetudinario constituye la base para legitimar la extensión de la ley penal doméstica de un Estado a hechos ocurridos en el exterior. Sería la norma internacional permisiva.

Los crímenes internacionales que forman parte del derecho consuetudinario son los enunciados en el Estatuto de la CPI, sin perjuicio de considerar que otros injustos puedan o hayan alcanzado ya el *status* de crimen internacional, como podría suceder con ciertos actos de terrorismo internacional y la tortura⁵²⁹. Este tipo de jurisdicción universal está vinculada a la existencia de normas de *ius cogens* y obligaciones *erga omnes*, las cuales concurren en los crímenes internacionales. Por ello, los crímenes internacionales pueden ser perseguidos universalmente, como reconoció el Tribunal Penal Internacional para Yugoslavia en el caso *Furundzia*, al afirmar que los Estados tenían el derecho de perseguir los crímenes internacionales⁵³⁰. Esta facultad surgida del derecho internacional debería reflejarse en el derecho doméstico, es decir, los Estados deberían promulgar normas de atribución jurisdiccional del hecho punible en sí, toda vez que en virtud de la costumbre un tribunal nacional difícilmente podría justificarse su jurisdicción. El valor de la costumbre internacional es relevante, pero los Estados deben incorporarla a su ordenamiento jurídico. Un ejemplo de lo antedicho podemos encontrarlo en

⁵²⁶ Cfr. J. GENEUSS. 2009, *loc cit*, pág. 951.

⁵²⁷ B. BROOMHALL. 2003, “Internacional Justice...”, *loc cit*, pág. 107.

⁵²⁸ C. KREß. 2006, “Universal Jurisdiction...”, *loc cit*, pág. 566.

⁵²⁹ Cfr. A. J. COLANGELO. 2009, “Universal Jurisdictional...”, *loc cit*, pág. 889.

⁵³⁰ Sentencia del TPIY (Trial Chamber) de 10 de diciembre de 1998, *Prosecutor v. Furundzia*, IT-95-17/1-T, pára. 156.

nuestro ordenamiento, ya que el art. 4 de la LOPJ dispone que la jurisdicción se extiende a todas las materias y personas en la forma establecida en la Constitución y en las leyes. Esto nos lleva a considerar la necesidad de que la ley contemple la extensión de la jurisdicción penal, concretando los delitos sobre los que podría extenderse la misma⁵³¹. Desde mi punto de vista, la trasposición de la costumbre al ordenamiento jurídico interno, sobre todo en los países de sistema continental, es necesaria.

1.4. ¿Es la jurisdicción universal una obligación erga omnes impuesta por el derecho internacional a causa de la naturaleza ius cogens de los crímenes internacionales?

1.4.1. *Normas de ius cogens.*

1.4.1.1. Finalidad.

Los crímenes internacionales pueden ser perseguidos en aplicación del principio de justicia universal, al estar regulados en normas internacionales de *ius cogens*, es decir, normas imperativas del derecho internacional, aceptadas y reconocidas por la comunidad internacional, no admitiéndose acuerdo que vaya en contra de las mismas y pudiéndose sólo cambiar en virtud de una norma posterior del mismo rango o *status*, *ex art. 53 del Convenio de Viena de 1969 sobre los Tratados*. En definitiva, son normas taxativas⁵³². El conjunto de normas de *ius cogens* se encuentra actualmente en desarrollo⁵³³, aunque existen diversos ejemplos de normas internacionales que han alcanzado dicho *status*.

⁵³¹ A mayor abundamiento, en el art. 9 de la LOPJ se indica que los Juzgados y tribunales ejercerán su jurisdicción exclusivamente en aquellos casos en que les venga atribuida por esta u otra ley; como se puede apreciar, de nuevo se requiere exclusivamente que la ley sea la norma que determine la jurisdicción de nuestros tribunales, no existiendo acogida para la costumbre internacional.

⁵³² Cfr. A. VERDROSS. 1961, “Derecho internacional...”, *loc cit*, pág. 80; D. SHELTON. 2006, “Normative Hierarchy in International Law”, en *American Journal of International Law*, Vol. 100, nº 2, pág. 297.

⁵³³ M. DIEZ DE VELASCO. 2002, *loc cit*, pág.73.

Además, esta cuestión no resulta pacífica entre la doctrina⁵³⁴. VERDROSS sostuvo que no podía haber un orden jurídico que admitiese tratados entre Estados que estuvieran absolutamente en contradicción con la ética, el derecho natural o moral de la comunidad internacional, ya que los mismos vulnerarían las normas de *ius cogens*⁵³⁵. Como puede apreciarse, para este autor los valores referidos tenían que ser objeto de una protección especial a través del derecho internacional.

Así pues, las normas de *ius cogens* surgen con la finalidad de proteger intereses colectivos esenciales de la comunidad internacional, no intereses particulares de cada Estado, pretendiéndose en todo caso establecer un orden público internacional basado en la adhesión a unos valores comunes mínimos⁵³⁶ que protejan la dignidad del ser humano y los principios humanitarios vitales en caso de conflicto armado. Esta postura se relaciona con una posición iusnaturalista, moralista y ética, la cual ha estado presente durante mucho tiempo en el derecho internacional. Basta con reparar en el art. 3 común de los Convenios de Ginebra de 1949 para apreciar lo dicho. Las normas de *ius cogens* tienen su origen en los horrores acaecidos durante la 2ª Guerra Mundial. Las matanzas en masa de la población civil por razón de su raza o etnia y las violaciones de la dignidad humana, atentando flagrantemente contra los principios humanitarios que regulan los conflictos armados, hizo necesaria la creación de normas imperativas que salvaguardasen estos derechos y valores comunes de toda sociedad civilizada, tanto en el derecho interno de cada Estado, como en el derecho internacional⁵³⁷. La vulneración de estas normas imperativas tendría unas consecuencias distintas a las de cualquier otra violación del derecho internacional, ya que no puede asemejarse la violación grave de los valores fundamentales de la comunidad internacional con una

⁵³⁴ M. A. PETSCHKE. 2010, “Ius cogens as a vision of the international legal order”, en *Selected Works*, pág. 3.

⁵³⁵ A. VERDROSS. 1937, “Forbidden treaties in international law”, en *American Journal of International Law*, Vol. 31, nº 4, pág. 572.

⁵³⁶ M. DIEZ DE VELASCO. 2002, *loc cit*, pág. 73; cfr. A. SAMMONS. 2003, *loc cit*, pág. 132.

⁵³⁷ Cfr. Doc. UN. A/CN.4/SER.A/1976/Add.1 (Part.2), pág. 100, pára. 15.

mera violación del derecho internacional⁵³⁸. Los valores esenciales del orbe internacional y de la dignidad humana no pueden quedar al simple arbitrio de los Estados, deben quedar sometidos a la sociedad internacional en su conjunto, pues afecta a toda ella⁵³⁹. Por ello, cuando un Estado decide aplicar el título jurisdiccional universal para perseguir un crimen o ciertos delitos internacionales, decimos que tal aplicación constituye una *actio popularis* de la comunidad internacional en su totalidad, ya que se está enjuiciando un comportamiento que ha lesionado o puesto en peligro bienes jurídicos de ésta. Otra de las posibles finalidades de las normas de *ius cogens* es resolver un conflicto planteado entre diversas normas a aplicar, debiendo prevalecer siempre aquélla, aún por encima de la propia Carta de Naciones Unidas⁵⁴⁰. En suma, si bien es cierto que una de las características del derecho internacional es la ausencia de jerarquía normativa⁵⁴¹, no es menos cierto que las normas de *ius cogens* deberán prevalecer sobre cualquier otro tipo de norma internacional, salvo que entre en conflicto con una norma del mismo *status*, en cuyo caso deberán aplicarse otra serie de criterios o principios para resolverse el conflicto planteado.

1.4.1.2. Concepto.

Aunque la doctrina no es unánime en establecer una definición de norma de *ius cogens*, no es menos cierto que la aceptación de las mismas dentro del derecho internacional no está cuestionada actualmente. En la Convención de Viena sobre los tratados no se enunciaron ejemplos de normas

⁵³⁸ N. JORGENSEN. 2000, “*The responsibility of states for international crimes*”, London: Oxford University Press, pág. 85.

⁵³⁹ K. ZEMANEK. 2000, “New Trends in the enforcement of erga omnes obligations”, en *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, Vol. 4, pág. 6; A. CEBADA ROMERO. 2002, “Los conceptos de obligación *erga omnes*, *ius cogens* y violación grave a la luz del nuevo proyecto de la CDI sobre responsabilidad de los Estados por hechos ilícitos”, en *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, nº 4, pág. 3 y 4; la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, informe 62/02 de 22 de octubre del 2002, caso 12.285, *caso Michael Domínguez v. Estados Unidos*, sostuvo que las normas *ius cogens* derivan de conceptos jurídicos antiguos de un orden superior de normas jurídicas que las leyes del hombre o las naciones no pueden contravenir y como normas que han sido aceptadas, sea expresamente por tratados o tácitamente por la costumbre, como para proteger la moral pública en ellas reconocidas.

⁵⁴⁰ Doc. UN. A/CN.4/L.682, pág. 213, pára. 367.

⁵⁴¹ D. SHELTON. 2006, *loc cit*, pág. 291.

de *ius cogens*, pero sí se estableció una pequeña orientación sobre el concepto de este tipo de norma internacional, en el sentido de que la misma era imperativa (obligatoria), que no admitía acuerdo en contrario (preferente en su aplicación) y de naturaleza *sui generis*, ya que solo puede ser modificada por otra norma del mismo *status*. En realidad, lo que se determina en el precepto analizado son los efectos de la norma de *ius cogens* en lugar de su definición⁵⁴². El mayor defecto que podemos encontrar en el precepto citado es la carencia de fundamentación alguna a la hora de determinar cuál es el origen de la norma imperativa⁵⁴³. Esta omisión nos conduce a acudir a criterios doctrinales que estipulan que el principal motivo de las mismas es instaurar una serie de normas de obligado cumplimiento, las cuales no pueden ser abolidas ni por el derecho doméstico de los Estados, ni por normas internacionales que no tengan el mismo *status* que aquéllas, no admitiéndose excepciones a la aplicación de tales normas imperativas⁵⁴⁴.

El principal problema consiste en determinar qué normas han alcanzado el *status* de *ius cogens*, toda vez que el convenio de 1969 sobre los tratados omitió este aspecto deliberadamente, dejando a la doctrina y a los tribunales determinar este aspecto. Podemos afirmar, siguiendo los comentarios de la CDI sobre el proyecto de responsabilidad de los Estados del 2001, que los principales ejemplos de norma de *ius cogens* son la prohibición de la agresión, prohibición de la esclavitud y trata de esclavos, el genocidio, la discriminación racial (apartheid), la tortura, las normas fundamentales del DIH y el derecho a la libre determinación⁵⁴⁵. Como puede observarse, el quebrantamiento de la

⁵⁴² Cfr. S. KADELBACH. 2006, “*Ius cogens*, obligations *erga omnes* and other rules. The identification of fundamental norms”, en *The Fundamental Rules of the International Legal Order (ius cogens and obligations erga omnes)*, C. TOMUSCHAT y J.M. THOUVENIN, Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, pág. 29.

⁵⁴³ Cfr. D. SHELTON. 2006, *loc cit*, pág. 302, quien afirma que a lo largo de los diferentes estudios practicados se puede concluir que la doctrina ha sostenido que el origen de estas normas imperativas están en el consentimiento del Estado, en el derecho natural, en el orden internacional público o en el desarrollo de principios constitucionales.

⁵⁴⁴ UN Doc. A/CN.4/SER.A/1976/Add.1 (Part.2), pág. 100, pára.15.

⁵⁴⁵ UN. Doc. A/56/10 de 21 de septiembre del 2001, pág. 305 y ss.; cfr. D. SHELTON. 2006, *loc cit*, pág. 303, quien indica que la doctrina ha abusado mucho del término de norma *ius cogens*, utilizando solamente la CDI dicho término para el genocidio, la esclavitud y la prohibición de la agresión.

mayoría de estas normas conllevará la probable comisión de crímenes y delitos internacionales.

BASSIOUNI ha sostenido que las normas de *ius cogens* ocupan el más alto lugar en la jerarquía normativa del derecho internacional, por lo que constituyen normas imperativas y no derogables⁵⁴⁶. IAN BROWNLIE afirma que son normas de *ius cogens* la prohibición del uso de la fuerza, el derecho en materia de genocidio, el principio de no discriminación racial, los crímenes de lesa humanidad y las normas que prohíben la trata de esclavos y la piratería⁵⁴⁷. Los ejemplos expuestos se refieren a casos concretos en los que se puede analizar si la norma que los regula tiene el carácter de *ius cogens* o no, pero lo más importante, a mi entender, es que el conjunto de normas imperativas enunciadas tienen en común que protegen valores esenciales de la comunidad internacional que están reconocidos universalmente y no a título individual de cada Estado⁵⁴⁸. A partir de este fundamento podremos determinar cuándo una norma es imperativa o no.

1.4.1.3. Práctica judicial sobre normas de *ius cogens*.

Entre las resoluciones judiciales que han relacionado las normas de *ius cogens* con los crímenes internacionales, encontramos el caso *Krupp et al*, en aplicación de la Ley del Consejo del Control Aliado nº 10, en donde se manifestó que cualquier acuerdo con respecto al uso de prisioneros de guerra franceses para el armamento de guerra de Alemania sería manifiestamente *contra bonus mores* y por ende nulo⁵⁴⁹. En el caso *Furundzia* ante el Tribunal Penal Internacional para Yugoslavia se sostuvo que el hecho de que la tortura este prohibida por una norma imperativa de *ius cogens* produce unos efectos a nivel inter-estatal e individual. A nivel individual, esto es, de responsabilidad criminal, parece que una de las consecuencias del carácter *ius cogens* que

⁵⁴⁶ M. C. BASSIOUNI. 1996, "International crimes: *ius cogens*...", *loc cit*, pág. 67.

⁵⁴⁷ I. BROWNLIE. 2008, *loc cit*, pág.515.

⁵⁴⁸ Cfr. K. ZEMANEK. 2000, *loc cit*, pág. 8.

⁵⁴⁹ *Unites States v. Krupp case*. Nº 10, Trials of war criminals Vol. IX, Judgment, pág. 1395.

confiere el derecho internacional a la prohibición de la tortura es que cada Estado tiene la potestad para investigar, perseguir y castigar a los responsables acusados de tortura que estén presentes en el territorio de su jurisdicción⁵⁵⁰. También el TPIY en el caso *Kupreskic*, mantuvo que la mayoría de las normas de derecho internacional humanitario, en particular, las que prohíben los crímenes de guerra, los crímenes de lesa humanidad y el genocidio, son también normas imperativas de *ius cogens*, es decir, tienen un carácter no derogable y superior⁵⁵¹. La CIJ en el caso de las actividades armadas en el Congo, indicó expresamente que las normas relativas al genocidio y la discriminación racial tenían naturaleza *ius cogens*⁵⁵². Dentro de las resoluciones judiciales domésticas podemos referirnos al caso *Arancibia Clavel* de la Corte Suprema de la Nación Argentina, en donde se indicó que las normas de *ius cogens* que castigan el delito de lesa humanidad han estado vigentes desde tiempo inmemorial⁵⁵³, o también el caso *Priebke* del mismo órgano judicial⁵⁵⁴. La resolución de la House of Lords del Reino Unido, de 24 de marzo de 1999, en el caso *Pinochet*, resulta interesante. En el voto de LORD MILLET se indicó que los crímenes prohibidos por el derecho internacional conllevan una jurisdicción universal según la costumbre internacional, siempre que se den dos condiciones. La primera, los crímenes internacionales deben ser contrarios a una norma perentoria de derecho internacional, para infringir el *ius cogens*. La segunda, dichos injustos deben

⁵⁵⁰ Sentencia del TPIY, de fecha 10 de diciembre de 1998, *Prosecutor v. Furundzija*, IT-95-17/1-T, pára. 155 y 156.

⁵⁵¹ Sentencia del TPIY (Trial Chamber), de 14 de enero de 2000, *Prosecutor v. Kupreskic*, IT-95-16-T, pára 520. Ya con anterioridad VERDROSS afirmó que todas las normas de derecho internacional creadas con propósitos humanitarios constituían normas *ius cogens*, cfr. A. VERDROSS. 1966, "Ius dispositivum and *ius cogens* in international law", en *American Journal of International Law*, Vol. 66, n° 1, pág. 59.

⁵⁵² Sentencia de la CIJ, de 3 de febrero de 2006, caso *Armed activities on the territory of Congo*, pára. 64.

⁵⁵³ Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina, resolución de fecha 24 de agosto del 2004, caso *Arancibia Clavel*, considerando 30 del voto del juez A. BOGGIANO.

⁵⁵⁴ Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina, resolución de fecha 2 de noviembre de 1995, caso *Priebke* solicitud de extradición, considerando 70, aquí se indicó que: «El carácter de "ius cogens" de los delitos contra la humanidad lleva implícita su inmunidad frente a la actitud individual de los estados, lo que implica la invalidez de los tratados celebrados en su contra, y la consecuencia de que el transcurso del tiempo no purga ese tipo de ilegalidades. La función del "ius cogens" es así proteger a los estados de acuerdos concluidos en contra de algunos valores e intereses generales de la comunidad internacional de estados en su conjunto, para asegurar el respeto de aquellas reglas generales de derecho cuya inobservancia puede afectar la esencia misma del sistema legal».

ser de tal gravedad y escala que puedan ser considerados propiamente como un ataque contra el orden legal internacional. Por último, también los órganos judiciales españoles se han referido a normas imperativas relacionadas con crímenes internacionales, como ocurrió en la sentencia de la Audiencia Nacional, de 19 de abril de 2005, en el caso *Scilingo*⁵⁵⁵. De todo lo precitado, podemos sostener sin ningún género de dudas, que los crímenes internacionales están contemplados en normas de naturaleza *ius cogens*, y por ende, tendrán una serie de consecuencias jurídicas específicas⁵⁵⁶.

1.4.1.4. Ejemplos de normas de *ius cogens*.

Acudiendo al derecho convencional podemos apreciar la existencia de ciertas normas que, desde mi punto de vista, han alcanzado el rango de norma de *ius cogens*. Dentro del derecho internacional de los derechos humanos existen ciertos derechos que no pueden ser derogados o vulnerados en ninguna circunstancia, ni siquiera en estado de guerra. Asimismo, estos derechos tienen por finalidad el proteger una serie de valores esenciales, como la dignidad humana. Por ejemplo, el art. 2.2 del convenio de 1984 contra la tortura y otros tratos inhumanos o degradantes prohíbe la tortura en toda circunstancia, sin excepción alguna y el art. 4.2 del PIDCP establece que no se admite la suspensión en ningún caso de ciertos derechos. El conjunto de los derechos que no pueden ser abolidos o suspendidos en ningún caso, podrían constituir normas de *ius cogens*, al ser de obligado cumplimiento en cualquier situación, ser imperativas, proteger valores fundamentales de la sociedad internacional como la dignidad humana y estar aceptadas universalmente. Entre tales derechos encontramos el derecho a la vida, la prohibición de torturas, la

⁵⁵⁵ Sentencia de la Audiencia Nacional, de fecha 19 de abril del 2005, caso *Scilingo*, Fundamento de Derecho 4º, pto.1.3., se afirmó que «El Estatuto del CPI, del ICTY y Ruanda ha venido a recoger aquellas normas que incuestionablemente forman parte del "ius cogens" internacional y vienen a definir el "núcleo esencial" de la conducta prohibida u ordenada, al menos desde el punto de vista de la garantía criminal estrictu sensu, aunque estimamos que, al menos en lo que se refiere al Estatuto del CPI, también desde la perspectiva de la garantía penal».

⁵⁵⁶ Cfr. T. MERON. 2006, "The humanization...", *loc cit*, pág. 268, quien sostiene que todo crimen internacional conlleva un quebrantamiento de una norma imperativa.

prohibición de la esclavitud y la trata de esclavos y la libertad de conciencia, religión y pensamiento.

En relación al derecho internacional humanitario, también podemos observar ciertas normas que han podido alcanzar el *status* de *ius cogens*. Por ejemplo el art. 1 común de los Convenios de Ginebra de 1949⁵⁵⁷ establece que «*Las altas partes contratantes se comprometen a respetar y hacer respetar el presente convenio en toda circunstancia*». El art. 6 del CGI indica que se podrán formalizar acuerdos especiales entre las partes en conflicto, pero que en ningún caso podrán acarrear perjuicio o restringir los derechos contemplados en el convenio. El art. 7 del CGI dispone que los derechos reconocidos en el convenio no pueden ser objeto de renuncia alguna total o parcial por las personas a quienes protege. Por último, el art. 3 común a los Convenios de Ginebra afirma que en los casos de conflicto armado interno las personas que no participen directamente en los hostilidades serán en todas circunstancias tratadas con humanidad, e incide en que están y quedan prohibidas en cualquier tiempo y lugar, respecto de las personas referidas, los atentados a la vida, a la dignidad personal, la toma de rehenes, las condenas sin previo juicio y los tratos inhumanos o degradantes. De los preceptos anteriores se deduce la existencia de una serie de derechos que la sociedad internacional ha considerado vitales y esenciales en caso de conflicto armado, por lo que no pueden ser objeto de derogación, vulneración o restricción alguna, ni siquiera a petición de las personas que los disfrutaban, de ahí su carácter de *ius cogens*. El mejor fundamento para considerar tales normas como de *ius cogens* es el hecho de que la mayoría de los tribunales penales internacionales son competentes para juzgar las violaciones de las normas antedichas, las convenciones que los

⁵⁵⁷ Cfr. L. B. DE CHAZOURNES y L. CONDORELLI. 2000, “Common Article 1 of the Geneva Conventions...”, *loc cit*, pág. 70 y ss; defiende la posición de que el término “en toda circunstancia” abarca además de las situaciones de conflicto armado, aquellas otras que pueden surgir en periodos de paz, como podría ser la implementación de las medidas legislativas oportunas para buscar y juzgar a los responsables de infracciones graves del DIH; cfr. T. MERON. 2006, “The humanization...”, *loc cit*, pág. 258, quien sostiene que el art. 1 común a los Convenios de Ginebra de 1949 constituye una obligación *erga omnes*; cfr. J. L. FERNÁNDEZ FLORES y DE FUNES. 2001, “El derecho de...”, *loc cit*, pág. 231.

regulan podrían formar parte del derecho consuetudinario⁵⁵⁸ y los valores protegidos son determinantes para la comunidad internacional, para su progreso y el mantenimiento de su humanidad y civilización⁵⁵⁹.

Siguiendo a BASSIOUNI, para que un crimen internacional haya alcanzado el *status* de norma de *ius cogens* es necesario que el comportamiento en sí perjudique o ponga en peligro la paz y seguridad internacional o atente contra la conciencia de la humanidad. Junto a los anteriores criterios, es importante observar la evolución del derecho internacional y del derecho doméstico en relación a los crímenes internacionales, así como las persecuciones penales que se hayan efectuado por estos comportamientos punibles⁵⁶⁰. En este orden de ideas, es evidente que los crímenes internacionales que han alcanzado el *status* de norma de *ius cogens*, son los contemplados en el Estatuto de la CPI.

Aunque consideremos que los crímenes internacionales forman parte del *ius cogens* actual, hay una connotación que los diferencia, el hecho de que un crimen internacional no puede ser derogado o sustituido, mientras que una norma de *ius cogens* sí puede serlo, por otra de igual rango posterior⁵⁶¹. El genocidio o los crímenes de guerra no podrán nunca dejar de ser hechos punibles bajo el derecho consuetudinario y los principios de humanidad que rigen nuestra sociedad. La anterior conclusión tiene un fundamento jurisprudencial, ya que el TPIY en el caso *Kupreskic* manifestó que la mayoría de las normas internacionales humanitarias, en particular, aquellas que prohíben los crímenes de guerra, los crímenes de lesa humanidad y el genocidio, son normas perentorias, normas de *ius cogens*⁵⁶².

⁵⁵⁸ Nos referimos principalmente a los Convenios de Ginebra de 1949 y a determinados preceptos de los Protocolos Adicionales I y II a tales instrumentos internacionales; cfr. D. SHELTON. 2006, *loc cit*, pág. 305.

⁵⁵⁹ Cfr. M. C. BASSIOUNI. 1996, “International crimes: *ius cogens*...”, *loc cit*, pág. 68.

⁵⁶⁰ *Ibidem*, pág. 69 y 70.

⁵⁶¹ N. JORGENSEN. 2000, *loc cit*, pág. 92.

⁵⁶² Sentencia del TPIY (Trial Chamber), de 14 de enero de 2000, *Prosecutor v. Kupreskic* IT-95-16-T, pára. 520 «...most norms of international humanitarian law, in particular those prohibiting war crimes, crimes against humanity and genocide, are also peremptory norms of international law or *jus cogens*, i.e. of a non-derogable and overriding character».

Un aspecto a considerar en relación al asunto tratado es que las normas de *ius cogens* y aquellas que conllevan obligaciones *erga omnes*, se dirigen tanto a los Estados como a los individuos. Los primeros no podrán apoyarse en normas domésticas para violar o derogar las mismas y los segundos deberán respetarlas, toda vez que las consecuencias que se pueden derivar de su vulneración puede acarrear la correspondiente responsabilidad penal. Por lo expuesto no comparto la opinión de ciertos autores que afirman que la jurisdicción universal no está vinculada a la noción de *ius cogens*, ya que ésta sólo impone límites a los Estados⁵⁶³. Lo anterior no es correcto del todo, ya que como hemos sostenido, las normas imperativas se dirigen tanto a los Estados como a los individuos, teniendo éstos un deber imperioso de cumplirlas y debiendo los Estados velar asimismo por su cumplimiento. En definitiva, si un Estado viola normas de *ius cogens* estaría atentado contra la propia comunidad internacional, por lo que cualquier Estado en representación de ésta podría juzgar dichos comportamientos⁵⁶⁴. El Estado que viola normas imperativas normalmente no las juzgará, circunstancia que conlleva que el resto de Estados puedan actuar en nombre y representación del orbe internacional, asegurando la eficacia del derecho internacional y la protección de la población afectada.

1.4.2. Normas de eficacia *erga omnes*.

Son aquellas obligaciones que se asumen frente a todos, es decir, frente a toda la comunidad internacional, incorporándose valores esenciales de ésta, hecho que justifica que todos los Estados tengan interés jurídico en su cumplimiento⁵⁶⁵. Estas obligaciones se refieren al ámbito de aplicación del derecho pertinente y las posibles consecuencias que se derivan del mismo⁵⁶⁶. Este tipo de obligaciones tiene su origen en el *caso Barcelona Traction* de 1970 seguido en la CIJ. Existen dos tipos de obligaciones. Unas tienen su origen en las relaciones bilaterales entre los Estados. Otras surgen de las

⁵⁶³ Cfr. M. INAZUMI. 2005, *loc cit*, pág. 125.

⁵⁶⁴ Cfr. A. SAMMONS. 2003, *loc cit*, pág. 133.

⁵⁶⁵ Cfr. A. CEBADA ROMERO. 2002, *loc cit*, pág.3.

⁵⁶⁶ Doc. UN. A/CN.4/L.682, pág. 213, pára. 381.

obligaciones para con la comunidad internacional en su conjunto, a causa de los valores en juego. En este sentido, podemos observar que las normas de *ius cogens* y las obligaciones *erga omnes* tienen en común que ambas comprenden normas que protegen valores vitales de la sociedad internacional y principios de humanidad básicos reconocidos por ésta, por lo que muchas de las obligaciones *erga omnes* serán normas imperativas⁵⁶⁷. Pero lo que es claro, es que todas las normas de *ius cogens* conllevan obligaciones *erga omnes*⁵⁶⁸. Empero lo manifestado, debemos incidir en la circunstancia de que tales obligaciones y normas imperativas no son lo mismo, mientras las primeras tienen por finalidad establecer un ámbito de aplicación, sin ser superiores jerárquicamente a ninguna otra, las segundas se refieren a un contenido material concreto, el cual prevalece sobre cualquier otra norma, pudiendo conllevar incluso la nulidad de los tratados que vayan en contra de las mismas, *ex art. 64 del Convenio de Viena de 1969 sobre los tratados*.

El Tribunal Penal Internacional para Yugoslavia sostuvo en el caso *Furundzija* que la prohibición de la tortura impone a los Estados obligaciones *erga omnes*, es decir, obligaciones para con todos los demás miembros de la comunidad internacional. Además, la violación de una obligación de esa naturaleza constituye al mismo tiempo una infracción del derecho correlativo de todos los miembros de la comunidad internacional y genera un derecho a reclamar el cumplimiento que corresponde a todos y cada uno de los miembros, quienes, por tanto, tienen el derecho a reclamar el cumplimiento de la obligación o en cualquier caso a pedir que se interrumpa la violación⁵⁶⁹. Desde mi punto de vista, este fragmento de la sentencia del TPIY es esencial, al apreciarse una de las consecuencias de la comisión de un crimen internacional, a saber, la imposición de obligaciones *erga omnes*, es decir, dirigidas a todos los Estados. Lo antedicho se debe a los valores y principios protegidos por el crimen cometido, que está vinculado directamente con la

⁵⁶⁷ Un Doc. A/CN.4/L.682, pág. 213, pára. 389.

⁵⁶⁸ *Ibidem*, pára. 404.

⁵⁶⁹ Sentencia del TPIY (Trial Chamber), de fecha 10 de diciembre de 1998, *Prosecutor v. Furundzija*, IT-95-17/1-T, pára. 151.

comunidad internacional y afecta a todos los Estados, originándose asimismo una posible reclamación al Estado que ha infringido la norma pertinente, o imponiendo deberes a dicho Estado para que corrija tal violación si ha sido cometida por un ciudadano suyo. Las obligaciones *erga omnes* son una consecuencia de que los crímenes internacionales hayan alcanzado el rango de norma de *ius cogens*⁵⁷⁰. También resulta aconsejable traer a colación un fragmento de la sentencia del TPIY recaída en el *caso Kupreskic*, en donde se afirma que en relación a las normas humanitarias, una consecuencia de su carácter absoluto es que las mismas no poseen obligaciones sinalagmáticas, es decir, bilaterales o recíprocas, sino que imponen obligaciones con respecto a toda la comunidad internacional, con la consecuencia que cada uno de los miembros de dicha comunidad tiene un interés legal en su observancia y está legitimado para demandar tal cumplimiento⁵⁷¹. El fragmento anterior hace clara referencia a la naturaleza *erga omnes* de las principales normas del derecho humanitario.

1.4.3. Consecuencias jurídicas de la violación de normas de *ius cogens* y eficacia *erga omnes*.

Teniendo en cuenta todo lo manifestado, podemos sostener que las consecuencias jurídicas que se derivan de la violación de normas de *ius cogens* y eficacia *erga omnes*, son las siguientes:

- i. El reconocimiento de que en los crímenes internacionales rige el principio de extraditar o juzgar.
- ii. Los límites en la persecución de crímenes internacionales (prescripción y amnistías) deben ser restrictivos, en aras de salvaguardar los derechos de las víctimas y posibles conflictos futuros en concreto.

⁵⁷⁰ Cfr. M. C. BASSIOUNI. 1996, “International crimes: *ius cogens*...”, *loc cit*, pág. 73.

⁵⁷¹ Sentencia del TPIY (Trial Chamber), de 14 de enero de 2000, *Prosecutor v. Kupreskic* IT-95-16-T, pára. 519.

- iii. La comisión de crímenes internacionales lleva aparejada la posible persecución mediante el título jurisdiccional universal⁵⁷².
- iv. Desde el momento en que el propio Estado viola normas de *ius cogens* relativas a crímenes internacionales y ciertos delitos internacionales, no enjuiciando penalmente a los responsables, estaría poniendo en peligro la paz y seguridad internacional; por ello, cualquier Estado en representación de la comunidad internacional podría juzgarlos.

A causa de la evolución de los crímenes internacionales, no podemos negar que los mismos, en particular, los crímenes de guerra, están regulados en normas de *ius cogens*, por una simple razón, el bien jurídico protegido es la paz y seguridad internacional, así como la dignidad del ser humano. Un ataque contra dichos bienes constituye un perjuicio para la población y produce un menoscabo a la sociedad en su conjunto. Junto a lo anterior, la mayoría de los crímenes internacionales llevan aparejada la regla de juzgar o extraditar, por lo que se convertirá en una obligación la misma.

En mi opinión, atendiendo a la universalidad de los tratados que contemplan los crímenes internacionales, los órganos que los han creado (el CSNU en relación al Estatuto del TPIY y del TPIR), la consideración de derecho consuetudinario de algunos de ellos y los bienes jurídicos protegidos de estos, las obligaciones impuestas en los mismos deben ser consideradas como *erga omnes*. Recordemos que el art. 9.1 del Estatuto del TPIY y el art. 8.1 del TPIR establecen la jurisdicción concurrente, por lo que se legitima a los Estados a perseguir los crímenes internacionales contemplados en dichos

⁵⁷² Cfr. A. ORAKHELASHVILI. 2008, “Between impunity...”, *loc cit*, pág. 220. En sentido contrario, cfr. A. ZIMMERMANN. 2006, *loc cit*, pág. 339, aunque dicho autor justifica su posición al entender que los Estados pueden recurrir a otros mecanismos para hacer cumplir una norma *ius cogens*, como podrían ser las contramedidas. En mi opinión, esta postura no está exenta de razón, pero el mero hecho de acudir a las contramedidas no conllevaría que tales Estados pudieran adoptar actuaciones judiciales para hacer cumplir la norma imperativa, entre ellas el empleo de la justicia universal para hacer comparecer ante la justicia a un criminal de guerra que haya cometido infracciones graves del DIH.

textos. Eso sí, no se especifica qué tipo de jurisdicción pueden aplicar, lo que queda claro es que no se excluye la universal. Lo mismo podríamos decir respecto al Estatuto de la CPI, en cuyo Preámbulo se dispone que es deber de todo Estado ejercer su jurisdicción penal contra los responsables de los crímenes internacionales. Como conclusión, la comisión de un crimen internacional y de ciertos delitos internacionales que han alcanzado el rango de norma de *ius cogens*, impone obligaciones *erga omnes* a los Estados, entre las que se encuentra, la facultad y deber, en ciertas ocasiones, de juzgar al responsable del mismo aunque no haya nexo alguno entre éste y el Estado que pretende juzgarlo⁵⁷³, al perjudicar el injusto a la comunidad internacional, siendo indiferente quién haya sido su autor⁵⁷⁴.

2. Clases de jurisdicción universal.

2.1. *Jurisdicción universal absoluta.*

Esta clase de jurisdicción universal⁵⁷⁵, también denominada pura, permite a un Estado enjuiciar crímenes internacionales y ciertos delitos internacionales con independencia del lugar de comisión del mismo y de la nacionalidad del responsable o de la víctima, sin necesidad de existencia de

⁵⁷³ El deber de juzgar se centra básicamente en la comisión de infracciones graves del DIH, mientras que la facultad de juzgar está relacionada con el resto de violaciones graves o no del DIH. Parte de la doctrina considera que es difícil probar la existencia de una norma de *ius cogens* sobre el deber de juzgar violaciones graves del DIH, ya que dicha norma podría ser derogada por la propia Carta de Naciones Unidas, en virtud del art. 103, cfr. Y. NAQVI. 2003, “Amnesty for war crimes: defining the limits of international recognition”, en *Revista Internacional de la Cruz Roja*, Vol. 85, nº 851, pág. 612. En mi opinión, el hecho de que el referido art. 103 de la CNU sea una norma imperativa que prevalece sobre el resto de normas del derecho internacional, no significa que el resto de normas de *ius cogens* no lo sean por una posible modificación sobre éstas a causa del citado precepto de la CNU, toda vez que entonces no existiría ninguna norma de *ius cogens*. Además, la naturaleza de las normas imperativas del DIH están perfectamente relacionadas con la naturaleza de la CNU, por lo que no es posible que la propia CNU derogase tales normas, ya que estaría desnaturalizando sus propios fundamentos y principios; W. A. SCHABAS. 2012, “An Introduction...”, *loc cit*, pág. 90.

⁵⁷⁴ K. C. RANDALL. 1988, *loc cit*, pág. 830 y 831, este autor utiliza la doctrina de la naturaleza *ius cogens* de ciertas normas y de su eficacia *erga omnes* para considerar que en relación a los delitos de terrorismo, los Estados no parte pueden también perseguir dichos hechos punibles, lo que denota que para este autor también aquellos pueden ser perseguidos por la justicia universal.

⁵⁷⁵ Voto particular del Presidente GUILLAUME en el caso *Arrest Warrant* de la Corte Internacional de Justicia de 11 de abril del 2000, pára. 9, pág. 40 y 41.

vínculo alguno o de algún otro tipo de presupuesto exigido por la legislación nacional, en particular, la presencia del responsable dentro del territorio⁵⁷⁶. Normalmente, la jurisdicción absoluta se desplegará cuando ninguna otra preferente esté conociendo de los hechos punibles. En síntesis, en ausencia de un criterio de territorialidad o de personalidad. Este tipo de jurisdicción podría subsanar lagunas de impunidad evidentes, lo que determina su subsidiariedad, a excepción de la jurisdicción absoluta, concurrente y primaria que rige en los Convenios de Ginebra de 1949⁵⁷⁷.

Resulta apropiado efectuar una crítica a la afirmación sostenida por el Juez GUILLAUME, en el caso *Congo v. Bélgica* de la CIJ, quien sostuvo que el derecho internacional desconocía la jurisdicción *absoluta*. En la mayoría de instrumentos internacionales se establece el requisito de la presencia del responsable en el territorio para poder enjuiciarlo, lo que nos conducirá a una jurisdicción universal territorial de carácter subsidiaria o supletoria. Este presupuesto se estableció con la finalidad de que los instrumentos internacionales fuesen ratificados por la mayoría de Estados⁵⁷⁸, ya que muchos de ellos no permiten en su legislación los juicios en ausencia, pero otros sí. Esta sola connotación podría confundirnos sobre el título jurisdiccional aplicable en dichos tratados, al entenderse que en los mismos rige el principio de justicia supletoria. Sin embargo, la naturaleza de los comportamientos punibles que se regulan en algunos de estos tratados, nos trasladará al principio cosmopolita. En ningún momento el derecho internacional prohíbe la jurisdicción universal absoluta. A mayor abundamiento, los tratados internacionales suelen contener una cláusula mediante la cual se posibilita el ejercicio de esta jurisdicción, rezando la misma que «*el presente convenio no excluye ninguna jurisdicción penal ejercida de acuerdo con las leyes*

⁵⁷⁶ Cfr. A. J. COLANGELO. 2005, "The new universal jurisdiction: *in absentia* signaling over clearly defined crimes", en *Georgetown Journal of International Law*. Vol. 36, n° 2, pág. 543; en cualquier caso, debemos distinguir la jurisdicción absoluta de los juicios *in absentia*.

⁵⁷⁷ Cfr. A. PIGRAU SOLÉ. 2009, "La Jurisdicción Universal...", *loc cit*, pág. 71; M. OLLÉ SESÉ. 2008, "Justicia universal...", *loc cit*, pág. 383.

⁵⁷⁸ R. O'KEEFE. 2004, "Universal Jurisdiction...", *loc cit*, pág. 751.

nacionales». Este precepto admite perfectamente que un Estado despliegue la jurisdicción absoluta si su derecho interno lo prevé⁵⁷⁹.

Así pues, el debate debe centrarse en el sentido de entender si es o no apropiado ejercer tal jurisdicción, en lugar de preguntarnos si es posible o no, ya que el derecho internacional no lo prohíbe⁵⁸⁰. Una muestra de lo afirmado aparece en el informe de expertos elaborado por la Unión Europea, sobre el principio de jurisdicción universal, en donde no se requería la presencia del responsable para iniciarse un procedimiento penal⁵⁸¹. La jurisdicción universal absoluta regirá cuando el tratado internacional o ley doméstica no requieran la presencia del responsable en el territorio. En cualquier caso, la presencia del responsable resultará imprescindible en la fase del juicio oral, no así en la fase de instrucción de la causa, la cual no quebrantaría los principales derechos del responsable. La existencia de un juicio en ausencia o rebeldía, sí vulneraría algunos derechos procesales y penales (derecho de defensa y contradicción, entre otros), eso sí, reconociendo que ciertos Estados permiten las condenas en ausencia del responsable penal⁵⁸².

Llegados a este punto, la jurisdicción absoluta puesta en conexión con la fase procesal de instrucción podría constituir una herramienta útil para la persecución de crímenes internacionales y ciertos delitos internacionales. Mientras se efectúan actos de investigación podría cursarse la solicitud de extradición u orden internacional de busca y captura del responsable. Las actuaciones judiciales efectuadas en la fase de instrucción no suelen ser determinantes, toda vez que van encaminadas a preparar la fase posterior, el juicio oral; salvo aquellas diligencias de investigación que tengan

⁵⁷⁹ Cfr. Opinión separada del Juez V.D. WYNGAERT en el caso Arrest Warrant, pára. 61; cfr. A. PIGRAU SOLÉ. 2009, “La Jurisdicción Universal...”, *loc cit*, pág. 68; A. REMIRO BROTONS, 2000, “La responsabilidad penal individual por crímenes internacionales y el principio de jurisdicción universal”, en *Creación de una Jurisdicción Penal Internacional*, Colección Escuela Diplomática nº 4, Madrid, pág. 200.

⁵⁸⁰ Cfr. R. RABINOVITCH. 2004, “Universal Jurisdiction *in absentia*”, en *Fordham International Law Journal*, Vol. 28, nº 2, pág. 500 y ss.

⁵⁸¹ Cfr. Council of the European Union, Brussels 16 April 2009, *The AU-EU Expert Report on the Principle of the Universal Jurisdiction*, 8672/1/09 REV 1, R. 4, pág. 41.

⁵⁸² Cfr. J. GENEUSS. 2009, *loc cit*, pág. 956; I. BLANCO CORDERO. 2007, “Report General...”, *loc cit*, pág. 116.

consideración de pruebas preconstituidas y no puedan ser reproducidas posteriormente en el juicio oral⁵⁸³. Aun estando ausente el responsable en la fase de instrucción, podrían configurarse mecanismos procesales que salvaguardaran los derechos del responsable, como por ejemplo, la designación de oficio de un letrado defensor que le asistiera en la fase de instrucción⁵⁸⁴.

Todo lo contrario opino sobre los juicios en ausencia⁵⁸⁵, ya que éstos no reúnen las garantías penales y procesales suficientes para juzgarse debidamente al responsable, principalmente por que no se le habría escuchado, no pudiendo ejercer su derecho de defensa o incluso de contradicción⁵⁸⁶. Por ello, la presencia del responsable en la denominada fase de juicio oral entiendo que debería ser preceptiva en todo momento y circunstancia. La justicia universal absoluta podría plantear ciertos inconvenientes procesales y de relaciones internacionales entre Estados⁵⁸⁷. Asimismo, podría suponer un esfuerzo notable para los órganos judiciales el instruir un procedimiento penal sabiendo que el imputado no va a comparecer, bien porque se deniegue la solicitud de extradición, bien porque no se tenga conocimiento de donde se encuentra. Por ello, entiendo que la jurisdicción universal territorial es menos problemática.

Un ejemplo de jurisdicción universal absoluta, son los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949⁵⁸⁸, en cuyos art. 49 del CGI, 50 del CGII, 129 del CGIII y 146 del CGIV se establece de forma común que «*Cada una de las*

⁵⁸³ Cfr. V. GIMENO SENDRA. 2004, *loc cit*, pág. 350 y ss. y J. LÓPEZ BARJA DE QUIROGA. 2007, *loc cit*, pág. 755 y 756.

⁵⁸⁴ Cfr. Sentencias del TEDH, de 21 de enero de 1999, caso *Van Geyseghem v. Bélgica* y sentencia del TEDH, de 13 de febrero del 2001, caso *Krombach v. Francia*, en donde se indicó que el derecho a la asistencia letrada es un derecho que no puede perderse aunque el responsable no esté presente en la causa, pudiendo defenderlo aun en su ausencia, en el mismo sentido Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 167/2002 de 18 de septiembre; J. LÓPEZ BARJA DE QUIROGA. 2007, *loc cit*, pág. 603.

⁵⁸⁵ Cfr. R. RABINOVITCH. 2004, *loc cit*, pág. 519.

⁵⁸⁶ Cfr. V. GIMENO SENDRA. 2004, *loc cit*, pág. 205 y ss.

⁵⁸⁷ Cfr. R. RABINOVITCH. 2004, *loc cit*, pág. 527.

⁵⁸⁸ Cfr. J. JORGE URBINA. 2008, “Crímenes de guerra...”, *loc cit*, pág. 261, este autor defiende una jurisdicción universal obligatoria territorial, lo que conllevaría la necesidad de la presencia del responsable dentro del territorio del Estado que pretende juzgarle; el propio autor indica que con respecto a los Convenios de Ginebra la «*competencia universal implicaría que todos los Estados asumen el compromiso de investigar...de enjuiciar a los presuntos responsables de tales crímenes, sobre todo, cuando los acusados de estos hechos delictivos se hallen en el territorio del Estado*»; Cfr. R. RABINOVITCH. 2004, *loc cit*, pág. 506.

Partes Contratantes tendrá la obligación de buscar a las personas acusadas de haber cometido, u ordenado cometer, una cualquiera de las infracciones graves, y deberá hacerlas comparecer ante los propios tribunales, sea cual fuere su nacionalidad. Podrá también, si lo prefiere, y según las disposiciones previstas en la propia legislación, entregarlas para que sean juzgadas por otra Parte Contratante interesada, si ésta ha formulado contra ellas cargos suficientes». Estos preceptos deben completarse con lo dispuesto en el art. 85.1 del Protocolo Adicional I a los Convenios de Ginebra de 1977, relativo a la Protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales (en adelante, PAI), que dispone «*Las disposiciones de los Convenios relativas a la represión de las infracciones y de las infracciones graves, completadas por la presente Sección, son aplicables a la represión de las infracciones y de las infracciones graves del presente Protocolo».* En estos textos internacionales no se exige, en ningún momento, la presencia del responsable dentro del territorio del Estado que pretende juzgarle, ni los vínculos o nexos a los que se hace referencia en la jurisdicción universal relativa. En síntesis, no hay condición alguna para poder aplicar la justicia universal⁵⁸⁹.

Si la comunidad internacional hubiese considerado oportuno incluir estos requisitos lo habría hecho sin ninguna duda, al igual que sucedió en el convenio de 1929 de falsificación de moneda, en el de 1937 de represión del terrorismo o en las numerosas resoluciones y proyectos citados con anterioridad, en los cuales un requisito común de todos ellos era la presencia del responsable dentro del territorio. Los Estados no se olvidaron, simplemente consideraron que a consecuencia de las atrocidades y barbaridades cometidas tras la 2ª Guerra Mundial, ciertos crímenes internacionales no podían quedar sin represión alguna, por lo que no se requirió ningún presupuesto para incoar un proceso penal que tuviese por finalidad perseguir las infracciones graves del

⁵⁸⁹ Cfr. C. C. JOYNER. 1997, “Arresting Impunity...”, *loc cit*, pág. 165, este autor defiende la posición de que el único requisito para que los Estados persigan los crímenes de guerra es que tengan conocimiento de que se hayan presentes en algún Estado. A mi juicio, junto con lo anterior tendríamos que añadir que no se estuviese instruyendo eficazmente una causa penal por tales hechos punibles en otros Estados, tales como el del *forum comissi delicti*, o el de la nacionalidad de las víctimas o del responsable.

DIH. Además, este enjuiciamiento podría ser llevado a cabo por cualquier Estado Parte, toda vez que el hecho ilícito afectaba a la comunidad internacional en su conjunto y no a los Estados en particular. La doctrina está dividida en torno a esta cuestión, un ejemplo evidente de ello es la opinión separada de GUILLAUME en el caso *Congo v. Bélgica* de la Corte Internacional de Justicia, en donde sostuvo que los art. 49 CGI, 50 CGII, 129 CGIII y 146 CGIV no creaban la obligación de buscar, arrestar o perseguir al responsable en los casos en que éste no se encontrase en el territorio del Estado que pretendía juzgarle⁵⁹⁰. Otra parte de la doctrina, piensa lo contrario, es decir, no se requiere la presencia del responsable en el territorio⁵⁹¹. En mi opinión, los meritados Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949 no requieren la presencia del responsable en el territorio por lo siguiente:

- i. Los Convenios de Ginebra de 1949 y el PAI contemplan determinadas infracciones graves del DIH que a causa de su

⁵⁹⁰ Opinión separada del Presidente *Guillaume* en el caso *Arrest Warrant* de la Corte Internacional de Justicia de 11 de abril del 2000, pára. 17, pág. 44. En igual sentido, cfr. M. ABAD CASTELOS. 1998, “La actuación de la Audiencia Nacional española respecto de los crímenes contra la humanidad cometidos en Argentina y Chile: un paso adelante para desandar la impunidad”, en *Anuario de Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, nº 2, pág. 55 y 56; J. FERRER LLORET. 2003, “El principio de justicia universal: su aplicación en España”, en *Cursos de derechos humanos de Donostia-San Sebastián*, pág. 54 a 56; F. PIGNATELLI y MECA. 2003, “La sanción de...”, *loc cit*, pág. 64.

⁵⁹¹ Cfr. E. ORIHUELA CALATAYUD. 2000, “La cooperación internacional...”, *loc cit*, pág. 197; C. PÉREZ GONZÁLEZ. 2009, “*La responsabilidad penal por la comisión de crímenes de guerra: El caso de Palestina*”, Editores: C. PÉREZ GONZÁLEZ y R. ESCUDERO ALDAY, Navarra: Aranzadi, pág. 140 y 155; A. REMIRO BROTONS, 2000, “La responsabilidad penal...”, *loc cit*, pág. 200 y 201; J. JORGE URBINA. 2008, “Crímenes de guerra...”, *loc cit*, pág. 263, como bien manifiesta este autor el derecho internacional no exige en ningún momento la presencia del responsable en el territorio del Estado que pretende juzgarle, cuestión distinta será que los ordenamientos jurídicos de los Estados requieran dicha circunstancia -como ocurre en numerosos supuestos-, la cual, desde mi punto de vista desnaturalizaría el sistema de represión universal de los Convenios de Ginebra de 1949. La implementación de dichos instrumentos internacionales ha sido muy dispar, ya que algunos Estados requieren la presencia del responsable y otros no. En este estado de ideas y teniendo como único horizonte lógico la evitación de la impunidad de tales hechos punibles, lo aconsejable es considerar que en aras de proteger bienes jurídicos cuyo titular es la comunidad internacional, los Estados deberían iniciar los procedimientos penales pertinentes para buscar y juzgar a los responsables de dichos ilícitos, siempre que el Estado del *locus delicti* no esté desarrollando una investigación judicial eficaz; cfr. M^a. D. BOLLO AROCENA. 2004, *loc cit*, pág. 358 y 359.

gravedad, deben ser perseguidas obligatoriamente⁵⁹². Tal mandato aparece regulado expresamente en los convenios.

- ii. La finalidad de los referidos tratados no es otra que «*respetar y hacer respetar el presente convenio en todas circunstancias*», ex art. 1 común a los cuatro Convenios de Ginebra, ya que los mismos regulan las normas esenciales del DIH, las cuales han alcanzado el *status* de normas de *ius cogens*, y a su vez, forman parte del derecho internacional consuetudinario.
- iii. Una interpretación lógica y razonable de los convenios, teniendo en cuenta la finalidad, objeto y fin de los mismos según establece el art. 31.1 del convenio de 1969 sobre el derecho de los tratados, no puede partir del requerimiento de la presencia del responsable en el territorio del Estado que pretende juzgarle. Lo anterior es evidente, toda vez que en los convenios no se requiere tal requisito. Cuestión distinta será que los Estados, en el seno de su legislación, lo incorporen, en cuyo caso, desde mi punto de vista se estaría desnaturalizando⁵⁹³ el sistema de represión penal instaurado en los Convenios de Ginebra, ya que reitero, tal exigencia no se reclama ni fue acordada en su momento por los Estados Parte.
- iv. No hay en el derecho internacional convencional norma alguna que prohíba la denominada jurisdicción universal absoluta. De igual manera, del derecho internacional consuetudinario no se desprende ninguna postura contraria a este tipo de jurisdicción⁵⁹⁴.
- v. La obligación de buscar a los responsables de la comisión de infracciones graves del DIH para hacerlos comparecer ante los

⁵⁹² Cfr. E. KONTOROVICH. 2008, “The inefficiency of universal jurisdiction”, en *University of Illinois Law Review*, nº 1, pág. 408; cfr. W. FERDINANDUSSE. 2009, “The prosecution of grave breaches in national courts”, en *Journal of International Criminal Justice*, nº 7, pág. 723 y; cfr. R. O’KEEFE. 2009, “The grave breaches...”, *loc cit*, pág. 813.

⁵⁹³ C. PÉREZ GONZÁLEZ. 2009, “La responsabilidad penal...”, *loc cit*, pág. 156.

⁵⁹⁴ Cfr. R. RABINOVITCH. 2004, *loc cit*, pág. 510; Dissenting opinion of Judge V.D.WYNGAERT, *case concerning the Arrest Warrant*, judgment of the International Court Justice of 14 february 2002, pára. 44 del voto particular y dissenting opinion of Judges HIGGINS, KOOIJMANS and BUERGENTAL, *Arrest Warrant*, pto. 45.

tribunales de justicia, que se traduce en la implementación de una jurisdicción obligatoria, es una jurisdicción primaria y no subsidiaria o supletoria. La primera obligación del Estado es buscar al responsable, bien fuera o dentro de su territorio para posteriormente juzgarlo y, en su defecto, siempre que así lo prefiera, podrá extraditarlo. Lo anterior conlleva que no sea necesaria la presencia del responsable en el territorio en un primer momento, toda vez que la jurisdicción universal instaurada no es a colación de la regla *aut dedere aut iudicare*, sino que se impone antes la obligación de buscar que cualquier otro acto judicial, particularmente, la extradición⁵⁹⁵.

- vi. Por último, de manera indirecta dichos Convenios inciden en la no necesidad de presencia en el territorio del presunto responsable. En el inciso segundo de los art. 49 CGI, art. 50 CGII, art. 129 CGIII y art. 146 CGIV, se dice que «*Podrá también, si lo prefiere, y según las disposiciones previstas en la propia legislación, entregarlas para que sean juzgadas por otra Parte Contratante interesada, si ésta ha formulado contra ellas cargos suficientes*». Partiendo de la idea de que los Estados Parte tienen la obligación de buscar a los responsables de cometer las infracciones graves del DIH, los Convenios de Ginebra ofrecen a aquéllos la posibilidad de que los entreguen a otros distintos, con el único requisito de que hayan formulado cargos suficientes. Como puede apreciarse, se está legitimando la persecución de tales hechos punibles aunque la persona responsable no esté en el territorio, ya que solo se exige la existencia de cargos para extraditarlo y, evidentemente, desde que hay cargos contra una persona existe un procedimiento penal contra ella. De ahí, que se confirme la idea de que para iniciarse un procedimiento penal por la comisión de infracciones

⁵⁹⁵ Cfr. C. PÉREZ GONZÁLEZ. 2009, “La responsabilidad penal...”, *loc cit*, pág. 155 y 156; C. KREß. 2009, “Reflections on the iudicare limb of the grave breaches regime”, en *Journal of International Criminal Justice*, n° 7, pág. 796.

graves del DIH, el sistema implementado en los Convenios de Ginebra no requiere la presencia del responsable en el territorio del Estado que pretende juzgarle.

2.2. Jurisdicción universal relativa.

En la jurisdicción universal relativa se exigen ciertos vínculos o presupuestos para ejercerse la jurisdicción, tales como que la víctima sea nacional del Estado, que ninguno otro haya iniciado procedimiento penal alguno a fin de averiguar los hechos denunciados, que el autor del delito esté presente en el territorio del Estado que va a ejercer su jurisdicción, que el Estado del *forum delicti commissi* no pueda conocer del mismo o pudiendo conocer no lo haga con las garantías judiciales debidas o que no solicite la extradición del presunto responsable al Estado en dónde se encuentra para así no enjuiciarlo. El principal problema de este tipo de jurisdicción es que suele crear confusión, ya que si se exigen vínculos de nacionalidad con el comportamiento punible, podría estar entrando en juego el principio de personalidad y no el universal. Igualmente, si se exige la presencia del responsable en el territorio estaríamos hablando de la jurisdicción universal territorial.

2.3. Jurisdicción universal territorial.

Es aquella que se fundamenta en el *iudex apprehensionis*, requiriéndose la presencia del responsable en el territorio del Estado que pretende juzgarle, dando igual la nacionalidad de la víctima o del responsable y el lugar en donde cometió el delito. La denominación de justicia universal territorial tiene su razón de ser en el hecho de que sólo puede juzgarse al responsable cuando éste se encuentra dentro del territorio del Estado. El concepto de territorio comprende todos los espacios y lugares referidos en el principio de territorialidad, de ahí la terminología empleada. Esta clase de jurisdicción universal tiene como fuente principal los tratados internacionales que

establecen como criterio de atribución de la jurisdicción universal la presencia del responsable en el territorio⁵⁹⁶. De otra parte, las leyes internas de los Estados también regulan este criterio de atribución de jurisdicción⁵⁹⁷. El principal problema con el que nos podemos encontrar es que la ley doméstica requiera la presencia del responsable en el territorio y los tratados internacionales no exijan este requisito de atribución de jurisdicción, como sucede con las infracciones graves del DIH.

En todo caso, nos deberíamos cuestionar el alcance de la expresión «*que esté presente el responsable en el territorio*», ya que ningún instrumento internacional lo ha clarificado. Tampoco las legislaciones internas ofrecen respuestas satisfactorias a esta expresión. No se determina si deberá estar presente antes de iniciarse un procedimiento penal o sólo cuando se proceda a la apertura del juicio oral⁵⁹⁸. A este respecto, si la ley doméstica exige la presencia del responsable como criterio de atribución jurisdiccional y aquél no se halla presente, no podrá iniciarse procedimiento alguno. Si no lo exige, podría iniciarse la causa penal aun estando ausente el responsable. En este último supuesto, lo aconsejable es que solo se desarrolle la fase instructora del procedimiento, pudiéndose cursar solicitudes de extradición u órdenes internacionales de busca y captura. Una vez concluida la instrucción, si no está presente el responsable, el juicio no debería practicarse.

⁵⁹⁶ Cfr. Convención contra la tortura y otras penas o tratos crueles o degradantes de 1984, art. 5.2; Convención para la represión del apoderamiento ilícito de aeronaves de 1970, art. 4.2; Convención sobre la prevención y el castigo de delitos contra personas internacionalmente protegidas de 1973, art. 3.2, entre otros.

⁵⁹⁷ Cfr. Ley Orgánica 1/2009, de 3 de noviembre, por la cual se modifica el art. 23.4 de la LOPJ, en donde se estipula que: «...Sin perjuicio de lo que pudieran disponer los tratados y convenios internacionales suscritos por España, para que puedan conocer los Tribunales españoles de los anteriores delitos deberá quedar acreditado que sus presuntos responsables se encuentran en España...». Con respecto a este precepto, podemos adelantar que la atribución de jurisdicción no depende de la presencia del responsable en el territorio, al ser un presupuesto alternativo y no preceptivo en todo caso. Nos estaríamos refiriendo a requisitos procesales, toda vez que el art. 23.4 de la LOPJ empieza afirmando que «...será competente la jurisdicción española para conocer de los hechos cometidos por españoles o extranjeros cometidos fuera del territorio nacional susceptibles de tipificarse, según la ley española, como alguno de los siguientes delitos...».

⁵⁹⁸ En el caso *Javor* llevado a cabo ante los tribunales franceses, se determinó que la presencia del responsable debería circunscribirse a cualquier estadio procesal, incluido la fase de instrucción o investigación, este caso judicial determina uno de los pocos antecedentes en que se ha tratado esta cuestión, cfr. M^a. D. BOLLO AROCENA. 2004, *loc cit*, pág. 361.

Normalmente, los Estados se han atribuido una jurisdicción universal territorial, ya que la misma plantea menos inconvenientes políticos o de relaciones diplomáticas con terceros Estados, los cuales podrían ver en el ejercicio abusivo de la misma una intromisión en sus asuntos internos⁵⁹⁹. Entre los defensores de la jurisdicción universal territorial encontramos a CASSESE, quien entiende que el Estado en dónde se encuentra el presunto responsable de crímenes internacionales y ciertos delitos internacionales puede ejercer su competencia jurisdiccional con dos condiciones:

- i. Que el Estado del *locus delicti* no ejerza su jurisdicción ni solicite la extradición del sospechoso.
- ii. Si el Estado del *locus delicti* que pide la extradición, es manifiestamente incapaz de asegurar un proceso equitativo con todas las garantías penales reconocidas en los países civilizados⁶⁰⁰.

La mayoría de los tratados analizados configuran un título jurisdiccional universal territorial. Será de carácter supletorio cuando el Estado se niegue a extraditar al responsable y por ello lo juzgue. Será de carácter subsidiario cuando el Estado no reciba solicitud de extradición alguna y en defecto de otras jurisdicciones preferentes lo enjuicie. Lo aconsejable es confiar la represión penal de los crímenes internacionales y ciertos delitos internacionales, a los tribunales de los Estados afectados o perjudicados, y sólo cuando dichos Estados no muestren interés en juzgarlos, a fin de que éstos no queden impunes, se podría aplicar la jurisdicción universal, siempre que el

⁵⁹⁹ Ver la decisión de la Unión africana Africana Assembly/AU/Dec.199 (XI), por la cual se quejan del uso abusivo del principio de jurisdicción universal; cfr. K. AMBOS. 2005, “La implementación del Estatuto de la Corte Penal Internacional en Alemania”, en *Dificultades jurídicas y políticas para la ratificación o implementación del Estatuto de la Corte Penal Internacional*, Editores: K. AMBOS, E. MALARINO y J. WOISCHNIK, Montevideo: Fundación Konrad Adenauer, pág. 23, de una manera lógica defiende este autor que la aplicación del principio de justicia universal no podría vulnerar la regla de no injerencia en asuntos internos, toda vez que la persecución de los crímenes internacionales en aplicación de dicho título jurisdiccional es de interés de toda la humanidad.

⁶⁰⁰ A. CASSESE. 2004, “¿Hay un conflicto insuperable entre la soberanía de los Estados y la justicia penal internacional?”, en *Crímenes Internacionales y jurisdicciones internacionales*, Colombia: Norma S.A., pág. 19 y ss.

responsable se encuentre en el territorio y no se proceda a su extradición⁶⁰¹. Por otro lado, existen legislaciones que no realizan mención alguna sobre la presencia del responsable en el territorio para poder aplicar la jurisdicción universal sobre crímenes de guerra. Estas legislaciones, desde mi punto de vista, estarían implementando correctamente los Convenios de Ginebra de 1949⁶⁰².

Como conclusión, en la resolución del *Institute of International Law* de 26 de agosto del 2005 formalizada en Cracovia, se indicó en el punto 3.b) que aparte de los actos de investigación y petición de extradición, el ejercicio de la jurisdicción universal requiere la presencia del responsable en el Estado que pretende juzgarle. Como se puede apreciar, la necesidad de dicha presencia está relacionada exclusivamente con la fase del juicio oral, en términos estrictos, ya que para los actos de investigación y solicitud de extradición no se requiere tal presencia⁶⁰³. Esta posición me parece razonable. En el Proyecto de Princeton, en el principio 1.2 se establece que la jurisdicción universal puede ser ejercida por un tribunal competente y ordinario de un Estado, siendo necesaria la presencia del responsable ante el mismo⁶⁰⁴. En los comentarios

⁶⁰¹ Hemos de significar que no solo la mayoría de instrumentos internacionales configuran una jurisdicción universal territorial, sino que también las legislaciones domésticas, en su mayoría, requieren la presencia o residencia habitual del responsable en el territorio para aplicar la justicia universal. A modo de ejemplo, entre otros cabe citar el Reino Unido en la *International Criminal Court Act 2001* Chapter 17, Section 51 y 58; Malta *International Criminal Court Act 2002*, Chapter 453, Section 7; La República de Argentina *Ley 26.200 de Implementación del estatuto de la Corte Penal Internacional de 2006*, art. 3 y 4; Bosnia y Herzegovina en el *Código Penal de junio del 2003*, art. 12 y en su *Código de Procedimiento Penal del 2003*, art. 247; Canadá en la *Crimes Against Humanity and War Crimes Act 2000*, Section 8 y 9.2; Sudáfrica en la Ley núm. 27 del 2002 *Implementation of the Rome Statute of International Criminal Court Act 2002*, Section 4; o Suecia en el *Código Penal*, Section 2.3.

⁶⁰² Entre los Estados que no requieren la presencia del responsable en el territorio encontramos, entre otros, Finlandia en su *Código Penal (39/1889)* Section. 7; Nueva Zelanda en la *International Crimes and International Criminal Court Act 2000*, Section 8; Panamá en la Ley núm. 14 del *Código Penal del 2007*, art. 19 a 21; Trinidad y Tobago en la *International Criminal Court Bill 2005*, art. 8; Bostwana en la *Geneva Convention Act 1970*, Section 3; Namibia en la *Geneva Convention Act 2003*, Section 2; Ghana en la *Geneva Convention Act 2009*, Section 1 y Uganda en la *Geneva Convention Act 1964*, Section 1.

⁶⁰³ J. JORGE URBINA. 2008, "Crímenes de guerra...", *loc cit*, pág. 262.

⁶⁰⁴ *Princeton Project on Universal Jurisdiction*. 2001, University of Princeton, New Jersey, principio 1.2: «*Universal jurisdiction may be exercised by a competent and ordinary judicial body of any state in order to try a person duly accused of committing serious crimes under international law as specified in principle 2(1), provided the person is present before such judicial body*».

sobre los principios del Proyecto de Princeton se sostiene la misma posición⁶⁰⁵, ya que la presencia del responsable no es requisito para la atribución de jurisdicción, aunque sí un requisito procesal para celebrar el juicio. Por último, en el informe final emitido por la *International Law Association* en la conferencia de Londres del año 2000, sobre el ejercicio de la jurisdicción universal con respecto a las graves violaciones de derechos humanos, se indicó que la única conexión entre el delito y la persecución del tribunal que pretende aplicar la justicia universal, *puede ser* el requisito de la presencia del responsable dentro de la jurisdicción del Estado que pretende juzgarle. La enfatización efectuada sobre el término “puede ser” es propia, ya que de la misma podría desprenderse que este requisito fuese potestativo; en ningún caso sería una obligación la presencia en el territorio del responsable. La presencia del responsable en el territorio facilitará el procedimiento penal pero no determinará la existencia o no de un título jurisdiccional universal⁶⁰⁶.

3. Postura de la comunidad internacional en relación a la jurisdicción universal.

El reciente estudio que está llevando a cabo la Asamblea General de Naciones Unidas 6ª comisión, en su sexagésimo cuarto período de sesiones⁶⁰⁷, sobre el alcance y aplicación del principio de jurisdicción universal nos puede orientar sobre el sentir de la comunidad internacional con respecto a este título jurisdiccional, cuyo origen se encuentra en una queja formulada por la Unión Africana⁶⁰⁸ a las Naciones Unidas. En dicha queja manifiestan su disconformidad con el uso abusivo de la jurisdicción universal ejercida por ciertos Estados, poniendo en peligro el respeto del derecho internacional, las relaciones internacionales y el desarrollo político, económico y social de los

⁶⁰⁵ *Ibidem*, pág. 44.

⁶⁰⁶ Cfr. A. ORAKHELASHVILI. 2008, “Between impunity...”, *loc cit*, pág. 218.

⁶⁰⁷ Doc. UN. de la AGNU A/63/237, de 3 de febrero de 2009; Doc. UN. A/C.6/64/SR.12 y 13, de 1 de febrero de 2010 y Doc. UN. A/65/181 de 29 de julio del 2010, sobre el “*Alcance y aplicación del principio de la jurisdicción universal*”, Informe del Secretario General.

⁶⁰⁸ Unión africana assembly /AU/Dec.199 (XI) y Assembly/AU/Dec.213 (XII).

Estados de África⁶⁰⁹. Las opiniones formuladas por los Estados en el citado estudio de la Asamblea General de Naciones Unidas consistirían en lo siguiente:

- i. La jurisdicción tiene su origen en la soberanía del Estado para resolver conflictos surgidos en su territorio, ya sea por vía penal o civil. La territorialidad del derecho penal no es un principio absoluto, permitiéndose el ejercicio extraterritorial de la ley penal doméstica en determinados casos (principio de personalidad activa y pasiva, principio de protección y principio de jurisdicción universal)⁶¹⁰.
- ii. El ejercicio de la jurisdicción debe llevarse a cabo bajo el principio de buena fe y respetando el resto de normas vigentes del derecho internacional⁶¹¹.
- iii. El título jurisdiccional de universalidad debe entenderse como un principio del derecho internacional por el cual se otorga a todos los Estados competencia para ejercer, en nombre de la comunidad internacional, jurisdicción penal sobre personas responsables por los crímenes más graves que preocupan a la comunidad internacional, independientemente del lugar de comisión o de la nacionalidad de la víctima o responsable penal⁶¹².
- iv. La prioridad del Estado para conocer de los crímenes más graves corresponde al Estado en dónde se ha llevado a cabo el mismo, toda vez que en éstos es más fácil encontrar pruebas, practicar testificales, ejecutar sentencias y sobre todo el poder mandar un “*mensaje de justicia*” al resto de comunidades afectadas⁶¹³.
- v. Uno de los principales logros del derecho internacional es que los crímenes internacionales no deben quedar impunes, reconociéndose a la jurisdicción universal, como herramienta fundamental en la lucha contra dicha impunidad, siendo también parte importante en la misma,

⁶⁰⁹ Doc. A/63/237, de 3 de febrero de 2009, pára.5.

⁶¹⁰ Doc. UN. A/65/181 de 29 de julio del 2010, *loc cit*, pára.4.

⁶¹¹ *Ibidem*, pára. 5.

⁶¹² *Ibidem*, pára. 12.

⁶¹³ *Ibidem*, pára. 6.

la Corte Penal Internacional, que bajo el principio de complementariedad, consolida la represión universal de tales crímenes internacionales⁶¹⁴.

- vi. El conjunto de delitos de trascendencia internacional grave podrían ser: el genocidio, los crímenes de lesa humanidad, los crímenes de guerra, la tortura, la esclavitud y la piratería. En suma, los delitos susceptibles de ser perseguidos en virtud de la justicia universal deberán ser de carácter grave⁶¹⁵.
- vii. La jurisdicción universal es un mecanismo complementario de la jurisdicción territorial o del resto de principios de extraterritorialidad de la ley penal. Asimismo, el ejercicio de jurisdicción llevado a la práctica por los Tribunales Penales Internacionales (TPIY, TPIR, SCSL...) no se corresponde con la justicia universal, toda vez que ésta es ejercida por los Estados en el ejercicio de su soberanía, ya sea directa o indirectamente (por la ratificación de instrumentos internacionales que regulan el ejercicio de la justicia cosmopolita)⁶¹⁶. Asimismo, muchos Estados consideran que la legitimidad del ejercicio de la jurisdicción universal surge del Estatuto de la CPI, a fin de poder cumplir con el *deber de ejercer jurisdicción sobre los responsables de crímenes internacionales*⁶¹⁷.
- viii. Debe distinguirse la jurisdicción universal del principio *aut dedere aut iudicare*. La diferencia principal es que la jurisdicción universal es un principio que atribuye competencia jurisdiccional, mientras que el principio *aut dedere aut iudicare* es una herramienta de cooperación internacional acordada en múltiples tratados internacionales para evitar la impunidad de ciertos delitos internacionales de carácter grave. De acuerdo con la norma *aut dedere aut iudicare* el Estado que tenga en su poder a un presunto criminal que haya cometido un delito extraditable de conformidad con dicho principio, o juzga en su territorio el mismo,

⁶¹⁴ *Ibidem*, pára 7 y 9.

⁶¹⁵ *Ibidem*, pára. 28.

⁶¹⁶ *Ibidem*, pára. 11.

⁶¹⁷ *Ibidem*, pára. 24.

por lo que debe haberse atribuido la competencia necesaria para llevarlo a efecto, o extradita al presunto criminal a un tercer Estado que tenga la capacidad suficiente para enjuiciarlo.

- ix. El ejercicio de la jurisdicción universal no es absoluto, en cualquier caso deberán respetarse los principios básicos del derecho internacional (inmunidad jurisdiccional, igualdad soberana, no injerencia en asuntos internos, etc.).
- x. Se distinguen dos tipos de jurisdicción universal, la absoluta y la limitada. La primera es aquella que permite juzgar a una persona *in absentia*, mientras que la segunda requiere la presencia del justiciable dentro del territorio que pretender ejercer su competencia jurisdiccional⁶¹⁸. Como norma general, los Estados han requerido la presencia del responsable dentro del territorio. También se distinguió entre una jurisdicción universal legislativa y otra contenciosa. La primera se fundamentaba en la promulgación de una ley interna que faculta a un tribunal para ejercer dicho tipo de jurisdicción. La segunda se refiere a la capacidad de investigar y enjuiciar sin remitirse para nada a la ley interna, basándose exclusivamente en el derecho internacional⁶¹⁹.
- xi. Digno de reseñar es el convencimiento de los Estados de que los crímenes internacionales de competencia de la CPI tenían el carácter de *ius cogens*⁶²⁰, por lo que los mismos pueden ser perseguidos universalmente.

⁶¹⁸ *Ibidem*, pára. 16.

⁶¹⁹ *Ibidem*, pára. 17.

⁶²⁰ *Ibidem*, pára. 26.

CAPÍTULO QUINTO: LA OBLIGACIÓN *AUT DEDERE AUT IUDICARE*.

1. Concepto y antecedentes.

1.1. *Concepto*.

La regla *aut dedere aut iudicare* es aquella obligación alternativa⁶²¹ que tiene un Estado respecto al presunto autor de un determinado hecho punible⁶²² que se halla en su territorio, consistente en extraditarlo o someter el asunto a sus autoridades competentes por los presuntos hechos criminales cometidos⁶²³. Esta obligación aparece recogida en numerosos tratados internacionales que tienen por finalidad establecer una cooperación internacional en la represión de ciertos comportamientos delictivos⁶²⁴, incluidos los Convenios de Ginebra de 1949, donde además se contempla la jurisdicción universal obligatoria para la represión de las infracciones graves del DIH⁶²⁵. Asimismo, la regla *aut dedere aut iudicare* conlleva que un Estado tenga que ejercer su jurisdicción sobre toda persona sospechosa de un crimen de derecho internacional que se encuentre en un territorio sometido a su jurisdicción, en tanto no proceda a extraditarla a un Estado que sea capaz de hacerlo y esté dispuesto a ello, o que la entregue a un tribunal penal internacional que tenga jurisdicción sobre la persona y el delito⁶²⁶.

Dicho lo anterior, podemos observar que la obligación mencionada está conformada por dos acciones estatales y soberanas totalmente distintas, a saber,

⁶²¹ Cfr. L. BENAVIDES. 2001, *loc cit*, pág. 33.

⁶²² M. C. BASSIOUNI. 1995, “*Aut dedere aut iudicare: the duty to extradite or prosecute in international law*”, Londres: Martinus Nijhoff Publishers, pág. 3.

⁶²³ Cfr. M. INAZUMI. 2005, *loc cit*, pág. 121; J.B. ACOSTA ESTÉVEZ. 2007, “Las infracciones graves de los Convenios de Ginebra en el derecho penal español bajo el principio de jurisdicción universal”, en *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, Vol. VII, pág. 25.

⁶²⁴ Doc. UN. A/CN.4/571 de 7 de junio del 2006, “*Informe preliminar sobre la obligación de extraditar o juzgar*”, pára. 4; cfr. A. QUINTANO RIPOLLÉS. 1955, *loc cit*, Tomo II, pág. 193; cfr. R. CRYER *et al.* 2008, *loc cit*, pág. 58.

⁶²⁵ Cfr. J.M. HENCKAERTS y L. DOSWALD-BECK, 2007, *loc cit*, pág. 687.

⁶²⁶ Amnistía Internacional. 2009, “*Comisión de Derecho Internacional: La obligación de extraditar o juzgar (aut dedere aut iudicare)*”, Doc. IOR 40/001/2009, pág. 9.

el ejercicio de la extradición⁶²⁷ y de la potestad jurisdiccional. En cualquier caso, la elección del Estado de una u otra acción conllevará que el presunto responsable sea sometido a la justicia, ya que o es enjuiciado en el Estado detentor del responsable o lo es en otro distinto que esté dispuesto a ejercitar su acción penal. Las acciones estatales referidas se encuentran sometidas a las limitaciones propias de la institución de la extradición y del ejercicio de la jurisdicción⁶²⁸. En síntesis, la obligación *aut dedere aut iudicare* facilita y ayuda el enjuiciamiento de los responsables de ciertos delitos, evitando la impunidad de éstos. Igualmente, constituye un mecanismo de cooperación internacional⁶²⁹ que impide la inactividad del Estado que tiene bajo su jurisdicción al presunto responsable⁶³⁰. La obligación *aut dedere aut iudicare* completa el sistema de eficacia del derecho penal internacional, al comprometerse los Estados a juzgar a los autores de ciertos delitos que se hallen en su territorio⁶³¹. Parte de la doctrina entiende que esta obligación podría considerarse un principio general del derecho, al regular una norma que afecta a toda la comunidad internacional, ya que los crímenes internacionales lesionan bienes supranacionales⁶³². A mi juicio, es preferible considerarla, en relación con los crímenes internacionales, como una norma de derecho consuetudinario.

⁶²⁷ Para un estudio en profundidad de la institución de la extradición, cfr. B. GARCÍA SÁNCHEZ. 2005, “*La extradición en el ordenamiento interno español, internacional y comunitario*”, Granada: Comares, pág. 165 y 136, quien sostiene que la extradición es un acto jurídico, cuya instauración surge por el respeto a las soberanía nacionales. Así pues, este acto podemos afirmar que no pierde la connotación de acto soberano del Estado, sin perjuicio de entender que se trata de un acto jurídico, que está reglado y sometido a determinadas limitaciones.

⁶²⁸ Cfr. I. BANTEKAS y S. NASH. 2007, *loc cit*, pág. 91.

⁶²⁹ Cfr. A. GIL GIL. 2008, “*Informes nacionales...*”, *loc cit*, pág. 130 y A. PIGRAU SOLÉ. 2009, “*La Jurisdicción Universal...*”, *loc cit*, pág. 28.

⁶³⁰ Cfr. A. PIGRAU SOLÉ. 1997, “*Elementos de Derecho Internacional Penal*”, en *Cursos de Derecho internacional de Vitoria Gasteiz*, pág. 149.

⁶³¹ Cfr. E. M. WISE. 1999, “*Aut Dedere aut iudicare: the duty to prosecute or extradite*”, en *International Criminal Law*, Editor: M. C. BASSIOUNI, New York: Transnational Publishers, pág. 16.

⁶³² *Ibidem*, pág. 17.

La regla de extraditar o juzgar tiene su origen en la expresión latina utilizada por GROCIO *aut dedere aut puniere*⁶³³ que significa extraditar o castigar, ya que para este autor todo Estado tenía la obligación general de extraditar o castigar todas las infracciones por las que otro Estado resultaba lesionado⁶³⁴. Según ha transcurrido el tiempo, la obligación de extraditar o castigar se transformó en extraditar o juzgar⁶³⁵. Entiendo que la evolución acaecida ha sido satisfactoria, toda vez que la expresión “castigar” denota la imposibilidad de que el presunto responsable sea inocente de los hechos de los que se le acusa⁶³⁶. Desde el momento en que se cambia el término *puniere* por *iudicare*, estamos concediendo a la persona el derecho a que sea juzgado debidamente, en virtud de los principios reconocidos por las naciones civilizadas, y si del acervo probatorio recabado en el proceso penal no hay pruebas suficientes que demuestren la culpabilidad del responsable, deberá absolverse al mismo⁶³⁷. La finalidad de la obligación *aut dedere aut iudicare* consiste en posibilitar el enjuiciamiento de los responsables de la comisión de ciertos delitos; en síntesis, someterlos a la justicia, con independencia de que se les condene o no.

1.2. Antecedentes.

La obligación *aut dedere aut iudicare* tiene como primeros antecedentes el art. 228 del Tratado de Versalles de 1919, en dónde se reconocía, *inter alia*, que el gobierno alemán debería entregar a las potencias aliadas y asociadas a todas las personas que estando acusadas de haber cometido un acto contrario a las leyes y costumbres de la guerra le fuesen designadas nominativamente, por el grado, función o empleo⁶³⁸. La conminación que se desprende del precepto anterior denota claramente la

⁶³³ H. GROCIO. 1624 “*De iure belli ac Pacis*”, Bk.2, Ch. XXI, §§ 3,4,5 (1) y 5 (3); cfr. M^a. D. BOLLO AROCENA. 2004, *loc cit*, pág. 352; N. R.ARRIAZA. 1990, *loc cit*, pág. 463.

⁶³⁴ Cfr. M. C. BASSIOUNI. 1995, “*Aut dedere aut iudicare...*”, *loc cit*, pág. 4; M. ABAD CASTELOS. 1997, “La toma de rehenes...”, *loc cit*, pág. 235.

⁶³⁵ M. ABAD CASTELOS. 1997, “La toma de rehenes...”, *loc cit*, pág. 242 y 243.

⁶³⁶ Cfr. M. C. BASSIOUNI. 1995, “*Aut dedere aut iudicare:...*”, *loc cit*, pág. 22.

⁶³⁷ Cfr. C. KREß. 2009, “Reflections on...”, *loc cit*, pág. 801.

⁶³⁸ Cfr. F. PIGNATELLI y MECA. 2003, “El Estatuto...”, *loc cit*, pág. 36.

existencia de los primeros pasos del principio estudiado, con la salvedad de que el Estado alemán no podía negarse a conceder la extradición de sus nacionales y someterlos a juicio por sus tribunales⁶³⁹, cosa que actualmente se permite en los tratados internacionales que contemplan la obligación *aut dedere aut iudicare*. Por esto, puede afirmarse que en dicho artículo regía principalmente la obligación *aut dedere*. Con respecto a la obligación *aut iudicare*, el Tratado de Versalles no imponía una obligación al Estado alemán de juzgar a los responsables de violaciones de las leyes y costumbres de la guerra (dicho derecho correspondía a las Potencias aliadas *ex art. 229*). Desde mi punto de vista, la obligación antedicha no se corresponde completamente con el principio que rige actualmente en relación a la obligación de extraditar o juzgar.

Si bien es cierto que el Tratado de Versalles supuso uno de los primeros antecedentes de la obligación *aut dedere aut iudicare* sobre crímenes de guerra, no es menos cierto que este principio, tal y como lo conocemos actualmente, empieza a formarse a raíz del Convenio Internacional para la represión de la falsificación de moneda de 1929⁶⁴⁰ y posteriormente, a consecuencia del Convenio de Ginebra de 1937 sobre la prevención y castigo del terrorismo⁶⁴¹. Se consolida esta obligación sobre la comisión de delitos graves que perjudican a la comunidad internacional en su conjunto, necesitando que ésta se dote de mecanismos de cooperación internacional que aseguren la represión de estos comportamientos punibles.

⁶³⁹ Como puede observarse dicho precepto constituyó una excepción clara a la regla general de no extradición de nacionales, prevaleciendo las disposiciones del derecho internacional sobre las nacionales.

⁶⁴⁰ C. MITCHELL. 2009, “*Aut dedere aut iudicare*: the extradite or prosecute clause in international law”, en *Graduate Institute of International and Development Studies*, nº 2, pág. 9; cfr. E. M. WISE. 1999, *loc cit*, pág. 17.

⁶⁴¹ El art. 10 del Convenio de Ginebra de 1937 sobre la prevención y castigo del terrorismo disponía que «*Foreigners who are on the territory of a High Contracting Party and who have committed abroad any of the offences set out in Articles 2 and 3 shall be prosecuted and punished as through the offence had been committed in the territory of that High contracting Party, if the following conditions are fulfilled namely, that: a) Extradition has been demanded and could not be granted for a reason not connected with the offence itself; b) The law of the country of refuge recognizes the jurisdiction of its own courts in respect of offences committed abroad by foreigners; c) The foreigner is a national of a country which recognizes the jurisdiction of its own courts in respect of offences committed abroad by foreigners*».

Con la aprobación de los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949, la regla *aut dedere aut iudicare* se instala en el ámbito del derecho internacional humanitario, en concreto, en relación a las infracciones graves del DIH⁶⁴², formando actualmente parte del derecho consuetudinario, al haber cristalizado estas normas en costumbre internacional. Los art. 49 CGI, art. 50 CGII, art. 129 CGIII y art.146 CGIV⁶⁴³, contemplan en su primer inciso la jurisdicción universal obligatoria para la persecución de las infracciones graves del DIH, mientras que en el segundo inciso se contempla la cláusula *aut dedere aut iudicare*, al ofrecerse la posibilidad al Estado Parte de entregar al presunto responsable a otro Estado para que sea juzgado debidamente por la comisión de infracciones graves del DIH, con la condición de que existan cargos contra aquél⁶⁴⁴. En cualquier caso, rige la máxima *primo prosequi, secundo dedere*, es decir, en primer lugar se debe buscar y perseguir (efecto de la jurisdicción universal primaria) y, en su defecto, se puede extraditar⁶⁴⁵.

A raíz de la Convención de la Haya de 1970, sobre el apoderamiento ilícito de aeronaves, se instaura la obligación *aut dedere aut iudicare* con un patrón uniforme⁶⁴⁶, el cual se reflejará en posteriores tratados internacionales que tendrán por finalidad evitar la impunidad de crímenes internacionales y delitos de trascendencia internacional⁶⁴⁷. Hemos de significar que algunos instrumentos internacionales solamente establecen la obligación de castigar un hecho punible, no estipulándose nada al respecto sobre una posible extradición

⁶⁴² C. KREß. 2009, “Reflections on...”, *loc cit*, pág. 797; cfr. E. M. WISE. 1999, *loc cit*, pág. 18.

⁶⁴³ Los art. 49 CGI, 50 CGII, 129 CGIII y 146 CGIV establecen que «Cada una de las Altas Partes Contratantes tendrá la obligación de buscar a las personas acusadas de haber cometido, u ordenado cometer, una cualquiera de las infracciones graves, y deberá hacerlas comparecer ante los propios tribunales, sea cual fuere su nacionalidad. Podrá también, si lo prefiere, y según las disposiciones previstas en la propia legislación, entregarlas para que sean juzgadas por otra Parte Contratante interesada, si ésta ha formulado contra ellas cargos suficientes».

⁶⁴⁴ Cfr. C. MITCHELL. 2009, *loc cit*, pág. 11; cfr. M^a. D. BOLLO AROCENA. 2004, *loc cit*, pág. 353.

⁶⁴⁵ C. KREß. 2009, “Reflections on...”, *loc cit*, pág. 797 y 800.

⁶⁴⁶ Cfr. C. MITCHELL. 2009, *loc cit*, pág. 11 y 12; cfr. E. M. WISE. 1999, *loc cit*, pág. 19.

⁶⁴⁷ Parte de la doctrina considera que hay más de 70 tratados internacionales que regulan la cláusula *aut dedere aut iudicare*, cfr. Cfr. M. C. BASSIOUNI. 1995, “Aut dedere aut iudicare...”, *loc cit*, pág. 73, sin embargo, otra parte de la doctrina entiende que solo unos 15 instrumentos internacionales contemplan dicha obligación, cfr. C. MITCHELL. 2009, *loc cit*, pág. 9 y 12.

del responsable en caso de no ser juzgados en su territorio, como sucede con la Convención de 1948 para la prevención y sanción del delito de genocidio (art. 4 y 6 respectivamente)⁶⁴⁸. Sin embargo, con el Convenio de la Haya de 1970 se establece un modelo contemporáneo de la cláusula de extraditar o juzgar⁶⁴⁹. El art. 7 de esta Convención de la Haya dispone que «*El Estado Parte en cuyo territorio sea hallado el presunto delincuente, si no procede a la extradición del mismo someterá el caso a sus autoridades competentes a efectos de enjuiciamiento, sin excepción alguna y con independencia de que el delito haya sido o no cometido en su territorio...*». Como puede apreciarse, los Estados Parte, a la luz del precepto referido, solamente tienen dos opciones si el responsable se encuentra en su territorio, o lo extraditan o lo someten a las autoridades competentes⁶⁵⁰. Para extraditarlo, se necesitará de una solicitud/demanda de extradición⁶⁵¹, por lo que en caso de que ningún Estado la efectúe deberá procederse a la segunda opción, su enjuiciamiento⁶⁵². Aquí juega un papel fundamental la jurisdicción universal, ya que los Estados *ex art. 4.2* de la Convención de la Haya, deberán haber adoptado las medidas legislativas necesarias para dotarse de jurisdicción sobre el hecho punible, por lo que tendrán que haber implementado, entre otros principios jurisdiccionales, el de jurisdicción universal⁶⁵³.

⁶⁴⁸ Cfr. C. MITCHELL. 2009, *loc cit*, pág. 14; cfr. R. CRYER *et al.* 2008, *loc cit*, pág. 59; sin embargo resulta curioso el caso *Nulyarimma*, por la comisión de un crimen de genocidio, en donde los tribunales australianos confirmaron la existencia de la obligación *aut dedere aut iudicare* en relación con dicho crimen con base en el derecho consuetudinario, cfr. *Nulyarimma v. Thomson*, Australian Federal Court (1999) FCA 1192.

⁶⁴⁹ Cfr. L. REYDAMS. 2003, *loc cit*, pág. 61.

⁶⁵⁰ *Ibidem*, pág. 63.

⁶⁵¹ M^a. D. BOLLO AROCENA. 2004, *loc cit*, pág. 354.

⁶⁵² Existe cierto sector doctrinal que considera que cuando no exista solicitud de extradición alguna, el Estado detentor del presunto responsable no tiene la obligación de juzgarlo, cfr. I. BANTEKAS y S. NASH. 2007, *loc cit*, pág. 92. Otra parte de la doctrina al entender que la regla de extraditar o juzgar constituye una norma *ius cogens*, afirman la obligación de someter a la justicia al presunto responsable aunque no exista demanda de extradición, cfr. E. M. WISE. 1999, *loc cit*, pág. 29.

⁶⁵³ Cfr. Amnistía Internacional. 2009, “Comisión de ...”, *loc cit*, pág. 9.

2. Fuentes de la obligación.

La regla *aut dedere aut iudicare* se ha consolidado en virtud de numerosos tratados internacionales de ámbito universal y ratificados por innumerables Estados de distintas regiones con dispares concepciones o estructuras sociales y políticas. La mayoría de los convenios internacionales que establecen la regla de extraditar o juzgar instauran o regulan una jurisdicción penal extraterritorial que puede fundamentarse en diversos títulos jurisdiccionales, como el de personalidad pasiva o activa, e incluso el de jurisdicción universal. El ámbito de aplicación de esta cláusula es muy variada, toda vez que abarca desde el derecho internacional humanitario (Convenios de Ginebra de 1949 y protección de Bienes Culturales en caso de Conflicto Armado) hasta el derecho internacional de los derechos humanos (Convención contra la tortura y Convención contra las desapariciones forzadas), pasando por el conjunto de instrumentos internacionales de lucha contra el terrorismo (Convención para la represión de actos terroristas con bombas, etc.) y ciertos delitos de índole internacional o transnacional (Convención contra delincuencia organizada transnacional). El punto común de todos los instrumentos internacionales mencionados es que prohíben actos que lesionan o ponen en peligro bienes jurídicos de la comunidad internacional, conminándose a los Estados Parte a tipificar en sus ordenamientos estos injustos, para poder enjuiciarlos en determinadas circunstancias. Por ello, entiendo que la obligación *aut dedere aut iudicare* ha podido convertirse en un principio fundamental en la lucha contra ciertos delitos que perjudican a la sociedad internacional en su conjunto, poniéndose fin a la inercia o inactividad de los Estados para perseguir delitos que afectan al orden internacional⁶⁵⁴.

Llegados a este punto, tenemos que preguntarnos si la máxima *aut dedere aut iudicare*, fuera de su origen claramente convencional⁶⁵⁵, ha podido

⁶⁵⁴ Cfr. G. RODRÍGUEZ MOURULLO. 1978, *loc cit*, pág. 169, dicho autor sostiene que la extradición es una institución dirigida a combatir la criminalidad en aras del interés mundial; cfr. E. M. WISE. 1999, *loc cit*, pág. 17.

⁶⁵⁵ I. BANTEKAS y S. NASH. 2007, *loc cit*, pág. 91.

cristalizar en derecho consuetudinario, en concreto, en relación con los crímenes internacionales. Desde el punto de vista internacionalista, parte de la doctrina considera que dicha cláusula sólo surge convencionalmente⁶⁵⁶, mientras otros entienden que forma parte del derecho consuetudinario⁶⁵⁷. Mantener una posición u otra tendría efectos totalmente opuestos, ya que si entendemos que la máxima sólo surge convencionalmente, entonces sólo los Estados Parte del instrumento internacional al efecto estarían obligados por la misma; mientras que si consideramos que ha cristalizado en derecho consuetudinario, todos los Estados estarían constreñidos a cumplirla⁶⁵⁸.

A mi juicio y con respecto a los crímenes internacionales, la cláusula *aut dedere aut iudicare* formaría parte del acervo consuetudinario. Diversos instrumentos internacionales prohíben una serie de comportamientos que son considerados normas de *ius cogens*, requiriendo la implementación de una serie de mecanismos legales y judiciales. Sin el reconocimiento *erga omnes* de tales medidas, entre las que se encuentra la máxima de extraditar o juzgar, se estarían vaciando de contenido los instrumentos internacionales referidos, ya que quedarían espacios descubiertos para la impunidad de los presuntos responsables; sin perjuicio de considerar que la eficacia *erga omnes* de los crímenes internacionales deriva de su propia naturaleza, al tener un *status ius cogens* estos injustos⁶⁵⁹. Negar la naturaleza consuetudinaria de la regla *aut dedere aut iudicare* en relación con los crímenes internacionales, por entender que tanto la extradición como el enjuiciamiento son una cuestión soberana de carácter convencional⁶⁶⁰, entraría en contradicción con la naturaleza misma de

⁶⁵⁶ L. BENAVIDES. 2001, *loc cit*, pág. 33; cfr. A. QUINTANO RIPOLLÉS. 1955, *loc cit*, Tomo II, pág. 191 y 192; L. OPPENHEIM. 1961, *loc cit*, Tomo I, Vol. II, pág. 269; R. CRYER *et al.* 2008, *loc cit*, pág. 59.

⁶⁵⁷ M. C. BASSIOUNI. 1995, “*Aut dedere aut iudicare...*”, *loc cit*, pág. 73; N. R. ARRIAZA. 1990, *loc cit*, pág. 466; C. ENACHE-BROWN y A. FRIED. 1998, *loc cit*, pág. 627.

⁶⁵⁸ R. CRYER *et al.* 2008, *loc cit*, pág. 60.

⁶⁵⁹ Cfr. M. C. BASSIOUNI. 1996, “International crimes: *ius cogens*...”, *loc cit*, pág. 73.

⁶⁶⁰ Doc. UN. A/CN.4/599 de 30 de mayo del 2008, “*La obligación de extraditar o juzgar*”, pára. 48; la Federación Rusa, aun a pesar de las reticencias mostradas sobre la naturaleza consuetudinaria del *aut dedere aut iudicare*, manifestó que no descartaba a priori la existencia de una norma consuetudinaria que obligase a los Estados a extraditar o enjuiciar con respecto a ciertas categorías de delitos, en concreto, el genocidio, los crímenes de lesa humanidad y los crímenes de guerra, pára. 52 y 55.

estos injustos. Los crímenes internacionales afectan a la comunidad internacional y lesionan bienes jurídicos supranacionales, de ahí la facultad y obligación en determinados casos que tienen los Estados para reprimirlos, con independencia de la nacionalidad de las víctimas, autores y lugar de comisión de los mismos. Los crímenes internacionales están vinculados a la sociedad internacional al proteger valores cardinales de ésta. Por ello, los mecanismos de cooperación internacional, y en concreto, la obligación de extraditar o juzgar, vinculan a todos los Estados⁶⁶¹.

Las razones por las que entiendo que la máxima *aut dedere aut iudicare* en relación con los crímenes internacionales⁶⁶² tendría efectos *erga omnes*, son las siguientes:

- i. Los instrumentos internacionales referidos prohíben determinados comportamientos que atentan contra la dignidad humana, contra derechos humanos básicos y contra la seguridad internacional, poniéndose en peligro el mantenimiento de la paz.
- ii. Los bienes protegidos están vinculados al orden internacional, de ahí que corresponda a cualquier Estado juzgar al responsable de un crimen internacional o extraditarlo⁶⁶³.
- iii. El carácter universal de los instrumentos internacionales que regulan los crímenes internacionales y el número de Estados que forman parte de los mismos, nos orienta sobre una práctica estatal constante (no olvidemos que son más de 20 tratados internacionales los que contemplan la obligación de extraditar o juzgar)⁶⁶⁴.

⁶⁶¹ Cfr. R. CRYER *et al.* 2008, *loc cit*, pág. 60; E. M. WISE. 1999, *loc cit*, pág. 29.

⁶⁶² Cfr. Digesto de jurisprudencia latinoamericana sobre crímenes de derecho internacional, *loc cit*, pág. 224; asimismo, en el Doc. UN A/CN.4/603 de 10 de junio del 2008, el Relator Especial manifestó que parecía haber un interés cada vez mayor entre los miembros de la CDI de considerar la posibilidad de reconocer la naturaleza consuetudinaria de la obligación alternativa estudiada, para ciertos delitos graves, en concreto, los crímenes internacionales reconocidos por el derecho consuetudinario, pára.40.

⁶⁶³ E. M. WISE. 1999, *loc cit*, pág. 20.

⁶⁶⁴ *Ibidem*, pág. 21.

- iv. La naturaleza *ius cogens* de los crímenes internacionales conlleva que todos los Estados deban evitar la impunidad de los mismos⁶⁶⁵. Por ello, deberán enjuiciarlos o caso contrario, extraditar al responsable a otro Estado o a un tribunal penal internacional.
- v. El conjunto de resoluciones vinculantes emanadas del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas en las que se trata esta doble alternativa, nos hace pensar en la obligatoriedad de esta regla. Entre las referidas resoluciones podemos citar, la Res. 748 (1992) de 31 de marzo, la Res. 1054 (1996), de 26 abril, Res. 1267 (1999), de 15 de octubre, Res.1269 (1999), de 19 de Octubre, Res. 1333 (2000), de 19 de diciembre, Res.1373 (2001), de 12 Noviembre, Res. 1456 (2003), de 20 enero, Res. 1502 (2003), de 26 agosto, Res. 1566 (2004), de 8 abril, Res. 1624 (2005), de 14 septiembre, Res. 1674 (2006), de 28 abril y Res. 1738 (2006) de 23 de diciembre. Resulta conveniente significar que la mayoría de estas resoluciones se han promulgado en relación a delitos de terrorismo y crímenes de guerra en conflictos armados.
- vi. Aparte de las resoluciones del Consejo de Seguridad, no podemos obviar diversas resoluciones de la Asamblea General de Naciones Unidas. Por ejemplo, la importantísima Res. 3074 (XXVIII) de la AGNU de 3 de diciembre de 1973, en donde se manifiesta que los *«crímenes de guerra y de lesa humanidad, dondequiera y cualquiera que sea la fecha, en que se hayan cometido, serán objeto de una investigación, y las personas contra las que existan pruebas de culpabilidad en la comisión de tales crímenes serán buscadas, detenidas, enjuiciadas y en caso de ser declaradas culpables, serán castigadas»*. La Res. 2840 (XXVI) de la AGNU de 18 de diciembre de 1971 que instaba a los Estados a cooperar en la persecución y

⁶⁶⁵ Doc. UN. A/CN.4/585 de 11 de junio del 2007, pára. 26, en dónde se afirma que en caso de que la obligación de extraditar o juzgar formase parte del derecho consuetudinario, eso sólo habría ocurrido con respecto a un determinado número de delitos, incluyéndose el terrorismo (pára. 27); cfr. Doc. UN. A/CN4/603 de 10 de junio del 2008, pára. 40; cfr. E. M. WISE. 1999, *loc cit*, pág. 21, como bien indica este autor la regla de extraditar o juzgar constituye el eje principal sobre el cual se sustenta el sistema de justicia internacional dentro de los Estados, es una condición básica para poder hacer efectivo el derecho penal internacional y DIH vigente.

extradición de criminales de guerra afirmando que la «*la negativa de un Estado a cooperar en la detención, extradición, enjuiciamiento y castigo de los culpables de crímenes de guerra es contrario a los propósitos y principios de la Carta de Naciones Unidas, así como a las normas de derecho internacional universalmente reconocidas*». La Res. 2712 (XXV) de la AGNU de 15 de diciembre de 1970 y la Res. 2583 (XXIV) de 15 de diciembre de 1969 y la Res. 2338 (XXII) de 18 de diciembre de 1967, en donde se pone de manifiesto la necesidad de extraditar o juzgar a los criminales de guerra. Estas resoluciones de la AGNU son de vital importancia, ya que las mismas regulan principios generales de cooperación en la comunidad internacional y, éstos han sido implementados en numerosos convenios internacionales. De ahí que pensemos seriamente que los Estados se sienten obligados a cumplir con estos principios⁶⁶⁶, al estar constantemente ratificando tales instrumentos internacionales.

- vii. Existen ciertas resoluciones judiciales que determinan la obligación de extraditar o juzgar, constituyendo un ejemplo claro de que los Estados se sienten conminados a cumplir la misma. Entre dichas resoluciones encontramos, el caso *Polyukhovitch*, en donde la High Court de Australia sostuvo que el Estado tenía el derecho si no una obligación de juzgar a los criminales de guerra⁶⁶⁷. En la causa *Nulyarimma v. Thompson*, el juez WILCOX sostuvo que el Convenio de 1948 de represión del genocidio, constituía una norma de *ius cogens* que imponía al Estado, con base en el derecho consuetudinario, la

⁶⁶⁶ Como ejemplo más característico de la obligatoriedad del *aut dedere aut iudicare*, podemos citar el caso *Lockerbie* ante la CIJ, el cual tras numerosas situaciones litigiosas, concluyó con la aceptación del Estado Libio a extraditar a los presuntos responsables a Escocia, para que fueran sometidos a juicio; ante las previas negativas de Libia a extraditar, el CSNU adoptó varias resoluciones imponiendo sanciones a dicho Estado; este hecho denota la obligatoriedad que se desprende de la obligación alternativa estudiada, cfr. D. F. ORIENTLICHER. 2004, “The future of universal jurisdiction in the new architecture of transnational justice”, en *Universal Jurisdiction: National courts and the prosecution of serious crimes under international law*, *loc cit*, pág. 226.

⁶⁶⁷ *Polyukhovitch v. Commonwealth* (1991) 172 CLR 501 High Court of Australia, pára.22 y ss opinion Justice BRENNAN; L. REYDAMS. 2003, *loc cit*, pág. 90 y 91.

obligación de extraditar o perseguir tales comportamientos⁶⁶⁸. En el caso *Goiburú et al v. Paraguay*, la CIDH indicó que un Estado no puede otorgar protección directa o indirecta a los procesados por crímenes contra los derechos humanos mediante la aplicación indebida de figuras legales que atenten contra las obligaciones internacionales pertinentes. En consecuencia, el mecanismo de garantía colectiva establecido bajo la Convención Americana, en conjunto con las obligaciones internacionales regionales y universales en la materia, vinculan a los Estados de la región a colaborar de buena fe en ese sentido, ya sea mediante la extradición o el juzgamiento en su territorio de los responsables de los hechos del presente caso⁶⁶⁹. El TPIY en el caso *Furundzija* manifestó que la prohibición de la tortura es la de que cada Estado tiene la facultad de investigar, perseguir y sancionar o extraditar a personas acusadas de tortura y que se encuentran presentes en un país bajo su jurisdicción⁶⁷⁰. La CIJ en la causa del Lockerbie trató de puntillas esta obligación. Sin embargo, en los votos particulares de los Jueces WEERAMANTRY y AJIBOLA se indicó que la máxima *aut dedere aut iudicare* era un derecho reconocido en el derecho internacional y considerado por algunos juristas como *ius cogens*. Igualmente, confirmaron la existencia del principio de derecho consuetudinario de estas obligación⁶⁷¹. En Chile, en el caso *Sandoval* la Corte de Apelaciones de Santiago manifestó que el delito de desaparición forzada acarrea la obligación de extraditar o juzgar⁶⁷². En el caso *Disparus de Beach* la Corte de Casación de Francia afirmó la obligación *aut dedere aut iudicare* con respecto al delito de tortura, tipificado en el Código de Procedimiento Penal, cuando el presunto

⁶⁶⁸ *Nulyarimma v. Thompson* (1999) Federal Court of Australia 1192; 39 ILM (2000), 20, pára. 18.

⁶⁶⁹ Sentencia de la CIDH, de 22 de septiembre de 2006, caso *Goiburú y otros Vs. Paraguay*, (Fondo, Reparaciones y Costas), pára. 132.

⁶⁷⁰ Sentencia del TPIY (Trial Chamber), de fecha 10 de diciembre de 1998, *Prosecutor v. Furundzija*, IT-95-17/1-T, pára. 156.

⁶⁷¹ Providencia de la CIJ, de 14 de abril de 1992, *Questions of interpretation and application of the 1971 Montreal Convention arising from the aerial incident at Lockerbie*, pág. 51 y 81.

⁶⁷² Rol N° 11.821-2003 Pronunciada por la Quinta Sala de la Ilma. Corte de Apelaciones de Santiago integrada por los Ministros Montiglio Rezzio, Gómez Sepúlveda y Llanos Mansilla, de 5 de enero del 2004.

responsable se encuentra en Francia⁶⁷³. También es relevante el caso sometido a la CIJ sobre determinadas cuestiones relacionadas con la obligación de extraditar o juzgar, en donde en el voto particular de los jueces KOROMA y YUSUF, se indicó que el caso litigioso planteado ante la Corte por Bélgica contra el Senegal, versaba sobre la obligación convencional y consuetudinaria de extraditar o juzgar⁶⁷⁴. Asimismo, la posición del Reino de Bélgica fue clara, al entender que dicha obligación tenía una base consuetudinaria, formulada en la máxima *iudicare vel dedere*, que exige primero juzgar y luego extraditar⁶⁷⁵.

Junto con las anteriores apreciaciones, conviene recordar que la CDI cuando elaboró el Proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y Seguridad de la Humanidad de 1996 (en adelante, PCCPSH), entendió sin ningún género de dudas que la obligación *aut dedere aut iudicare* había alcanzado naturaleza consuetudinaria, en relación al genocidio, crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra. El art. 9 del PCCPSH disponía que «*Sin perjuicio de la jurisdicción de un tribunal penal internacional, el Estado Parte en cuyo territorio se hallare la persona que presuntamente hubiere cometido un crimen previsto en los art. 17,18,19 ó 20 concederá la extradición de esa persona o la juzgará*». En los comentarios elaborados por la CDI a dicho Proyecto de Código de Crímenes, se indicó que la finalidad de la obligación alternativa no era otra que asegurar que los responsables de crímenes internacionales fuesen sometidos a la justicia, previendo el enjuiciamiento y castigo por una

⁶⁷³ 04-87.245, Arrêt n° 7513 du 10 janvier 2007, Cour de cassation - Chambre criminelle.

⁶⁷⁴ Joint declaration Judges KOROMA and YUSUF, 28 de mayo del 2009, CIJ “*Questions relating to the obligation to prosecute or extradite*”, *Belgium v. Senegal*, Request for the indication of provisional measures, pára. 2, pág. 157.

⁶⁷⁵ Alegaciones orales del Reino de Bélgica en el caso *Belgium v. Senegal* de la CIJ, “*Questions relating to the obligation to prosecute or extradite*”, Doc. CR.2009/08 de 6 de abril del 2009, pág. 21 a 24, en donde se afirma que los crímenes de guerra, de lesa humanidad, genocidio y crímenes de tortura están sometidos a la obligación *aut dedere aut iudicare*. Además se manifiesta que en virtud de los Convenios de Ginebra de 1949 y el Convenio de 1984 de prohibición de la tortura, los crímenes de guerra y los crímenes de tortura se someten a la regla *iudicare vel dedere*, por la cual primero se juzga y luego se extradita, no haciendo falta solicitud de extradición alguna para someter el caso a los órganos judiciales competentes. La naturaleza consuetudinaria de dicha obligación derivaría de la Res. 3074 de la AGNU, del estudio de la CDI sobre el art. 9 del PCCPSH, del preámbulo del Estatuto de la CPI y de la naturaleza consuetudinaria de los tratados citados anteriormente. Todo ello demostraría una *opinio iuris* de los Estados sobre la obligación analizada.

jurisdicción competente⁶⁷⁶. Del mismo modo, el preámbulo del Estatuto de la CPI consolida el criterio fundamental de persecución de cualquier crimen internacional por los tribunales nacionales, lo que nos conduce a considerar que los Estados se sienten obligados por las normas de *ius cogens* que prevén los crímenes internacionales, teniendo que juzgarlos⁶⁷⁷. Así pues, podemos concluir afirmando la naturaleza consuetudinaria de la regla *aut dedere aut iudicare*, en relación con los crímenes internacionales, atendiendo al principio de *civitas máxima*⁶⁷⁸, la naturaleza y gravedad de dichos comportamientos y la respuesta que ha dado el derecho internacional a los mismos a través de las resoluciones del Consejo de Seguridad y de la Asamblea General de Naciones Unidas.

3. Alcance del principio *aut dedere ut iudicare*.

3.1. *La extradición, supuesto español.*

La finalidad de la extradición, como estableció JIMÉNEZ DE ASÚA, se fundamenta en que la territorialidad de las leyes penales, la no ejecución de las sentencias extranjeras y la facilidad de comunicaciones y traslados entre Estados que rige en la actualidad, favorece al criminal para huir de la ley penal aplicable en donde cometió el hecho ilícito⁶⁷⁹. Por ello, se necesita una institución cuya finalidad consista en establecer una cooperación entre Estados para poner fin a la impunidad del criminal⁶⁸⁰. Para RODRÍGUEZ MOURULLO, la extradición consiste en un instrumento dirigido a combatir la criminalidad, llegando a configurarse como una institución de interés

⁶⁷⁶ Doc. UN A/51/10. 1996, pág. 55.

⁶⁷⁷ Cfr. Doc. UN A/65/181 de 29 de julio del 2010, pára. 26; cfr. R. CRYER *et al.* 2008, *loc cit*, pág. 60.

⁶⁷⁸ El principio de *civitas máxima* nos conduce al mantenimiento de ciertos valores y postulados comunes para todos los Estados que conforman la comunidad internacional, a fin de conseguir una convivencia armonizada protegiéndose ideales capitales que nos hemos dado con el devenir del tiempo, normalmente relacionados con normas que han alcanzado el rango de *ius cogens*, cfr. E. M. WISE. 1999, *loc cit*, pág. 23 y ss.

⁶⁷⁹ L. JIMÉNEZ DE ASÚA. 1958, “*Principios de derecho penal. La ley y el delito*”, Buenos Aires: Abeledo Perrot, pág. 176; J. CEREZO MIR. 1998, *loc cit*, pág. 219.

⁶⁸⁰ Cfr. B. GARCÍA SÁNCHEZ. 2005, “*La extradición...*”, *loc cit*, pág. 137.

mundial⁶⁸¹, alcanzando por igual a diversos campos del derecho, como son el internacional, el penal y el procesal⁶⁸², siendo en todo caso, una cooperación o ayuda judicial/policial entre Estados, para impedir que los responsables de ciertos hechos punibles eludan la acción de la justicia de tribunales competentes, al refugiarse en otro país⁶⁸³. Esta institución consistirá en la entrega que un Estado hace a otro de un individuo acusado o condenado por un delito que se encuentra en su territorio, para que en ese país se le enjuicie penalmente o se ejecute la pena conforme a normas preexistentes de validez interna o internacional⁶⁸⁴. En la extradición participan dos Estados. Por un lado, el requirente que es quien efectúa la demanda o solicitud de extradición, al considerarse competente para enjuiciar al responsable. Por otro lado, el requerido que es el Estado en donde se encuentra el presunto responsable. Se trataría de un acto jurídico bilateral sometido al derecho internacional público⁶⁸⁵, en suma, de una asistencia jurídica entre Estados⁶⁸⁶. El Estado requirente puede ser competente en virtud de cualquier título jurisdiccional, incluido la jurisdicción universal, ya sea absoluta o restringida.

La aceptación universal de la extradición está actualmente fuera de toda duda⁶⁸⁷, basándose su fundamento en razones de justicia⁶⁸⁸, al tener por

⁶⁸¹ G. RODRÍGUEZ MOURULLO. 1978, *loc cit*, pág. 169; R. CRYER *et al* 2008, *loc cit*, pág. 79.

⁶⁸² A. QUINTANO RIPOLLÉS. 1955, *loc cit*, Tomo II, pág. 191 y J. C. FERRÉ OLIVÉ. 2000, “La extradición”, en *Crimen Internacional y Jurisdicción Universal, El caso Pinochet*, Valencia: Tirant Lo Blanch, pág. 188.

⁶⁸³ Cfr. F. MUÑOZ CONDE y M. GARCÍA ARÁN. 1998, *loc cit*, pág. 179; A. QUINTANO RIPOLLÉS. 1955, *loc cit*, Tomo II, pág. 193 y M. COBO DEL ROSAL y T.S. VIVES ANTÓN. 1999, *loc cit*, pág. 221 y G. RODRÍGUEZ MOURULLO. 1978, *loc cit*, pág. 167.

⁶⁸⁴ J. J. BUSTOS RAMÍREZ y H. HORMAZABAL MALAREÉ. 1997, *loc cit*, pág. 116; E. CUELLO CALÓN. 1980, *loc cit*, pág. 260; J. C. FERRÉ OLIVÉ. 2000, *loc cit*, pág. 186; M. C. BASSIOUNI. 1969, “A summary of the contemporary American practice and a proposed formula”, en *Wayne Law Review*, Vol. 15, pág. 733 a 735; K. I. REBANE. 1995, “Extradition and Individual Rights: The need for an International Criminal Court to safeguard to individual rights”, en *Fordham International Law Journal*, vol. 19, nº 4, pág. 1636; J. CEREZO MIR. 1998, *loc cit*, pág. 219.

⁶⁸⁵ G. RODRÍGUEZ MOURULLO. 1978, *loc cit*, pág. 169; J.M. RODRÍGUEZ DEVESA. 1986, *loc cit*, pág. 238; J. CEREZO MIR. 1998, *loc cit*, pág. 219.

⁶⁸⁶ L. JIMÉNEZ DE ASÚA. 1958, “Principios de derecho penal...”, *loc cit*, pág. 176 y J. ANTÓN ONECA. 1986, “Derecho penal”, Madrid: Akal, pág. 145.

⁶⁸⁷ Basta con observar el proyecto de “*Tratado modelo de extradición*” aprobado por la AGNU mediante la Resolución núm. 45/116 de 14 de diciembre de 1990, así como los innumerables tratados internacionales sobre cooperación judicial internacional.

⁶⁸⁸ E. CUELLO CALÓN. 1980, *loc cit*, pág. 261.

finalidad la evitación de la impunidad, en aras de la defensa social. Desde un punto de vista constitucional, el art. 13.3 de la CE dispone que «*La extradición solo se concederá en cumplimiento de un tratado o de la ley, atendiendo al principio de reciprocidad. Quedan excluidos de la extradición los delitos políticos, no considerándose como tales los actos de terrorismo*». Del precepto constitucional se entiende que las principales fuentes de esta institución son los tratados internacionales y la ley interna española, que regula la extradición activa (art. 824 y ss. de la LECrim) y la pasiva (Ley 4/1985, de 21 de marzo, de extradición pasiva)⁶⁸⁹. En este orden de ideas, podemos sostener que las principales formas de extradición son la activa y la pasiva⁶⁹⁰. La primera, es aquella que rige desde el punto de vista del Estado requirente, demandante o solicitante; mientras que la segunda, es la que rige desde el punto de vista del Estado requerido o demandado⁶⁹¹. A continuación nos ocuparemos de esta figura jurídica únicamente en lo referente al tema analizado en la presente investigación.

3.1.1. *La extradición activa y el principio de justicia universal.*

En nuestro ordenamiento jurídico la extradición activa está regulada en la LECrim. Esta clase de extradición es fundamental para entender el posible ejercicio de la jurisdicción universal absoluta, especialmente, en los casos en que el presunto responsable no se encuentre en nuestro territorio. En principio, no habría inconveniente en que se incoase un procedimiento penal aun no estando presente el responsable en el territorio, ya que mientras se realizan las

⁶⁸⁹ J. C. FERRÉ OLIVÉ. 2000, *loc cit*, pág. 188, este autor entiende que el precepto constitucional se refiere exclusivamente a la extradición pasiva, aunque del mismo podrían derivarse principios relativos a la extradición activa; cfr. B. GARCÍA SÁNCHEZ. 2005, “La extradición...”, *loc cit*, pág. 79 y ss.

⁶⁹⁰ L. JIMÉNEZ DE ASÚA. 1958, “Principios de derecho penal...”, *loc cit*, pág. 177, sin perjuicio de entender que existen otras clases de extradición, como la de tránsito (aquella que se produce cuando para llegar el justiciable al Estado requirente debe pasar por terceros Estados) o la reextradición (se produce cuando el Estado requirente cuando ha conseguido obtener al justiciable, es a su vez requerido por otro Estado); también existe la extradición judicial, gubernativa y mixta; E. CUELLO CALÓN. 1980, *loc cit*, pág. 261; cfr. B. GARCÍA SÁNCHEZ. 2005, “La extradición...”, *loc cit*, pág. 62 y ss.; J. CERESO MIR. 1998, *loc cit*, pág. 222.

⁶⁹¹ G. RODRÍGUEZ MOURULLO. 1978, *loc cit*, pág. 170 y J. J. BUSTOS RAMÍREZ y H. HORMAZABAL MALAREÉ. 1997, *loc cit*, pág. 116.

primeras diligencias de investigación podría cursarse una solicitud de extradición al Estado detentor del presunto criminal para obtener su presencia⁶⁹². Ahora bien, aun a pesar de la realización de las primeras diligencias de investigación, es indispensable, a fin de cursar una solicitud de extradición, que el responsable haya sido procesado o exista un auto de imputación o de apertura de juicio oral o se haya dictado auto de prisión, en virtud de lo dispuesto en los art. 824 y 825 de la LECrim. Asimismo, sólo podrá pedirse la extradición de extranjeros que debiendo ser juzgados en España, se hubiesen refugiado en un país que no sea el suyo, *ex art. 826.3º* de la LECrim. Ciertamente, el ejercicio de la jurisdicción universal conllevará que el presunto responsable sea extranjero, por ello es imprescindible que éste no se encuentre en su país, por el simple hecho de que normalmente, en materia de extradición, rige el principio de no extraditar nacionales⁶⁹³.

Sin embargo, tal principio de no extradición de nacionales no es absoluto⁶⁹⁴, ya que los Estados cuando formalizan los tratados de extradición y asistencia judicial con otros Estados, suelen dejar un margen de discrecionalidad para extraditar o no a sus nacionales. El art. 1 de la Ley 4/1985 corrobora lo manifestado, ya que indica que *«las condiciones, los procedimientos y los efectos de la extradición pasiva se regirán por la presente ley, excepto en lo expresamente previsto en los tratados en los que España sea parte»*.

⁶⁹² Con la modificación reciente del art. 23.4 de la LOPJ a través de la Ley Orgánica 1/2009, ahora se establece el requisito de la necesidad de que esté presente en nuestro territorio el responsable para que puedan conocer los tribunales españoles, sin perjuicio de lo que pudieran disponer los convenios y tratados internacionales suscritos por nuestro Estado.

⁶⁹³ Cfr. R. CRYER *et al* 2008, *loc cit*, pág. 82; J.M. RODRÍGUEZ DEVESA. 1986, *loc cit*, pág. 249; J. CERESO MIR. 1998, *loc cit*, pág. 223.

⁶⁹⁴ Cfr. B. GARCÍA SÁNCHEZ. 2005, “La extradición...”, *loc cit*, pág. 259 y ss., como bien apunta esta autora al ser los tratados internacionales preferentes a la legislación interna y existiendo instrumentos internacionales suscritos por nuestro Estado que permiten la extradición de nacionales, el principio de no extradición de nacionales no sería insalvable; en cualquier caso, habría que estar a lo dispuesto en los convenios internacionales concretos, ya que algunos se remiten a la legislación interna como el suscrito con EE.UU de 1988 o el de la República Dominicana de 1981.

A su vez, el art. 826.3º de la LECrim establece que procederá la extradición cuando el extranjero deba ser juzgado en España y se encuentre refugiado en un país que no sea el suyo. Parte de la doctrina considera que este precepto produce un efecto discriminatorio respecto de los nacionales, toda vez que la extradición del extranjero puede ser solicitada en todos los casos en que deba ser juzgado en España, lo que incluye la posible aplicación del principio de justicia universal; mientras que en relación a los nacionales, la extradición se pedirá en circunstancias tasadas. Así pues, se ha sostenido que la solicitud de extradición de un extranjero debería pedirse, únicamente, en los mismos casos que para nuestros nacionales, es decir, cuando haya cometido un delito en España y cuando haya cometido en el extranjero un delito contra la seguridad exterior del Estado⁶⁹⁵. Incluso, se ha sostenido que el art. 826.3º regula exclusivamente el principio de no extradición de nacionales⁶⁹⁶. Desde mi punto de vista, hemos de interpretar el anterior precepto sin confundirlo con el art. 23.4 de la LOPJ, el cual constituye una norma de atribución de competencia de nuestros órganos judiciales, particularmente, de asunción de jurisdicción para aquellos crímenes que atentan contra la comunidad internacional. Desde el momento en que nuestros órganos judiciales tengan competencia para conocer de un crimen internacional cometido por un extranjero y éste no se halle en España, la institución de la extradición favorecerá su presencia a fin de poder juzgarle.

En cualquier caso, la interpretación que debería efectuarse del meritado art. 826.3º de la LECrim, a fin de obtenerse una aplicación coherente del mismo, consistiría en entender que la extradición, en relación a ciudadanos españoles, podría solicitarse en toda circunstancia desde que nuestros órganos judiciales tengan competencia para conocer del delito cometido. De esta manera no habría discriminación alguna con respecto a los extranjeros. Parece lógico entender que si nuestro Estado puede solicitar la extradición de un extranjero, siempre que los órganos judiciales españoles sean competentes para

⁶⁹⁵ E. GIMBERNAT ORDEIG. 1990, “Algunos problemas de extradición en el Derecho Español”, en *Estudios de Derecho Penal*, pág. 135 y 136.

⁶⁹⁶ B. GARCÍA SÁNCHEZ. 2005, “La extradición...”, *loc cit*, pág. 133.

conocer del mismo, también puede demandar la extradición de un nacional suyo que se halle refugiado en el extranjero, siempre que nuestros órganos judiciales sean competentes para conocer del delito en cuestión. En definitiva, la aplicación del principio de justicia universal conllevaría que nuestros órganos judiciales pudieran pedir la extradición de cualquier extranjero que se encontrase en un país distinto del suyo.

Asimismo, el precepto analizado impone el requisito de que el hecho criminal deba ser juzgado en España. En mi opinión, este deber surgiría cuando el injusto se hubiera cometido en territorio español o cuando la persecución del mismo venga impuesta por el derecho internacional. De cualquier forma, la doctrina ha mantenido el criterio de que la extradición activa suele ser facultativa, ya que el pedir siempre es libre⁶⁹⁷. Esta afirmación se consagra en el art. 826 de la LECrim, el cual indica que «*podrá pedirse o proponerse la extradición...*». No se utiliza el término *deberá*, lo que denotaría una conminación clara. En relación al derecho internacional, la mayoría de tratados internacionales tampoco establecen una obligación de solicitar la extradición, ya que el principio *aut dedere aut iudicare* constituye un mandato para extraditar o juzgar cuando el responsable se encuentre en el territorio, sin que conlleve en ningún momento obligación alguna de los Estados para que cursen tal solicitud de cooperación/asistencia judicial. Los convenios internacionales suelen indicar que desde el momento en que se tengan noticias de que en el territorio de un Estado Parte se halla el presunto responsable de un delito, aquél tomará las medidas necesarias para investigarlo, asegurando la presencia del responsable a efectos de su enjuiciamiento o extradición⁶⁹⁸. Así pues, las obligaciones que impone el derecho internacional recaen en la órbita del Estado detentor del presunto responsable, quién tendrá que adoptar las medidas oportunas para juzgar a dicha persona si no lo extradita.

⁶⁹⁷ G. RODRÍGUEZ MOURULLO. 1978, *loc cit*, pág. 170.

⁶⁹⁸ A modo de ejemplo, entre otros, podemos referirnos al art. 6 del Convenio de 1970 para la represión del apoderamiento ilícito de aeronaves; art. 6 del Convenio de 1971 para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de la aviación civil internacional; art. 6 del Convenio de 1973 sobre la prevención y castigo de delitos contra las personas internacionalmente protegidas; art. 6 del Convenio contra la tortura y otras penas o tratos crueles y degradantes y; art. 7 del Convenio de 1997 para la represión de los atentados terroristas con bombas.

Todo lo contrario debe sostenerse respecto de los Convenios de Ginebra de 1949. La obligación de buscar, incardinada en dichos tratados internacionales, conllevará el cursar las solicitudes de extradición pertinentes, ya que sin las mismas resultaría imposible cumplir este mandato, quedando vacío de contenido este precepto. Teniendo en cuenta que los Convenios de Ginebra de 1949 tienen efectos *erga omnes*, podríamos sostener que en relación con la persecución de infracciones graves del DIH, rige la obligación de solicitar la extradición de los responsables, siempre y cuando los mismos no estén siendo juzgados debidamente por estos hechos punibles en otras instancias judiciales preferentes, tales como la jurisdicción del *locus delicti*⁶⁹⁹ o de un tribunal penal internacional. Los Convenios de Ginebra de 1949 imponen un deber activo, no pasivo, que debería traducirse en constantes actuaciones judiciales tendentes a averiguar el paradero de los responsables criminales para llevarlos ante la justicia, siempre que no estén siendo juzgados debidamente. Lamentablemente, podemos acreditar que la *praxis* de los Estados no es tal, ya que éstos no inician de oficio actuaciones judiciales, debiendo ser los perjudicados quienes inciten la incoación de los procedimientos, quedando muchos de los crímenes de guerra cometidos sin juzgar.

Los art. 26 y 27 del Convenio de Viena sobre el derecho de los tratados de 1969, regulan principios básicos del derecho convencional, tales como la máxima *pacta sunt servanda* o la prohibición de invocar el derecho interno como justificación para no cumplir lo estipulado en el tratado. Llegados a este extremo, y siendo conscientes de las obligaciones contraídas por los Estados en virtud de los Convenios de Ginebra de 1949, aquellos que no las cumplan podrían estar comprometiendo su responsabilidad internacional, al omitir obligaciones derivadas de estos instrumentos internacionales, toda vez que la finalidad primordial de los mismos es la búsqueda de dichos criminales de guerra.

⁶⁹⁹ E. CUELLO CALÓN. 1980, *loc cit*, pág. 265.

Como conclusión, la solicitud de extradición deberá ser cursada a través del Ministerio de Justicia (quién no tiene potestad para detenerla u oponerse a la misma⁷⁰⁰) a instancia del Ministerio Fiscal que se le deberá solicitar al juez o tribunal competente⁷⁰¹, salvo que exista un tratado internacional que faculte al órgano judicial a relacionarse directamente con otros órganos judiciales de terceros Estados. Ciertamente, en el marco de la Unión Europea la orden europea de detención y entrega es un instrumento más eficaz en la persecución de criminales de guerra⁷⁰² que la institución de la extradición. Las solicitudes de entrega de estos responsables se cursarán directamente entre los órganos judiciales competentes (en el caso español, son autoridades judiciales de ejecución la Audiencia Nacional y los Juzgados Centrales de Instrucción, *ex art. 2.2. de la Ley 3/2003, de 14 de marzo sobre la orden europea de detención y entrega*⁷⁰³).

3.1.2. *La extradición pasiva y el principio de justicia universal.*

En esta clase de extradición las principales obligaciones recaen en el Estado detentor del presunto responsable, a quién le requieren la entrega del mismo para su sometimiento a la acción de la justicia en terceros Estados. La extradición pasiva está vinculada con la obligación *aut dedere aut iudicare* y con el principio de justicia universal. En virtud de los instrumentos internacionales que contemplan esta obligación, los países deberán someter a sus autoridades competentes a efectos de enjuiciamiento o del ejercicio de la acción penal, al responsable que no sea extraditado, por lo que si se da el caso, el Estado detentor deberá ostentar la jurisdicción suficiente para conocer de tales hechos punibles, incluida la universal.

⁷⁰⁰ J. C. FERRÉ OLIVÉ. 2000, *loc cit*, pág. 185; E. GIMBERNAT ORDEIG. 2000, “Sobre algunos problemas jurídicos del caso Pinochet”, en *Crimen Internacional y Jurisdicción Universal. El caso Pinochet*, Valencia: Tirant Lo Blanch, pág. 56 y 57.

⁷⁰¹ B. GARCÍA SÁNCHEZ. 2005, “La extradición...”, *loc cit*, pág. 134; A. QUINTANO RIPOLLÉS. 1955, *loc cit*, Tomo II, pág. 177.

⁷⁰² El art. 9.1 de la Ley 3/2003, de 14 de marzo sobre la orden europea de detención y entrega, establece como hechos que dan lugar a la entrega todos los delitos de competencia de la Corte Penal Internacional.

⁷⁰³ Para un estudio en detalle de este nuevo instrumento, cfr. B. GARCÍA SÁNCHEZ. 2005, “La extradición...”, *loc cit*, pág. 415 y ss.

El contenido de la Ley 4/1985 tiene su origen, fundamentalmente, en los tratados internacionales⁷⁰⁴ suscritos por España, principalmente, el Convenio Europeo de Extradición de 1957 (en adelante, CEE)⁷⁰⁵. En el ámbito regional de la Unión Europea, el CEE tiene un papel esencial en la lucha contra la impunidad de la comisión de crímenes internacionales, ya que el art. 1 del CEE establece la obligación a las Partes contratantes de entregarse recíprocamente a las personas a quienes las autoridades judiciales de la Parte requirente persiguieren por algún delito, quedando excluidos los delitos políticos y los militares (art. 3 y 4 del CEE)⁷⁰⁶. Resulta importante significar que dentro de los delitos militares no tendrán acogida los crímenes de guerra, ya que los mismos constituyen infracciones o violaciones de las leyes y costumbres de la guerra o del derecho internacional humanitario, aun a pesar de que aparezcan tipificados en la normativa penal militar, como ocurre con nuestro Código Penal Militar en los art. 69 a 78. Los delitos militares propiamente dichos, serán aquellos que afecten, entre otros, a la disciplina, jerarquía, servicio y orden de las Fuerzas Armadas⁷⁰⁷.

Así pues, los hechos que pueden dar lugar a la extradición son aquellos comportamientos punibles que están castigados con una pena superior al año de prisión o cuando la condena a cumplir sea superior a cuatro meses (art. 2 del CEE). Con respecto a los crímenes internacionales, estos no se considerarán delitos políticos, en virtud de lo establecido en el Protocolo adicional al Convenio Europeo de Extradición. Además, en relación con los crímenes de guerra se contempla un catálogo amplio de los mismos, toda vez que se incluyen las infracciones graves del DIH y cualesquiera violaciones análogas de las leyes y costumbres de la guerra en vigor que no estén ya previstas por los Convenios de Ginebra.

⁷⁰⁴ Cfr. J.M. RODRÍGUEZ DEVESA. 1986, *loc cit*, pág. 241; B. GARCÍA SÁNCHEZ. 2005, “La extradición...”, *loc cit*, pág. 99, esta autora defiende la posición de que la ley interna española será complementaria de los tratados internacionales suscritos por nuestro Estado.

⁷⁰⁵ J. CEREZO MIR. 1998, *loc cit*, pág. 237.

⁷⁰⁶ Cfr. B. GARCÍA SÁNCHEZ. 2005, “La extradición...”, *loc cit*, pág. 361 a 389.

⁷⁰⁷ J. CEREZO MIR. 1998, *loc cit*, pág. 233.

Nótese que sobre la extradición de nacionales rige un principio facultativo, ya que queda a discreción del Estado requerido el extraditarlo o no. En cualquier caso, si decide el Estado no extraditarlo deberá someterlo a sus autoridades competentes para procederse judicialmente contra él⁷⁰⁸, siempre que se lo haya pedido la parte requirente (art. 6.2 del CEE). Este hecho conllevará que los tribunales internos tengan atribuida jurisdicción suficiente para conocer de la causa, básicamente, una jurisdicción extraterritorial basada en el principio de personalidad activa. Si acudimos por ejemplo al tratado de extradición y asistencia judicial con la República de la Argentina de 1987, en su art. 7 se establece que *«Cuando el reclamado fuese nacional de la Parte requerida, ésta podrá rehusar la concesión de la extradición de acuerdo a su propia Ley. La cualidad de nacional se apreciará en el momento de la decisión sobre la extradición' y siempre que no hubiera sido adquirida con el fraudulento propósito de impedir aquella. 2. Si la Parte requerida no accediere a la extradición de un nacional por causa de su nacionalidad deberá a instancia de la Parte requirente, someter el asunto a las autoridades competentes a fin de que pueda procederse judicialmente contra aquel»*. Como puede apreciarse, no es obligatoria la no extradición de nacionales, es una cuestión potestativa⁷⁰⁹ que en caso de no concederse conllevará que el responsable sea sometido al imperio de la ley del Estado que no la ha concedido, previa solicitud del Estado requirente. En síntesis, en la extradición pasiva la principal fuente la constituyen los tratados internacionales y posteriormente la ley nacional⁷¹⁰.

De otra parte, el art. 3.1 de la Ley 4/1985 establece que *«No se concederá la extradición de españoles, ni de los extranjeros por delitos que*

⁷⁰⁸ E. CUELLO CALÓN. 1980, *loc cit*, pág. 267 y J. ANTÓN ONECA. 1986, *loc cit*, pág. 147; los principios en los que se sustenta la no extradición de nacionales pueden sintetizarse en el derecho del Estado a juzgar a sus súbditos, la dignidad nacional, derecho del ciudadano a habitar en su patria, etc. Sin embargo, actualmente cobra mayor fuerza la posición de que el Estado del *fórum delicti commissi*, es el mejor posicionado para juzgar un crimen, de ahí, que exista la posibilidad de extraditar a los nacionales, ya que en dicho Estado se encuentra el acervo probatorio del hecho punible.

⁷⁰⁹ Cfr. B. GARCÍA SÁNCHEZ. 2005, “La extradición...”, *loc cit*, pág. 265; E. CUELLO CALÓN. 1980, *loc cit*, pág. 266.

⁷¹⁰ J. J. BUSTOS RAMÍREZ y H. HORMAZABAL MALAREÉ. 1997, *loc cit*, pág. 117.

corresponda conocer a los tribunales españoles, según el ordenamiento nacional». El precepto anterior denota cierta ambigüedad. Si bien es cierto que en relación a los nacionales no habría inconveniente alguno, ya que se trataría de un principio asentado en el derecho convencional, no es menos cierto que la no extradición de extranjeros por delitos de los que corresponda conocer a nuestros tribunales podría resultar excesivo. ¿Qué debemos entender por la expresión “*corresponda conocer a nuestros tribunales*”? Partiendo de lo enunciado en el art. 23 de la LOPJ, correspondería conocer a nuestros tribunales de los delitos cometidos por extranjeros en territorio nacional o a bordo de buques o aeronaves españolas (art. 23.1 de la LOPJ) y del resto de delitos previstos en el art. 23.3 y 23.4 de la LOPJ en las circunstancias previstas en dichos preceptos⁷¹¹.

En principio, los extranjeros que cometieran alguno de los hechos punibles precitados y reuniesen los requisitos estipulados podrían ser juzgados por nuestros tribunales⁷¹², por lo que si nuestro Estado no concediese su extradición debería juzgarlos, siempre que lo solicitase el Estado requirente, *ex* art. 3.2 de la Ley 4/1985. Entiendo que en relación a los crímenes

⁷¹¹ Los delitos cometidos por extranjeros de los que pueden conocer nuestros órganos judiciales son: delitos cometidos por extranjeros fuera del territorio nacional, susceptibles de tipificarse según la ley penal española como delitos de traición y contra la paz o independencia del Estado, delitos contra el titular de la Corona, su Consorte, su Sucesor o el Regente, delitos de rebelión y sedición, delitos de falsificación de moneda, delitos de atentado contra autoridades o funcionarios públicos españoles y delitos relativos al control de cambios siempre que el responsable no haya sido absuelto, indultado o penado en el extranjero, o en este último caso, no haya cumplido la pena (art. 23.3. de la LOPJ); y por último, nuestros tribunales también conocerán de los siguientes delitos cometidos por extranjeros fuera del territorio nacional: genocidio y lesa humanidad, terrorismo, piratería y apoderamiento ilícito de aeronaves, delitos relativos a la prostitución y corrupción de menores e incapaces, tráfico ilegal de drogas psicotrópicas, tóxicas y estupefacientes, tráfico ilegal o inmigración clandestina de personas, sean o no trabajadores, los relativos a la mutilación genital femenina, siempre que los responsables se encuentren en España y cualquier otro que, según los tratados y convenios internacionales, en particular los Convenios de derecho internacional humanitario y de protección de los derechos humanos, deba ser perseguido en España; siempre que no haya sido el responsable absuelto, indultado o penado y concurran los siguientes requisitos: sin perjuicio de lo que pudieran disponer los tratados y convenios internacionales suscritos por España, para que puedan conocer los Tribunales españoles de los anteriores delitos deberá quedar acreditado que sus presuntos responsables se encuentran en España o que existen víctimas de nacionalidad española, o constatare algún vínculo de conexión relevante con España y, en todo caso, que en otro país competente o en el seno de un Tribunal internacional no se ha iniciado procedimiento que suponga una investigación y una persecución efectiva, en su caso, de tales hechos punibles (art. 23.4 de la LOPJ).

⁷¹² J. C. FERRÉ OLIVÉ. 2000, *loc cit*, pág. 198 y 199.

internacionales nuestros tribunales deberían conceder la extradición del extranjero al país requirente, siempre que éste fuese el Estado del *locus delicti*, toda vez que el mismo tendría una competencia preferente para conocer de los hechos punibles. Uno de los motivos alegables para no conceder la extradición podría consistir en que el Estado requirente tuviere por finalidad obtener la impunidad del responsable, bien mediante un juicio que no respetase los principios básicos de todo proceso penal, es decir, fraudulento, bien mediante la posterior concesión de amnistías absolutas e incondicionales. En el caso de que el Estado requirente fuese el de la nacionalidad de las víctimas, en mi opinión, también tendrían preferencia sobre nuestros tribunales para juzgar al responsable, al verse afectados directamente por el hecho punible.

3.1.3. Principios de la extradición.

La institución de la extradición debe sustentarse en una serie de principios básicos que tienen por finalidad salvaguardar los derechos del justiciable y la seguridad jurídica del mismo frente a una posible entrega arbitraria o un enjuiciamiento abusivo de éste⁷¹³. Así pues, los principios configuradores de la extradición son postulados que deben observarse en todo momento, tanto en el Estado requirente como en el requerido.

Los principios que rigen la extradición⁷¹⁴ son los siguientes:

- i. El *nulla traditio sine lege*, en virtud del cual no podrá concederse la extradición de una persona por un hecho punible que no aparezca enumerado en el tratado correspondiente⁷¹⁵, aunque hay autores que defienden la posibilidad de extraditar por hechos punibles no enumerados en el convenio, siempre que no se haya prohibido

⁷¹³ G. RODRÍGUEZ MOURULLO. 1978, *loc cit*, pág. 173; J. CEREZO MIR. 1998, *loc cit*, pág. 222 y ss.

⁷¹⁴ Cfr. E. CUELLO CALÓN. 1980, *loc cit*, pág. 277 a 284 y J.M. RODRÍGUEZ DEVESA. 1986, *loc cit*, pág. 241 a 249.

⁷¹⁵ Cfr. G. RODRÍGUEZ MOURULLO. 1978, *loc cit*, pág. 174; cfr. B. GARCÍA SÁNCHEZ. 2005, “La extradición...”, *loc cit*, pág. 198 y ss.; J. CEREZO MIR. 1998, *loc cit*, pág. 225.

expresamente⁷¹⁶. Nuestro ordenamiento jurídico refleja el postulado de legalidad en el art. 2 de la Ley 4/1985 y en el art. 826 y 827 de la LECrim. Normalmente, dentro de este principio tiene cabida la máxima *minima non curat praetor*, es decir, la no concesión de la extradición por faltas penales o disciplinarias⁷¹⁷.

- ii. El principio de especialidad, mediante el cual el Estado requirente no puede extender el enjuiciamiento, ni la condena, a hechos distintos de los que específicamente motivaron la extradición, ni someter a la persona entregada a la ejecución de una condena distinta⁷¹⁸ (art. 14 de la CEE y art. 21.1 de la Ley 4/1985).
- iii. Principio de doble incriminación, a través del cual se establece el requisito de que el hecho punible por el cual se solicita la extradición, ha de constituir delito tanto en el Estado requirente como en el requerido⁷¹⁹ (art. 2.1 de la CEE y art. 2 de la Ley 4/1985). En relación con los crímenes internacionales este principio no debería constituir mayor problema. Sin embargo, con respecto a los crímenes de guerra pueden surgir ciertos conflictos, ya que por ejemplo nuestro Código Penal los castiga dando igual si se cometen en una contienda armada internacional o doméstica, mientras que a lo mejor otras legislaciones sólo castigan ciertos crímenes de guerra que ocurran en conflictos armados internacionales. Lo deseable es que los Estados castiguen los crímenes de guerra tipificados en el Estatuto de la CPI, toda vez que estos tipos penales forman parte del derecho consuetudinario, teniendo por ello una eficacia *erga omnes*⁷²⁰.

⁷¹⁶ Cfr. L. JIMÉNEZ DE ASÚA. 1958, “Principios de derecho penal...”, *loc cit*, pág. 180.

⁷¹⁷ J.M. RODRÍGUEZ DEVESA. 1986, *loc cit*, pág. 248; J. CEREZO MIR. 1998, *loc cit*, pág. 225.

⁷¹⁸ G. RODRÍGUEZ MOURULLO. 1978, *loc cit*, pág. 175; cfr. B. GARCÍA SÁNCHEZ. 2005, “La extradición...”, *loc cit*, pág. 242 y ss y; cfr. K. I. REBANE. 1995, *loc cit*, pág. 1652 y ss.

⁷¹⁹ L. JIMÉNEZ DE ASÚA. 1958, “Principios de derecho penal...”, *loc cit*, pág. 181; G. RODRÍGUEZ MOURULLO. 1978, *loc cit*, pág. 176; M. COBO DEL ROSAL y T.S. VIVES ANTÓN. 1999, *loc cit*, pág. 225; I. BANTEKAS y S. NASH. 2007, *loc cit*, pág. 296.

⁷²⁰ M. OLLÉ SESÉ. 2001, “Aspectos relevantes del crimen de genocidio. Cooperación judicial, extradición y justicia universal”, *El Principio de Justicia Universal*, Madrid: Colex, pág. 99; cfr. B. GARCÍA SÁNCHEZ. 2005, “La extradición...”, *loc cit*, pág. 205 y ss. Lo deseable en todo momento es que los Estados tengan tipificados de manera homogénea, es decir, lo más

- iv. Principio *non bis in ídem*, según el cual no se podrá extraditar a una persona por hechos sobre los que ya ha sido juzgado previamente o lo esté siendo en territorio español⁷²¹ (art. 9 de la CEE y art. 4.5º de la Ley 4/1985). Hemos de significar que este principio no es absoluto, toda vez que si el juicio efectuado ha sido una farsa o tenía como finalidad lograr la impunidad del justiciable, el mismo no debería tenerse en cuenta y por ello podría concederse la extradición⁷²².
- v. Principio de conmutación. Este postulado se encuentra vinculado estrechamente con los derechos humanos, toda vez que el Estado requirente puede condicionar la extradición de un justiciable al requisito de que no se le imponga la pena de muerte, es decir, se condiciona a la conmutación de la pena capital⁷²³ (art. 11 de la CEE y art. 4.6º de la Ley 4/1985). En nuestro ámbito regional, este principio juega un papel importante, ya que en muchos casos se solicita la extradición de personas a Estados que tienen en vigor la pena de muerte, como por ejemplo los Estados Unidos. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante, TEDH) ha resuelto en diversas ocasiones estas disyuntivas, afirmando que en aplicación del Convenio Europeo de Derecho Humanos (en adelante, CEDH), los países de la Unión Europea tienen la obligación de no extraditar a personas a países que puedan imponer la pena de muerte, salvo que haya garantías suficientes de que no se ejecutará dicha penal capital⁷²⁴. Ahora bien, en el caso de que nuestros tribunales decidiesen no conceder la extradición de un extranjero a un Estado del cual no ha obtenido las garantías

parecido posible, los crímenes internacionales previstos en el Estatuto de la CPI, a fin de respetarse el principio de doble incriminación y evitarse posibles conflictos sobre el mismo.

⁷²¹ G. RODRÍGUEZ MOURULLO. 1978, *loc cit*, pág. 177; cfr. B. GARCÍA SÁNCHEZ. 2005, “La extradición...”, *loc cit*, pág. 285 y ss.; J. CERESO MIR. 1998, *loc cit*, pág. 226.

⁷²² Esta circunstancia hemos de reconocer que es difícil que concurra, ya que tiene que ser el mismo Estado que ha cometido el fraude judicial quien entrega a otro Estado al responsable penal, reconociendo así su actuación fraudulenta.

⁷²³ I. BANTEKAS y S. NASH. 2007, *loc cit*, pág. 305; J. J. BUSTOS RAMÍREZ y H. HORMAZABAL MALAREÉ. 1997, *loc cit*, pág. 119; G. RODRÍGUEZ MOURULLO. 1978, *loc cit*, pág. 176; cfr. B. GARCÍA SÁNCHEZ. 2005, “La extradición...”, *loc cit*, pág. 338 y ss.

⁷²⁴ Cfr. I. BANTEKAS y S. NASH. 2007, *loc cit*, pág. 306; Sentencia del TEDH, de 7 de julio de 1989, caso *Soering v. United Kingdom* y Sentencia del TEDH, de 6 de marzo del 2001, caso *Hilal v. United Kingdom*.

suficientes de que no se torturará o impondrá la pena de muerte al justiciable, considero que nuestros tribunales deberían proceder a juzgar al mismo. Si los hechos que dieron origen a la demanda de extradición fue la comisión de crímenes de guerra u otros crímenes internacionales, el principio jurisdiccional a aplicar podría ser la justicia universal.

3.1.4. *Objeciones.*

Si bien es cierto que la institución de la extradición ha facilitado el enjuiciamiento de ciertos criminales relevantes en aplicación de la justicia universal⁷²⁵, ya sea porque se ha obtenido la entrega de éstos o porque tal solicitud ha incitado al Estado del *forum delicti comisii* a iniciar un procedimiento penal contra su nacional⁷²⁶, no es menos cierto que el desarrollo efectivo de la extradición está sujeto a ciertos inconvenientes. Principalmente, hemos de reseñar la intervención del poder ejecutivo en los procedimientos de extradición pasiva. El art. 6 de la Ley 4/1985 establece que la resolución judicial firme que desestimare la solicitud de extradición será definitiva, por lo que no puede revocarse dicha medida. Sin embargo, aquellas resoluciones judiciales en las que sí se conceda la extradición no serán vinculantes para el gobierno «*quien podrá denegarla en el ejercicio de la soberanía nacional, atendiendo al principio de reciprocidad o a razones de orden público, de seguridad o demás intereses esenciales para España*». Como vemos, estos procedimientos de extradición son mixtos⁷²⁷, ya que intervienen tanto el poder judicial como el ejecutivo, lo que hace que el mismo pueda verse obstruido en algunas fases, e incluso sometido a criterios distintos de los que emanan de la justicia, es decir, criterios políticos, de relaciones internacionales o de orden

⁷²⁵ Auto del Juzgado Central de Instrucción nº 5, de 3 de noviembre de 1998, por el que se solicita la extradición del Sr. Pinochet; significamos que el proceso de extradición no culminó con éxito, pero en virtud del mismo se pudo acusar al anterior Jefe de Estado de Chile de cometer durante su mandato diversos crímenes de tortura.

⁷²⁶ Como ejemplo característico de este supuesto encontramos el caso del Teniente de Navío Miguel Cavallo, quien a consecuencia de la solicitud de extradición del Juzgado Central de Instrucción nº 5 de la Audiencia Nacional, de fecha 12 de septiembre del 2000, al Estado de México, pudo tras varios avatares judiciales, ser posteriormente juzgado por los tribunales argentinos.

⁷²⁷ Cfr. E. GIMBERNAT ORDEIG. 2000, “Sobre algunos problemas...”, *loc cit*, pág. 60.

público entre otros. Desde mi punto de vista, los procedimientos de extradición deberían ser ajenos a estas connotaciones políticas, debiendo estar sometidos exclusivamente a criterios judiciales y de cooperación internacional. Lejos de lo anterior, la práctica demuestra lo contrario. Si los Estados afectados muestran una voluntad seria en torno a la cuestión planteada el procedimiento de extradición será efectivo, eso sí, si no hay voluntad, nos encontraremos ante un tortuoso camino que no conducirá a ninguna parte, salvo a la impunidad del criminal⁷²⁸.

Según el profesor GÓMEZ BENÍTEZ, la institución de la extradición constituye un obstáculo para el ejercicio de la jurisdicción universal, siendo contradictoria con este título jurisdiccional⁷²⁹. En mi opinión, esta posición no resulta acertada. Si bien es cierto que puede parecer contradictoria la jurisdicción universal con la institución de la extradición, ya que la primera conlleva el ejercicio de la justicia, mientras que la segunda puede suponer una cesión de la misma (si nos centramos en la extradición pasiva); no es menos cierto que la jurisdicción universal, salvo en los supuestos de comisión de crímenes de guerra que constituyan infracciones graves del DIH, normalmente es facultativa, es decir, la aplicación de este título jurisdiccional quedará sometido a determinados criterios potestativos. Así pues, el Estado puede optar perfectamente por extraditar al responsable o incluso juzgarlo. Cualquier opción sería correcta y respetaría la evitaría la impunidad. Un ejemplo de lo anterior lo encontramos en el art. 8.1 del Convenio para la represión de los atentados terroristas con bombas cuyo precepto recoge la obligación *aut dedere aut iudicare*. Así pues, desde el momento en que el responsable se encuentre en el territorio del Estado Parte, éste sólo tiene dos opciones, o lo extradita o lo juzga. En este último supuesto, si las víctimas y el responsable son extranjeros y el hecho punible se cometió fuera del territorio nacional de dicho Estado Parte, éste debería juzgarle en aplicación del título jurisdiccional universal, que

⁷²⁸ Cfr. J.M. GÓMEZ BENÍTEZ. 2001, “Jurisdicción universal por crímenes de guerra, contra la humanidad, genocidio y torturas: la tortura”, en *El Principio de Justicia Universal*, Madrid: Colex, pág. 70.

⁷²⁹ *Ibidem*, pág. 71.

en virtud de la doble alternativa estudiada, se convierte en una obligación desde que se decide no extraditar al responsable.

Ahora bien, también es cierto que la no extradición de nacionales perjudica o impide el ejercicio de la justicia universal. Debemos recordar que la jurisdicción universal, normalmente, es un título jurisdiccional supletorio o subsidiario, ya que el principio preferente es el de territorialidad. Partiendo de esta posición, no me parece arriesgado confirmar la defensa de lo antedicho. Supongamos que un tribunal de Camboya quiere juzgar a un criminal de guerra español por un crimen cometido en nuestro territorio y nuestro gobierno deniega la extradición de aquél. Esta decisión, además de ser razonable y lógica en virtud del principio del *locus delicti*, no quebrantaría los derechos de las personas afectadas por el crimen, ni afectaría a la comunidad internacional, siempre que se iniciase un proceso penal en nuestro Estado para juzgar al responsable. Cuestión distinta sería si nuestros tribunales tuvieran el objetivo de lograr la impunidad del responsable mediante el juicio. Aquí sí se vería afectada la comunidad internacional y los principios básicos del derecho al existir un fraude de ley⁷³⁰.

Con esto quiero manifestar que lo preferible y deseable, en toda circunstancia, es que los tribunales del *locus delicti* sean los encargados de administrar justicia. Esta afirmación no puede traducirse en una patente de corso sobre la actuación judicial de los Estados, todo lo contrario. Los tribunales nacionales deben administrar justicia de conformidad con los principios básicos que la comunidad internacional con el transcurso del tiempo se ha otorgado, en particular, los derechos enumerados en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos que afectan a todo procedimiento judicial. Desde el momento en que el ejercicio judicial tenga cualquier atisbo de arbitrariedad, irregularidad, consecución de impunidad para el responsable, o fraude de ley, dicho proceso estará viciado, pudiendo declararse nulo o dejarse sin efecto por los tribunales internacionales correspondientes de

⁷³⁰ Cfr. M. OLLÉ SESÉ. 2001, “Aspectos relevantes...”, *loc cit*, pág. 98.

derechos humanos, por lo que nuestros tribunales o cualesquiera otros en ejercicio de la justicia universal podrían conocer de estos crímenes, logrando imponer criterios de justicia y legalidad. Fuera de todo lo anterior, la jurisdicción universal deberá estar expectante a lo que pueda ocurrir, ya que no es preferente dentro del derecho internacional, sino, normalmente, supletoria o subsidiaria.

Otra objeción estaría relacionada con el creciente desarrollo de diversos mecanismos de cooperación y asistencia judicial, como es la orden europea de detención y entrega en el ámbito de la Unión Europea y los mecanismos de cooperación instaurados con la constitución de los tribunales peales *ad hoc* y la CPI. En tales instrumentos de cooperación se suprime la intervención ejecutiva, es decir, la intrusión del gobierno (salvo con la CPI, en donde el gobierno si tiene cierto margen de actuación). Esto produce un efecto inmediato de ejecución de lo solicitado sobre bases exclusivamente jurídicas. Evidentemente, estos mecanismos de cooperación judicial, a excepción de la orden europea de detención y entrega, se desarrollan en el ámbito de los crímenes internacionales, los cuales al estar desarrollados en normas *erga omnes*, vinculan a toda la comunidad internacional. Recordemos que la creación del Tribunal Penal Internacional para Yugoslavia y Ruanda fue mediante una resolución del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas, que es obligatoria, imperativa y vinculante para la sociedad internacional⁷³¹. Los art. 29 del Estatuto del TPIY y 28 del Estatuto del TPIR imponían la obligación de cooperar con tales tribunales en la investigación y enjuiciamiento de los crímenes cometidos, debiendo cumplir los Estados las resoluciones del tribunal y las peticiones de asistencia cursadas sobre identificación y localización de personas, deposiciones de testigos, presentación de pruebas, tramitación de documentos y detención o entrega de personas⁷³². Estaríamos hablando de unos mecanismos de asistencia verticales⁷³³, es decir, con primacía del tribunal

⁷³¹ M. C. BASSIOUNI y P. MANIKAS. 1996, *loc cit*, pág. 775.

⁷³² *Ibidem*, pág. 777.

⁷³³ A. CASSESE. 2008, “International Criminal...”, *loc cit*, pág. 347.

internacional sobre el Estado⁷³⁴. El incumplimiento de dichas solicitudes podría conllevar la responsabilidad del Estado.

La Ley Orgánica 15/1994 para la cooperación con el Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia (art. 6)⁷³⁵ y la Ley Orgánica 4/1998 para la cooperación con el Tribunal Penal Internacional de Ruanda (art. 6), regulan ciertos mecanismos de cooperación con estos tribunales *ad hoc*, siendo los mismos mucho más eficaces que los procedimientos de extradición. Así pues, se faculta a las autoridades competentes españolas (órganos judiciales de la Audiencia Nacional, *ex art.* 3.2 de la L.O. 15/1994, salvo la tramitación de las peticiones que se efectuará a través el Ministerio de Justicia) para detener, previa orden de detención del Tribunal Penal Internacional, a toda persona acusada por éste y su posterior entrega, sin necesidad de procedimiento de extradición alguno. Como puede apreciarse, la ausencia de cualquier tipo de intervención del gobierno facilita la ejecución de la solicitud. Asimismo, ésta se formaliza de manera directa entre el TPIY y los órganos de la Audiencia Nacional, a través del Ministerio de Justicia, lo que conlleva una mayor rapidez en su tramitación. El único principio que rige en dicho mecanismo de cooperación es el *non bis in ídem*, *ex art.* 5 de la L.O. 15/1994, dado que «*las personas juzgadas en España por un delito ordinario pueden serlo también por el Tribunal Internacional, si la calificación dada por éste a los mismos hechos se fundare en las tipificaciones previstas en el Estatuto del Tribunal Internacional*». Este aspecto puede ser conflictivo.

De igual forma, el art. 89 del ECPI obliga a los Estados Parte a cooperar con la Corte Penal Internacional cumpliendo las solicitudes de entrega y

⁷³⁴ Cfr. B. GARCÍA SÁNCHEZ. 2005, “La extradición...”, *loc cit*, pág. 60, quien sostiene que no estas herramientas de cooperación internacional no pueden ser identificadas como una extradición aunque tengan la misma finalidad, ya que no se produce entre Estados soberanos en pie de igualdad.

⁷³⁵ Dicho art. 6 de la L.O. 15/1994 dispone que: «*Toda persona que se hallare en el territorio español contra la que se hubiere confirmado una acusación y se hubiere dictado por la Sala de Primera Instancia del Tribunal internacional para Ruanda una orden de detención será detenida e informada de los cargos que se le imputan por el Juzgado Central de Instrucción de la Audiencia Nacional. 2. La Audiencia Nacional acordará la entrega, sin necesidad de procedimiento formal de extradición, especificando en la misma resolución la duración máxima de la prisión provisional que procede según la legislación española*».

detención de las personas responsables de haber cometido crímenes internacionales⁷³⁶ de competencia de la Corte Penal Internacional, aunque teniendo en cuenta el principio de cosa juzgada⁷³⁷. La Ley Orgánica 18/2003, de 10 de diciembre, de cooperación con la Corte Penal Internacional (en adelante, LOCCPI) es la norma que regula los mecanismos de asistencia y cooperación entre nuestros órganos judiciales (incluidos los militares) y la CPI. Al igual que en las leyes anteriores de cooperación con los tribunales penales *ad hoc*, en la LOCCPI se produce una simplificación en la ejecución de diligencias de asistencia y cooperación judicial. En síntesis, no se regula un procedimiento de extradición *strictu sensu*, lo que facilita la comunicación entre los órganos judiciales competentes. A diferencia de las anteriores leyes, en la LOCCPI se permite cierta participación del gobierno cuando éste tenga que intervenir por el ámbito de competencia (Ministerio de Justicia principalmente e Interior o Defensa) o cuando lo exija el Estatuto⁷³⁸.

A la vista de todo lo expuesto, podemos concluir que se ha dado un paso hacia adelante en la cooperación judicial para la persecución de crímenes internacionales, ya que se han simplificado⁷³⁹ las herramientas de asistencia y cooperación judicial, reduciéndose la intervención del poder ejecutivo al mero enlace burocrático, sin poder aducirse oposición alguna a la solicitud cursada. Ciertamente, estos mecanismos surten efecto en el enjuiciamiento de crímenes internacionales, ya que los mismos suelen estar regulados en normas de *ius cogens* que tienen efectos *erga omnes*, lo que denota cierta conminación en su persecución judicial.

⁷³⁶ Cfr. A. CASSESE. 2008, “International Criminal...”, *loc cit*, pág. 349, este autor defiende un mecanismo de cooperación horizontal y vertical, es decir, mixto, a diferencia de los instituidos con los tribunales penales *ad hoc*.

⁷³⁷ Cfr. M. OLLÉ SESÉ. 2001, “Aspectos relevantes...”, *loc cit*, pág. 100; C. QUESADA ALCALÁ. 2005, *loc cit*, pág. 399 a 405 y cfr. W. A. SCHABAS. 2010, “The International...”, *loc cit*, pág. 994 y ss.

⁷³⁸ Cfr. H. OLÁSULO ALONSO. 2007, “Informes nacionales: España”, en *Cooperación y Asistencia Judicial con la Corte Penal Internacional*, Editores: K. AMBOS y E. MALARINO, Montevideo: Fundación Konrad Adenauer, pág. 315 y ss.

⁷³⁹ A. CUERDA RIEZU. 2009, “Los principios de legalidad, doble incriminación e igualdad en la orden europea de detención y entrega”, en *Nuevos Desafíos del Derecho Penal Internacional*, Directores: A. CUERDA RIEZU y F. JIMÉNEZ GARCÍA, Madrid: Tecnos, pág. 542.

Ahora bien, también podemos significar alguna objeción a estos mecanismos de cooperación, toda vez que los derechos de los justiciables han podido verse disminuidos. Recordemos que en el procedimiento de extradición el *extraditurus* tenía unos derechos oponibles (*non bis in ídem*, prescripción, principio legalidad, doble incriminación, etc.). En los nuevos mecanismos de cooperación⁷⁴⁰ ya no rige la doble incriminación, como por ejemplo se estipula en el art. 9.1 de la Ley 3/2003 sobre la orden europea de detención y entrega. Esta decisión se fundamenta en el grado de confianza que muestran los Estados entre sí a la hora de impartir justicia y evitar la impunidad de ciertos crímenes. Sin embargo, podemos sostener que esta confianza se establece entre Estados que protegen y defienden valores de justicia semejantes o parecidos. Entre dichos Estados no habrá temor alguno a que sus nacionales sean juzgados en el extranjero por la comisión de ciertos crímenes, al regir los mismos derechos fundamentales y valores de justicia. En este orden de ideas, tenemos que reseñar que la persecución de crímenes internacionales y, en concreto, crímenes de guerra, es un derecho que tienen los Estados derivado del derecho internacional⁷⁴¹, siendo en ciertos casos una actuación obligatoria. Atendiendo al hecho de que la mayoría de Estados han tipificado en sus ordenamientos penales estos comportamientos y que las normas que los prohíben son de *ius cogens*, entiendo que realmente no sería necesario la existencia del principio de doble incriminación, ya que la comisión de crímenes de guerra (particularmente, los contemplados en el art. 8.2 del ECPI) constituyen un crimen internacional punible en todo caso⁷⁴².

Fuera de la necesidad de la doble incriminación, en los nuevos mecanismos de cooperación judicial considero que siguen estando vigentes otros postulados básicos del derecho penal, como son el principio *non bis in*

⁷⁴⁰ Cfr. I. BLANCO CORDERO. 2007, “Report General...”, *loc cit*, pág. 130.

⁷⁴¹ Cfr. G. WERLE. 2005, *loc cit*, pág. 129.

⁷⁴² A. CUERDA RIEZU. 2009, *loc cit*, pág. 550 y ss. Este autor enumera una serie de objeciones en relación a la falta de exigencia de la doble incriminación en la Ley 3/2003, las cuales comparto siempre y cuando se refieran a delitos ordinarios, no así a crímenes internacionales, los cuales pertenecen a la comunidad internacional, habiéndose definido de manera precisa en los instrumentos internacionales pertinentes y siendo punibles en cualquier Estado.

idem, la prescripción, o la inmunidad, entre otros. Estos principios deberán respetarse siempre, constituyendo límites al ejercicio de la jurisdicción universal.

3.2. Sometimiento a las autoridades competentes para el ejercicio de la acción penal o del enjuiciamiento.

La segunda acción soberana que implica la obligación *aut dedere aut iudicare* es el enjuiciamiento del responsable. La doctrina, al tratar la obligación alternativa estudiada, entiende que la misma se circunscribe a extraditar o juzgar. Sin embargo, examinando detalladamente el elenco de instrumentos internacionales que contemplan esta obligación, podemos afirmar que dependiendo del tratado al efecto, las consecuencias jurídicas derivadas del *aut dedere aut iudicare* serán distintas en cada caso. El art. 7 de la Convención sobre la prevención y castigo de delitos contra las personas internacionalmente protegidas y el art. 11.1 de la convención internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas, hecha en Nueva York el 20 de diciembre de 2006, establecen que en el supuesto de que el Estado Parte no proceda a extraditar al responsable de los hechos punibles comprendidos en tales instrumentos internacionales, cuando se halle en su territorio, someterá el asunto a sus autoridades competentes para el ejercicio de la acción penal. De otra parte, el art. 8.1 de la convención para la represión de los atentados terroristas con bombas o el art. 8.1 de la convención contra la toma de rehenes, disponen, en términos semejantes a los expuestos anteriormente, que en el caso de no extraditarse al responsable que se encuentre en el territorio de un Estado Parte, éste someterá el caso a sus autoridades competentes a efectos de enjuiciamiento. Como puede observarse, en unos supuestos se exige el ejercicio de la acción penal y en otros se exige el enjuiciamiento del responsable. Desde mi punto de vista, aunque estas expresiones parezcan semejantes y tengan una finalidad común, el significado jurídico que debe darse a éstas es distinto en cada caso.

3.2.1. Acción penal.

Pues bien, empezaremos por la primera expresión referida, consistente en la obligación de someter el asunto a las autoridades competentes para el ejercicio de la acción penal. La acción penal, desde un punto de vista subjetivo, sería el ejercicio de la pretensión punitiva concreta dirigida a la realización del *ius puniendi*. En relación con un hecho punible determinado supondría el ejercicio del derecho de penar⁷⁴³. Aun así, estas posiciones deben dejarse de lado, ya que la titularidad del *ius puniendi* lo ostenta exclusivamente el Estado, ejercitándose a través de los tribunales, por lo que debemos acudir a una definición objetiva de la acción penal. Desde este punto de vista, la acción penal consistiría en la petición al tribunal correspondiente para que éste ejercite el *ius puniendi*⁷⁴⁴. Siguiendo a GIMENO SENDRA, el objeto de la acción penal no consiste en obtener la actuación del derecho de penar del Estado, sino tan sólo la de provocar la incoación del proceso penal, en orden a obtener una resolución motivada y fundada que ponga fin al procedimiento⁷⁴⁵. En este orden de cosas, hemos de recalcar que el *ius puniendi* es un campo de titularidad exclusivamente estatal, a través de los tribunales competentes. Por otro lado, el ejercicio de la acción penal también es estatal, a través del Ministerio Fiscal, pero también puede ser particular, como ocurre en nuestro derecho con la figura de la acusación popular y la particular. Parece deducirse que cuando los instrumentos internacionales exigen al Estado Parte el sometimiento a sus autoridades competentes para el ejercicio de la acción penal se está refiriendo a que dichos Estados inciten al Ministerio Fiscal a solicitar la incoación de un procedimiento penal, a la vista de la posible comisión de un hecho punible. En nuestro ordenamiento jurídico, el art. 105 de la LECrim establece que los funcionarios del Ministerio Fiscal tendrán la obligación de ejercitar todas las acciones penales que consideren procedentes, haya o no acusador particular en las causas, salvo aquellas que el Código Penal reserva a la querrela privada. Este precepto debe relacionarse, a fin de entenderse

⁷⁴³ J. LÓPEZ BARJA DE QUIROGA. 2007, *loc cit*, pág. 614.

⁷⁴⁴ *Ibidem*, pág. 615.

⁷⁴⁵ V. GIMENO SENDRA. 2004, *loc cit*, pág. 170.

completamente el alcance de la acción penal, con el art. 100 de la LECrim, el cual dispone que de todo delito nace una acción penal para el castigo del culpable. Así pues, el Ministerio Fiscal cuando tenga conocimiento de la posible comisión de un delito (incluidos evidentemente los crímenes internacionales) deberá ejercitar la acción penal correspondiente. Pero además, *ex art. 8.1 de la Ley 50/1981, de 30 de diciembre, del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal (en adelante, EOMF)*, el propio gobierno podrá incitar al Ministerio Fiscal a que ejercite tales acciones penales, en aras de la defensa del interés público, debiendo incluirse en este término el cumplimiento de los tratados vigentes para nuestro Estado.

Llegados a este punto, desde el momento en que el Estado tenga conocimiento de la comisión de un hecho punible y el responsable del mismo se encuentre en su territorio, deberá extraditarlo o promover las actuaciones pertinentes para que el Ministerio Fiscal solicite la incoación de un procedimiento penal⁷⁴⁶, para así obtener una resolución judicial que determine si el justiciable ha cometido o no dicho hecho punible. En estos casos, se habrá cumplido debidamente la obligación *aut dedere aut iudicare*, no siendo necesario que se obtenga una condena sobre los hechos punibles, ya que la misma sólo podrá recaer cuando haya pruebas suficientes de cargo que desvirtúen la presunción de inocencia del responsable, todo ello mediante un proceso judicial llevado a cabo con plenas garantías. En el caso de que el responsable y las víctimas sean extranjeras y el hecho punible se haya cometido fuera del territorio nacional, nuestros tribunales podrán aplicar el título jurisdiccional universal, al no existir vínculo alguno con el crimen, salvo el *forum apprehensionis*, es decir, el hecho de que se encuentre en el territorio nacional el responsable.

⁷⁴⁶ Cfr. M. ABAD CASTELOS. 1997, “La toma de rehenes...”, *loc cit*, pág. 244.

3.2.2. Enjuiciamiento.

Con respecto a la segunda expresión referida, consistente en la obligación de someter el asunto a las autoridades competentes a efectos de enjuiciamiento, desde mi punto de vista, conlleva consecuencias jurídicas distintas. El sometimiento a la acción penal es un concepto más concreto que el enjuiciamiento. Este último se traduce en someter a las autoridades competentes el asunto sin necesidad de que se incoe un procedimiento penal, a diferencia de lo que ocurre en el ejercicio de la acción penal⁷⁴⁷. Si bien es cierto que el enjuiciamiento puede derivar posteriormente en la incoación de un proceso penal, no es menos cierto que también puede concluir sin inicio alguno, siempre que la autoridad competente así lo considere. Por ejemplo, el art. 5 del EOMF otorga la posibilidad al Ministerio Fiscal de ejecutar aquellas diligencias que considere apropiadas para el esclarecimiento de hechos denunciados, entre los que tendría acogida la comisión de crímenes internacionales, y una vez finalizada tal investigación, podrá judicializarse la misma, interponiéndose la denuncia pertinente, o podrá archivarse, si considera que no hay hecho punible alguno. Así pues, desde el momento en que el Estado pone en conocimiento del Ministerio Fiscal la información que tenga sobre la posible comisión del hecho punible, ha cumplido con el deber impuesto en la máxima *aut dedere aut iudicare*. Tal como manifestó la CDI, este principio no supone «*poner una camisa de fuerza a las autoridades competentes para que incoaran en todo caso una causa criminal(...) no hay obligación de encausar o castigar(...)La obligación del Estado Parte quedará satisfecha de conformidad con el artículo, incluso si esas autoridades deciden no incoar ninguna causa criminal*»⁷⁴⁸. En este estado de ideas, hemos de reseñar que la actuación de las autoridades competentes deberá efectuarse en todo momento bajo el principio de buena fe, atendiendo a los postulados básicos del derecho,

⁷⁴⁷ Cfr. R. CRYER *et al.* 2008, *loc cit*, pág. 59, quien afirma que en los últimos convenios internacionales relativos a delitos internacionales se ha incluido esta cláusula que hace referencia a ciertos derechos que le corresponden al presunto responsable, pero que no impide de forma alguna su enjuiciamiento si hay pruebas de su culpabilidad.

⁷⁴⁸ Doc. UN. A/CN.4/SER.A/1972/Add.1 Anuario de la CDI, 1972, Vol. II, pág. 347; M. ABAD CASTELOS. 1997, “La toma de rehenes...”, *loc cit*, pág. 244.

sin olvidar que en relación con la comisión de crímenes internacionales se presupone un deber de todo Estado ejercer su jurisdicción penal contra los responsables de los mismos, tal y como establece el Preámbulo del ECPI⁷⁴⁹. En suma, el someter el asunto a las autoridades competentes podría entenderse satisfecho mediante una investigación no judicial que no se tradujese en una causa penal. Empero lo antedicho y ante el actual desarrollo del derecho penal internacional, considero que lo más apropiado sería radicarse una causa penal para investigar dichos injustos, garantizándose todos los derechos del justiciable y de las víctimas en un proceso penal, al ser el marco legal más adecuado a este efecto. Las investigaciones no judiciales no suelen garantizar la participación de las víctimas⁷⁵⁰.

3.2.3. Principio “*aut iudicare*” en relación a los crímenes de guerra que constituyan infracciones graves del DIH.

Los art. 49 CGI, art. 50 CGII, art. 129 CGIII y art. 146 CGIV incorporan la obligación alternativa de extraditar o juzgar⁷⁵¹. La cuestión de la extradición ya fue tratada, por lo que ahora resulta oportuno atender la otra faceta que impone la obligación estudiada, que según la redacción en los citados Convenios de Ginebra de 1949 consiste en buscar a las personas responsables de dichos crímenes de guerra, «*debiendo hacerlas comparecer ante sus propios tribunales*».

⁷⁴⁹ Cfr. W. A. SCHABAS. 2010, “The International...”, *loc cit*, pág. 45; cfr. K. AMBOS. 2003, “Implementación del Estatuto de Roma en la legislación nacional”, en *Persecución penal nacional de crímenes internacionales en América latina y España*, Montevideo: Konrad Adenauer, pág. 27.

⁷⁵⁰ Cfr. G. WERLE. 2005, *loc cit*, pág. 133, este autor manifiesta que la creación de la CPI deja abierta la puerta para considerar la posible obligación de los Estados de castigar la comisión de crímenes internacionales, en concreto, para los crímenes de lesa humanidad y genocidio, con base en el principio de justicia universal. En mi opinión, con la aprobación del Estatuto de la CPI se ha consagrado la norma suprema del derecho penal internacional, la cual contiene ciertas normas penales sustantivas de carácter *erga omnes* que ostentan el mayor rango jerárquico, es decir, son normas de *ius cogens*. Estas normas de naturaleza consuetudinaria, vincularían a todos los Estados, cuestión distinta es la posible aplicación del referido Estatuto a aquellos Estados que no son Parte del mismo. De cualquier forma, desde mi punto de vista no se puede negar que la comisión de cualquier crimen internacional tipificado en el Convenio de Roma constituye un hecho punible que primariamente deberá ser reprimido en vía doméstica y, si no pudiese ser así, debería someterse a la acción de la CPI.

⁷⁵¹ Cfr. G. WERLE. 2005, *loc cit*, pág. 132 y 133 y N. R. ARRIAZA. 1990, *loc cit*, pág. 463.

Como puede observarse, aquí no se emplea la expresión acción penal o enjuiciamiento, se utiliza un término, desde mi punto de vista, más conminativo para los Estados consistente en hacer comparecer ante sus tribunales al responsable de cometer crímenes de guerra que constituyan infracciones graves del DIH⁷⁵². ¿Quién debe hacer comparecer al criminal de guerra? En los sistemas de *common law* la acusación correrá a cargo del *Attorney General*, mientras que en los sistemas continentales será el Ministerio Fiscal quien formalice esta acusación⁷⁵³; significándose que en nuestro ordenamiento jurídico también existen otras formas de acusación, como son la particular y la popular. Todas estas partes procesales podrán hacer comparecer al criminal de guerra ante los tribunales competentes. Acudiendo al derecho comparado podemos ver que en los países de *common law* rige, normalmente, el principio de que no se puede iniciar una causa penal contra criminales de guerra sin la autorización del *Attorney General*⁷⁵⁴ o del *Director of Public Prosecutor*⁷⁵⁵.

Asimismo, hemos de reseñar que en tales sistemas de *common law* la instrucción de la causa correrá a cargo del *Prosecutor*, mientras que en nuestro sistema procesal penal será el Juez de Instrucción competente quién la lleve a cabo. En este orden cosas, entiendo que cuando la comunidad internacional implementó convencionalmente el sistema de represión de los Convenios de Ginebra, estaba pensando en la fórmula *aut dedere aut punire*⁷⁵⁶, toda vez que a consecuencia de las atrocidades cometidas durante la 2ª Guerra Mundial, los Estados en un ejercicio de conciencia determinaron que era imprescindible

⁷⁵² Cfr. C. KREß. 2009, “Reflections on...”, *loc cit*, pág. 801, pára este autor la obligación impuesta consistirá en un deber de investigar las violaciones graves del DIH, si hay evidencias suficientes perseguir al responsable de las mismas y por último si es hallado culpable castigarle.

⁷⁵³ M. ABAD CASTELOS. 1997, “La toma de rehenes...”, *loc cit*, pág. 244.

⁷⁵⁴ Geneva Conventions Act 1957 of United Kingdom, Section 1 (3): «Neither a court of quarter sessions nor, in Scotland, the sheriff shall have jurisdiction to try an offence under this section, and proceedings for such an offence shall not be instituted in England except by or on behalf of the Director of Public Prosecutions or in Northern Ireland without the consent of the Attorney General for Northern Ireland».

⁷⁵⁵ War Crimes Act 1945 of Australia, Section 12: «An offence against this Act may only be prosecuted in the name of the Attorney-General or the Director of Public Prosecutions».

⁷⁵⁶ S.J. PICTET 1958, “Commentary IV Geneva Convention relative to the protection of civilian persons in time of war”, Suiza: Comité Internacional de la Cruz Roja, pág. 585.

instituir un mecanismo de represión penal frente a ciertos comportamientos deleznable cometidos en una contienda armada internacional. Al no existir un tribunal penal internacional permanente dicha responsabilidad de castigar recaería en los propios Estados.

En este contexto tenemos que interpretar la expresión «*debiendo hacerlas comparecer ante sus propios tribunales*». La finalidad de este precepto era la incoación de una causa penal por la presunta comisión de un crimen de guerra, la cual debería finalizar en la celebración del correspondiente juicio. Evidentemente, en nuestro sistema procesal puede que dicha finalidad fracase, siempre que se proponga un sobreseimiento y éste sea admitido. En síntesis, nuestro ordenamiento procesal no asegura en ningún caso la celebración de una vista oral por la comisión de crímenes de guerra. Previamente, será necesaria la incoación de un sumario (art. 299 de la LECrim), el procesamiento del presunto responsable (art. 384 de la LECrim), la conclusión del sumario (art. 622 y ss. de la LECrim) y la apertura del juicio oral (art. 649 y ss. de la LECrim). Sin perjuicio de todo lo manifestado, considero que los Convenios de Ginebra determinan un grado de implicación mayor en la persecución de criminales de guerra. El art. 49 CGI, art. 50 CGII, art. 129 CGIII y art.146 CGIV establecen también que el Estado podrá, si lo prefiere, entregar dichas personas a otro Estado que esté interesado en su persecución para que sean juzgadas. Obsérvese que se emplea el término “sean juzgadas”. A su vez, en el párrafo 3º de los artículos referidos se dispone que en cualquier circunstancia «*los inculpados gozarán de las garantías procedimentales...*». De nuevo los Convenios de Ginebra utilizan una expresión que denota una situación procesal distinta a cualquier otro instrumento internacional de represión de crímenes internacionales o delitos internacionales, al emplear el término “inculpados”.

Por todo lo expuesto, entiendo que los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949 tienen por finalidad la celebración de un juicio, a fin de determinarse la responsabilidad del presunto criminal de guerra, ostentando el

inculpado en la causa las garantías básicas penales y procesales de cualquier estado civilizado. El hecho de que nuestro sistema procesal no concluya, con plena seguridad, en la celebración de un juicio oral, no significa que la voluntad de los referidos Convenios de Ginebra no fuese la expresada. Hemos de recalcar que la persecución de crímenes de guerra dentro de nuestro territorio, en aplicación de la justicia universal, podría originarse mediante la interposición de una querrela o por la incitación del Ministerio Fiscal directamente al Juez Central de Instrucción competente. Sobre la realización de diligencias de investigación por parte del Ministerio Fiscal, si bien puede satisfacer el principio *aut dedere aut iudicare* para ciertos hechos punibles, no es menos cierto que en relación con la comisión de crímenes de guerra sería insatisfactoria tal actuación, ya que debería incoarse, en cualquier caso, el correspondiente procedimiento penal⁷⁵⁷.

4. Relación y diferencias con la justicia universal.

Ciertamente, la doctrina en numerosas ocasiones ha vinculado la obligación *aut dedere aut iudicare* con el principio de jurisdicción universal, incluso, en los estudios llevados a cabo en la CDI se ha analizado la posible relación entre ambas figuras jurídicas⁷⁵⁸.

4.1 *Relaciones.*

Hemos de significar que tanto la obligación alternativa estudiada como el principio de justicia universal, tienen entre sus finalidades el someter a la justicia al responsable de la comisión de crímenes internacionales. En la obligación de extraditar o juzgar puede que sea el Estado detentor del responsable penal o el Estado requirente quien lo someta a la justicia, esto es indiferente. En el caso de que sea el primero, puede que éste aplique la justicia

⁷⁵⁷ También hemos de significar que si se produjese un cambio legislativo en nuestro sistema procesal, otorgando la función de instrucción al Ministerio Fiscal, esta posición debería reinterpretarse adecuadamente, ya que en tal caso sí sería pertinente la actuación directa del Fiscal; pero hasta que no se produzca dicha modificación, mi posición es la manifestada.

⁷⁵⁸ Doc. UN A/CN.4/571 de 7 de junio de 2006, pára. 31.

universal supletoria o subsidiaria, ya que normalmente el único nexo existente entre el hecho criminal y el Estado que pretende ejercer su competencia es la presencia del responsable en su territorio, aunque no se descartan otras posibilidades. En el supuesto de que sea el Estado requirente quién solicite la extradición y enjuicie al responsable, los títulos jurisdiccionales a aplicar pueden ser múltiples, desde el postulado de territorialidad, personalidad activa y pasiva, protección e incluso universalidad. Como puede observarse, tanto el Estado detentor como el requirente pueden someter a sus tribunales al responsable en virtud del principio de jurisdicción universal, ahí radica la relación más importante de estas figuras jurídicas, toda vez que los Estados si desean cumplir debidamente con la obligación alternativa, han tenido que dotar previamente a sus tribunales de la competencia suficiente para conocer de los hechos punibles que caen dentro de la órbita de la regla *aut dedere aut iudicare*. En definitiva, los Estados Parte de un instrumento internacional que contuviese la obligación de extraditar o juzgar, deberían incorporar la jurisdicción universal supletoria o subsidiaria en su ordenamiento jurídico, a fin de cumplir con esta obligación alternativa⁷⁵⁹.

4.2. Diferencias.

La principal podemos hallarla en el hecho de que la obligación alternativa analizada no constituye título jurisdiccional alguno para que los tribunales puedan conocer de los hechos punibles⁷⁶⁰. La obligación de los Estados en virtud de los instrumentos internacionales que implementen la obligación de extraditar o juzgar es asegurarse que sus órganos judiciales gozan de la competencia necesaria para conocer del ilícito penal, en el caso de que el único nexo con el mismo sea la presencia del responsable en el territorio del Estado detentor. En síntesis, existencia de jurisdicción universal. Esta circunstancia aparece reflejada en los tratados internacionales que contemplan la jurisdicción universal y la obligación *aut dedere aut iudicare*, como por ejemplo el art. 5.2 del Convenio Internacional contra la toma de rehenes de

⁷⁵⁹ Doc. UN A/65/181 de 29 de julio del 2010, pára. 21.

⁷⁶⁰ *Ibidem*, pára. 19.

1979. Desde mi punto de vista, el precepto anterior nos conduce de manera indirecta a la jurisdicción universal⁷⁶¹, ya que no existe ningún convenio internacional que expresamente enuncie dicho título jurisdiccional. En lugar de ello se conmina a los Estados a que otorguen jurisdicción suficiente a sus órganos judiciales para que conozcan del hecho punible contemplado, en cualquier circunstancia o con base en ciertos requisitos, como el *iudex apprehensionis*. La función que desarrollará la obligación de extraditar o juzgar será la de conminar al Estado detentor del responsable a juzgarlo, en el caso de que no proceda a su extradición⁷⁶².

Asimismo, otra diferencia plausible es el hecho de que la obligación alternativa puede predicarse de cualquier delito⁷⁶³, ya que su origen principal se encuentra en el derecho convencional, cosa que la jurisdicción universal no acogería con gratitud, ya que este título jurisdiccional rige para perseguir la comisión de hechos punibles graves que afectan a la comunidad internacional en su conjunto⁷⁶⁴. Lo antedicho no es óbice para considerar que en relación con los crímenes internacionales, ambas figuras jurídicas encuentran un espacio común en el cual cohabitar, haciéndose depender la una de la otra, ya que los Estados deberán extraditar o juzgar al presunto responsable de un crimen internacional. Por ello, el Estado tendrá que tener la competencia suficiente para someter a juicio al responsable ante sus tribunales. Salvo excepciones, no cabe la posibilidad de que el responsable no sea sometido a juicio, pudiendo sostenerse que tales excepciones pueden estar concretadas en la inmunidad del responsable, el principio *non bis in ídem* y la prescripción del crimen en virtud del derecho nacional, entre otras. Podría sostenerse que el Estado detentor entregase al responsable a un tribunal penal internacional, esta circunstancia también satisfecería la obligación del *aut dedere aut iudicare*.

⁷⁶¹ Cfr. R. CRYER *et al.* 2008, *loc cit*, pág. 58.

⁷⁶² Cfr. A. ZAHAR y G. SLUITER. 2008, *loc cit*, pág. 496, quienes consideran que la justicia universal se ejercita con base en la regla *aut dedere aut iudicare*.

⁷⁶³ Doc. UN A/65/181 de 29 de julio del 2010, pára. 20.

⁷⁶⁴ Cfr. L. BENAVIDES. 2001, *loc cit*, pág. 36.

En ciertas ocasiones se ha confundido la justicia universal con la regla *aut dedere aut iudicare*, llegado a afirmarse la existencia de un vínculo directo entre ambas⁷⁶⁵ o la imposición de la justicia universal a través de la cláusula *aut dedere aut iudicare*⁷⁶⁶, aunque existen opiniones en contra de lo anterior⁷⁶⁷. La posición de ciertos Estados es manifiesta al respecto. Por ejemplo, en Canadá la obligación de extraditar o someter la cuestión a enjuiciamiento se aplica a los delitos de jurisdicción universal, ya sean reconocidos como tales en virtud de un tratado o del derecho internacional consuetudinario⁷⁶⁸, por lo que se deduce que todo tratado que contemple la cláusula *aut dedere aut iudicare*, conlleva también el ejercicio de la justicia universal. La posición anterior resulta excesiva, toda vez que puede contemplarse en un tratado dicha obligación en relación a delitos que para nada afectan a la comunidad internacional, de ahí que haya que estar tanto al ilícito penal en sí mismo como a la obligación alternativa referida para poder afirmar si de ésta se deriva la justicia universal en el convenio⁷⁶⁹.

⁷⁶⁵ B. BROOMHALL. 2001, "Towards the developments of an effective system of universal jurisdiction for crimes under international law", en *New England Law Review*, Vol. 35, pág. 401. Igualmente, OLLÉ SESÉ considera en relación con la tortura, que el art. 7 de dicha convención acoge como fundamento de la jurisdicción penal universal, el principio *aut dedere aut iudicare*, en M. OLLÉ SESÉ. 2008, "Justicia universal...", *loc cit*, pág. 220.

⁷⁶⁶ B. GARCÍA SÁNCHEZ. 2004, "Límites de la ley...", *loc cit*, pág. 141.

⁷⁶⁷ N. LARSAEUS. 2004, "The relationship between safeguarding internal security and complying with international obligations of protection. The unresolved issue of exclude asylum seekers", en *Nordic Journal of International Law*, Vol. 73, pág. 69 a 97.

⁷⁶⁸ Doc. UN. A/CN.4/612, de 26 de marzo del 2009, pára. 48.

⁷⁶⁹ Cfr. M^a. D. BOLLO AROCENA. 2004, *loc cit*, pág. 353.

CAPÍTULO SEXTO: CRÍMENES Y DELITOS INTERNACIONALES SUSCEPTIBLES DE ENJUICIARSE EN APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE JUSTICIA UNIVERSAL.

1. La Piratería.

Este delito internacional es considerado como el ejemplo clásico⁷⁷⁰ en el cual entra en juego la jurisdicción universal⁷⁷¹. Aun así, no siempre la piratería ha sido considerada como un delito susceptible de persecución universal⁷⁷², ya que si el buque atacado por los piratas debía equipararse al territorio de su pabellón lo que regiría sería el principio de territorialidad, y en el caso de que las vícti⁷⁷³mas fuesen nacionales, el título jurisdiccional aplicable sería el de personalidad si lo prevén las legislaciones correspondientes⁷⁷⁴. En cualquier caso, actualmente la piratería es considerada como un delito internacional⁷⁷⁵ *sui generis*⁷⁷⁶ susceptible de ser perseguido mediante la justicia universal, al verse afectados intereses de la comunidad internacional. El Consejo de Seguridad de Naciones Unidas en su resolución núm. 1976 (2011) de 11 de abril, ya reconoció la piratería como delito sujeto a la justicia universal. Tenemos que partir de la consideración de que los actos de piratería no afectan a un solo Estado, todo lo contrario, afectan a la globalidad de éstos, ya que se ponen en riesgo, entre otros bienes jurídicos, la seguridad

⁷⁷⁰ K. C. RANDALL. 1988, *loc cit*, pág. 788; dissenting opinion President GUILLAUME, case Arrest Warrant, *Congo v. Bélgica*, International Court of Justice, judgment 11 April 2000, pára. 5, pág. 38; M. N. SHAW. 2008, *loc cit*, pág. 593.

⁷⁷¹ M. P. SCHARF. 2001, “Application of treaty-based...”, *loc cit*, pág. 369; A. SAMMONS. 2003, *loc cit*, pág. 125.

⁷⁷² M. OLLÉ SESÉ. 2008, “Justicia universal...”, *loc cit*, pág.104.

⁷⁷³ Res. del CSNU 1976 (2011), de 11 de abril, pára. 14.

⁷⁷⁴ E. KONTOROVICH. 2004, “The piracy analogy: modern universal jurisdiction’s hollow foundation”, en *Harvard International Law Journal*, Vol. 45, nº 1, pág. 190.

⁷⁷⁵ J. L. RODRÍGUEZ VILLASANTE y PRIETO. 2010, “Problemas jurídicos penales e internacionales del crimen de piratería. Una laguna imperdonable de nuestro código penal y, ¿por qué no decirlo? un crimen de la competencia de la Corte Penal Internacional”, en *Revista Española de Derecho Militar*, Vol. 93, pág. 188; cfr. N. BOISTER. 2012, *loc cit*, pág. 29, considera este comportamiento punible como un delito transnacional/internacional, fundamentando el escaso interés que se tuvo en incluirlo entre los crímenes internacionales de competencia de la CPI; M. C. BASSIOUNI. 2008, “International crimes:...”, *loc cit*, pág. 129, quien sostiene la naturaleza consuetudinaria de este delito internacional y su consideración de norma *ius cogens*.

⁷⁷⁶ J.L. AZCÁRRAGA BUSTAMANTE. 1983, “*Derecho del Mar*”, Madrid, Universidad de Alcalá de Henares (Facultad de Derecho), pág. 166.

marítima de la navegación internacional. Lo antedicho implica una serie de consecuencias, siendo la principal, el hecho de que al tratarse de un delito internacional éste debe perjudicar o poner en peligro un bien jurídico supranacional, sin perjuicio de que también se lesionen o pongan en peligro otros bienes jurídicos, tales como la integridad física o la propiedad, al ser un delito pluriofensivo. Se considera que es un delito *sui generis* por el lugar en el que se comete, la alta mar. Todo esto ha ocasionado que la piratería pueda ser perseguida universalmente, aunque pueda defenderse también la aplicación de la justicia supletoria.

Para OPPENHEIM la piratería, en un sentido estricto y originario, es todo acto no autorizado de violencia cometido por un buque privado contra otro en alta mar, con un ánimo de depredación, es decir, un *animus furandi*⁷⁷⁷. La definición anterior es muy indeterminada, por ello considero apropiado referirme al tratamiento recibido por el derecho convencional. El borrador de la convención sobre piratería de 1932 estableció una definición que fue tenida en cuenta posteriormente por la Naciones Unidas al redactar la Convención de Ginebra sobre la Alta Mar de 1958⁷⁷⁸. Esta definición fue trasladada posteriormente al art. 101 de la Convención sobre el Derecho del Mar de 1982⁷⁷⁹. Una cuestión relevante es que la piratería sólo se comete con fines privados o personales, quedando excluido cualquier acto que tenga una finalidad política, entre los que podríamos incluir los delitos de terrorismo internacional o transnacional⁷⁸⁰.

⁷⁷⁷ L. OPPENHEIM. 1961, *loc cit*, Tomo I, Vol. II, pág. 172 y 173.

⁷⁷⁸ Cfr. J. W. BINGHAM. 1932, "The Draft Convention over Piracy", en *American Journal of International Law*, Vol. 26, pág. 739 a 885.

⁷⁷⁹ El art. 101 de la CNUDM dispone que «Constituye piratería cualquiera de los actos siguientes: a) Todo acto ilegal de violencia o de detención o todo acto de depredación cometidos con un propósito personal por la tripulación o los pasajeros de un buque privado o de una aeronave privada y dirigidos: i) Contra un buque o una aeronave en la alta mar o contra personas o bienes a bordo de ellos; ii) Contra un buque o una aeronave, personas o bienes que se encuentren en un lugar no sometido a la jurisdicción de ningún Estado; b) Todo acto de participación voluntaria en la utilización de un buque o de una aeronave, cuando el que lo realice tenga conocimiento de hechos que den a dicho buque o aeronave el carácter de buque o aeronave pirata; c) Todo acto que tenga por objeto incitar a los actos definidos en el apartado a) o en el apartado b) o facilitarlos intencionalmente».

⁷⁸⁰ En relación a los actos terroristas en alta mar se debe significar que los mismos no pueden ser reprendidos en virtud de la justicia universal consagrada contra la piratería, sino con base

La posibilidad de perseguir universalmente la piratería tiene su origen en el derecho convencional. El Tratado sobre Derecho Internacional Penal de Montevideo de 1889, establecía en su art. 13 que «*Los delitos considerados de piratería por el Derecho Internacional Público, quedarán sujetos a la jurisdicción del Estado bajo cuyo poder caigan los delincuentes*. El Código de Bustamante de 1928 en su art. 308 disponía que «*La piratería, la trata de negros y el comercio de esclavos, la trata de blancas, la destrucción o deterioro de cables submarinos y los demás delitos de las misma índole contra el derecho internacional, cometidos en alta mar, en el aire libre o en territorios no organizados aun en Estado, se castigarán por el captor, de acuerdo con sus leyes penales*». Anteriormente, se postuló el principio de que las naves en alta mar eran una extensión de la territorialidad del Estado de la bandera. Así, el Estado de la bandera podría ejercer su jurisdicción sobre naves y personas no nacionales por actos de piratería⁷⁸¹. El problema de esta teoría consistiría en que el título por el que un Estado enjuiciaría a los piratas no sería el de jurisdicción universal, sino el principio de territorialidad, ya que si

en los instrumentos internacionales ratificados al efecto, los cuáles regulan también la posibilidad de ejercer la jurisdicción universal en determinadas circunstancias. Entre los instrumentos internacionales que regulan los actos de terrorismo internacional en la mar, encontramos el Convenio para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de la navegación marítima (Convenio SUA 2005). Este convenio regula comportamientos que podrían calificarse como actos piratas, sin embargo el marco en el cual han sido aprobados, es el de la lucha contra el terrorismo internacional, de ahí, que en principio, no sean actos propiamente piratas, sino más bien delitos de terrorismo transnacional o internacional, los cuales podrían ser considerados como delitos de piratería impropios. El Convenio SUA de 2005, establece unos criterios de jurisdicción. En primer lugar impone la adopción de medidas judiciales para que los Estados conozcan de los delitos cometidos por sus nacionales, contra sus buques o a bordo de los mismos y los llevados a cabo en su territorio (incluido su mar territorial); en segundo lugar, el Convenio SUA 2005, faculta a los Estados para que puedan conocer judicialmente de los delitos cuando haya víctimas nacionales, el responsable sea apátrida y tenga su residencia habitual en el Estado y cuando el delito tenga por finalidad obligar al Estado a hacer o no hacer alguna cosa; por último, el Convenio SUA 2005, regula la jurisdicción universal supletoria, cuando el Estado tiene al responsable y no concede su extradición a ninguno de los Estados que tienen jurisdicción para juzgarlo. Como se puede apreciar, los criterios de jurisdicción serán los establecidos en el Convenio SUA 2005, siendo preferentes el criterio de territorialidad, personalidad y protección sobre el de universalidad, el cual, solo se aplicará bajo unos presupuestos concretos. El ejemplo más característico de lo anterior lo constituye el incidente del *Achille Lauro*, K. C. RANDALL. 1988, *loc cit*, pág. 798; cfr. M. HALBERSTAM. 1988, "Terrorism on the high seas: the Achille Lauro, piracy and the IMO Convention on Maritime Safety", en *American Journal of International Law*, Vol. 82, pág. 269 y ss.

⁷⁸¹ Cfr. M. C. BASSIOUNI. 2001, "Jurisdicción Universal para Crímenes Internacionales: Perspectivas Históricas y Práctica Contemporánea", *Virginia Journal of International Law Association*, Vol. 42.

asemejamos el buque de Estado al territorio de su bandera, estaríamos aplicando este título jurisdiccional⁷⁸².

¿Por qué la piratería es considerada como el ejemplo más característico de aplicación de la jurisdicción universal? Hemos de comenzar afirmando que la piratería se caracteriza por el lugar en donde se comete, a saber, la alta mar. Este aspecto podría alegarse para no aplicar la justicia universal, ya que la persecución del pirata no sería universal, sino que estaría constreñida a un determinado espacio marítimo; si la persecución fuese universal podría perseguirse en cualquier espacio marítimo. Igualmente, podríamos sostener que en realidad lo que se aplica es el denominado principio de justicia supletoria, cuya finalidad, *inter alia*, es aplicar justicia en representación de otro Estado que no desea ejercerla. El Estado que juzga delitos de piratería cometidos en alta mar contra buques de otro Estado imparte justicia en su nombre. Por otro lado, la piratería también se caracteriza porque lesiona o pone en peligro bienes jurídicos supranacionales, como la seguridad internacional marítima. Aquí es donde radicaría la aplicación del principio de justicia universal. Dentro de este aspecto, la doctrina ha caracterizado al pirata como un *hostis humani generis*, un genuino delincuente del derecho de gentes, un enemigo de la humanidad⁷⁸³, debido a que su acto criminal afecta a la comunidad internacional⁷⁸⁴. De ahí su relevancia como delito susceptible de represión universal. Nos encontraríamos ante una modalidad de persecución *sui generis*, al tratarse de una combinación de principios jurisdiccionales, de una parte, la justicia supletoria, y de otra parte, la jurisdicción universal. Desde mi punto de vista, se aplicaría la justicia

⁷⁸² Conviene recordar la sentencia de la Audiencia Nacional, de fecha 3 de mayo de 2011, *caso Alakrana*, FJ 1º, en donde se afirmó que la competencia española para conocer de los delitos imputados a los piratas, los cuales, eran constitutivos de actos de piratería, estaba justificada por lo dispuesto en los instrumentos internacionales y en aplicación de lo establecido en el art. 23.1 de la LOPJ, que consagra el principio de territorialidad.

⁷⁸³ J.L. AZCÁRRAGA BUSTAMANTE. 1983, *loc cit*, pág. 166; C. SCHMITT. 2006, *loc cit*, pág. 145; M. P. SCHARF. 2001, “Application of treaty-based...”, *loc cit*, pág. 371. La consideración de *hostis humani generis* fue utilizada en diversas sentencias de Tribunales norteamericanos, cfr. *United States v. Smith* 18 U.S. (5 Wheat.) 153 (1820) y *United States v. Klintock* 18 U.S. (5 Wheat.) 144 (1820); cfr. I. BLANCO CORDERO. 2004, “Crisis del principio...”, *loc cit*, pág. 9; cfr. A. SAMMONS. 2003, *loc cit*, pág. 126.

⁷⁸⁴ J.L. RODRÍGUEZ VILLASANTE y PRIETO. 2010, “Problemas jurídicos...”. *loc cit*, pág. 197.

universal supletoria en su modalidad facultativa, en virtud de lo establecido en el art. 105 de la Convención sobre el Derecho del Mar de 1982⁷⁸⁵.

Podemos concluir que la piratería es un delito susceptible de ser perseguido en aplicación de la justicia universal⁷⁸⁶ al entender la comunidad internacional que el bien jurídico protegido afecta a la comunidad y la seguridad marítima internacional, de ahí su índole de *delictum iuris gentium*⁷⁸⁷. Nuestro ordenamiento jurídico otorga jurisdicción universal a nuestros órganos judiciales para perseguir este comportamiento punible, *ex art. 23.4.c)* de LOPJ. Por otro lado, según el Proyecto de *Princeton* sobre Principios relativos a la Jurisdicción Universal, la piratería sería uno de los delitos susceptibles de ser perseguidos de forma universal⁷⁸⁸, siguiendo de esta forma lo indicado en el borrador del año 1935 sobre la jurisdicción respecto a determinados crímenes⁷⁸⁹.

2. La esclavitud.

Este delito desde el “Quíntuple Tratado” de 20 de diciembre de 1841, suscrito por Austria, Francia, Gran Bretaña, Prusia y Rusia, ha sido igualado al de piratería. Como manifestara QUINTANO RIPOLLÉS, a la cabeza de la tipología de delincuencia de origen internacional acordada en convenciones o tratados, figura como primer y mejor logrado intento la de esclavitud⁷⁹⁰. La esclavitud es el típico injusto que ha sido conformado en vía convencional. No se trataría de un delito de carácter nacional que ha trascendido al ámbito internacional, como pudiera pasar con la falsificación de moneda. Sería un delito que teniendo su origen en el derecho internacional ha encontrado

⁷⁸⁵ Dicho precepto no establece una obligación, sino una facultad, al disponer que: «*Todo Estado puede apresar, en alta mar...un buque o aeronave pirata...*».

⁷⁸⁶ Cfr. Sentencia de la CIJ, de 14 de febrero de 2002, caso *Arrest Warrant*, separate opinion Judge GUILLAUME, pára. 17.

⁷⁸⁷ A. SÁNCHEZ LEGIDO. 2003, *loc cit*, pág. 43.

⁷⁸⁸ Ver art. 2.1 de Princeton Project on Universal Jurisdiction de la Universidad de *Princeton* en New Jersey, 2001.

⁷⁸⁹ Cfr. Draft convention on jurisdiction with respect to crime, *loc cit*, pág. 439 a 442, en cuyo art.9 se establecía la jurisdicción universal para el delito de piratería.

⁷⁹⁰ A. QUINTANO RIPOLLÉS. 1955, *loc cit*, Tomo I, pág. 338.

acomodo en la legislación doméstica. La facultad para perseguir la esclavitud mediante la justicia universal se debe en gran parte a los primeros tratados firmados por Gran Bretaña en los años 1814 y 1841, por los que se otorgaba potestad a los buques de guerra para capturar los barcos que cometiesen trata de esclavos⁷⁹¹. Será en los convenios internacionales en dónde se estipule el carácter de delito susceptible de ser perseguido universalmente. Por ejemplo, el Código de Bustamante de 1928⁷⁹² y el Tratado sobre Derecho Penal Internacional de Montevideo de 1940⁷⁹³ contemplan el ejercicio de la jurisdicción universal supletoria⁷⁹⁴. La equiparación de la esclavitud con la piratería se debe principalmente a que dichos delitos se cometían en el mismo lugar, el alta mar, por lo que en principio ningún Estado podría tener competencia jurisdiccional territorial sobre el mismo. La única solución posible, al igual que la piratería, consistía en otorgar competencia jurisdiccional universal a todos los Estados para reprimir estas conductas. Posteriormente, el acento de represión universal recayó en la naturaleza del delito⁷⁹⁵, al considerarse la esclavitud como un *delicta iuris gentium*⁷⁹⁶. Aun así, podría pensarse que la esclavitud no podía ser susceptible de persecución universal, toda vez que la mayoría de tratados que la prohibían al principio eran acuerdos exclusivos entre Gran Bretaña y los Estados Unidos⁷⁹⁷. Las potencias

⁷⁹¹ Tratado de *Ghent* de 1814 entre los EE.UU y Gran Bretaña, Tratado para la supresión en África de la Trata de Esclavos de 1841, o el posterior tratado de 1862 entre EE.UU y Gran Bretaña que enmendó el de 1814.

⁷⁹² El art. 308 del Código Bustamante, disponía que: «...*el comercio de esclavos, la trata de blancas, ...y los demás delitos de las misma índole contra el derecho internacional, cometidos en alta mar, en el aire libre o en territorios no organizados aun en Estado, se castigarán por el captor, de acuerdo con sus leyes penales*».

⁷⁹³ El art. 14 de dicho Tratado de Montevideo de 1940, establece que: «... *la trata de blancas, ..., quedan sujetos a la jurisdicción y ley del Estado bajo cuyo poder caigan los delincuentes, cualquiera que sea el lugar donde se cometan dichos delitos, sin perjuicio del derecho de preferencia que compete al Estado en el cual los hechos delictuosos sean consumados, de solicitar, por vía de extradición, la entrega de los delincuentes*».

⁷⁹⁴ Cfr. M. OLLÉ SESÉ. 2008, “Justicia universal...”, *loc cit*, pág. 111.

⁷⁹⁵ K. C. RANDALL. 1988, *loc cit*, pág. 800.

⁷⁹⁶ L. OPPENHEIM. 1961, *loc cit*, Tomo I, Vol. I. pág. 307.

⁷⁹⁷ Gran Bretaña aprobó en el año 1807 una ley de prohibición de la esclavitud en su Imperio, la denominada *Slave Trade Act* 1807.

marítimas consideraban la trata de esclavos como un negocio, siendo este acto legal por lo que no podía castigarse universalmente⁷⁹⁸.

Entre los convenios más relevantes referidos a la esclavitud y trata de esclavos encontramos el Tratado de Londres de 1841 entre Gran Bretaña, Francia, Prusia y Rusia; el Acta General de la Conferencia de Berlín sobre el Congo de 1885; el Acta General de la Conferencia antiesclavista de Bruselas de 1890 y el Convenio de St. Germain de 1919. Sin embargo, el Convenio de Ginebra de 1926 para la supresión de la esclavitud y la trata de esclavos, constituye el primer intento de sancionar este delito internacionalmente, definiéndose en el art. 1 tal comportamiento punible y estableciéndose en el art. 2 la competencia para reprimirlo⁷⁹⁹. De estos preceptos se deduce que el título competencial incorporado era el principio de territorialidad, ya que el ámbito de aplicación de dicho tratado se limita a los territorios colocados bajo la jurisdicción, soberanía, protección o dominio de las partes contratantes. No obstante, cierta parte de la doctrina considera que estos delitos forman parte del derecho consuetudinario, por lo que podrían perseguirse universalmente, eso sí, de manera potestativa⁸⁰⁰.

Por otro lado, la Convención suplementaria sobre la abolición de la esclavitud, la trata de esclavos y las instituciones y prácticas análogas a la esclavitud, firmada en Ginebra el 7 de septiembre de 1956⁸⁰¹, tampoco establece expresamente la jurisdicción universal sobre estos delitos⁸⁰². De

⁷⁹⁸ Incluso se pronunciaron resoluciones judiciales que sostuvieron que la esclavitud no constituía una violación del derecho internacional, cfr. U.S. Supreme Court, *case The Antelope*, 23 U.S. 66 (1825) 23 U.S. 66 (Wheat.), cfr. N. BOISTER. 2012, *loc cit*, pág. 37.

⁷⁹⁹ El art. 2 del Convenio de Ginebra de 1926, disponía que «*Las Altas Partes contratantes se obligan, en tanto no hayan tomado ya las medidas necesarias, y cada una en lo que concierne a los territorios colocados bajo su soberanía, jurisdicción, protección, dominio o tutela: a) A prevenir y reprimir la trata de esclavos; b) A procurar de una manera progresiva, y tan pronto como sea posible, la supresión completa de la esclavitud en todas sus formas*».

⁸⁰⁰ Cfr. S. R. RATNER y J. S. ABRAMS. 2001, *loc cit*, pág. 114.

⁸⁰¹ BOE núm. 311, de 29 de diciembre de 1967.

⁸⁰² El art. 3.2 establece que «*Los Estados partes dictarán todas las disposiciones necesarias para impedir que los buques y las aeronaves autorizados a enarbolar su pabellón transporten esclavos y para castigar a las personas culpables de dichos actos o de utilizar el pabellón nacional con ese propósito; Los Estados partes adoptarán todas las disposiciones necesarias*

nuevo puede apreciarse como el título de competencia utilizado es el principio de territorialidad. En este estado de cosas, el elemento clave para considerar la esclavitud como un delito internacional susceptible de ser perseguido universalmente es su naturaleza y asimilación a la piratería⁸⁰³. El origen de la esclavitud como delito susceptible de persecución universal debería fundamentarse en la evolución que ha padecido este injusto, llegando a convertirse en una norma de *ius cogens*⁸⁰⁴. Nuevamente, podemos afirmar que los instrumentos internacionales relativos a la esclavitud contemplaban una justicia supletoria, evolucionando y transformándose con el tiempo en una justicia universal supletoria, al ser actualmente la norma que prohíbe la esclavitud una norma de *ius cogens* y con eficacia *erga omnes*.

Como conclusión, actualmente los Estados pueden perseguir universalmente este delito internacional, principalmente, por su naturaleza, al estar regulado en una norma de *ius cogens*⁸⁰⁵ con eficacia *erga omnes*. Se trataría de una justicia universal supletoria y facultativa, que ha surgido de la evolución y transformación de los principios de colaboración internacional y justicia supletoria, hacia el referido principio cosmopolita⁸⁰⁶. La esclavitud ha sido incluida en el Proyecto de Principios de Princeton sobre Jurisdicción Universal como uno de los delitos susceptibles de ser perseguidos en aplicación de este título jurisdiccional. Asimismo, la esclavitud es considerada como un crimen de lesa humanidad *ex art. 7* del ECPI, cuando se comete de manera sistemática o como parte de un ataque generalizado contra la población civil.

para impedir que sus puertos, aeropuertos o costas sean utilizados para el transporte de esclavos».

⁸⁰³ Cfr. I. BLANCO CORDERO. 2004, “Crisis del principio...”, *loc cit*, pág. 9 y 10, quien afirma que en virtud de la naturaleza *ius cogens* del hecho punible y de su semejanza con el delito de piratería, el derecho consuetudinario ha facultado a los Estados a perseguir universalmente la esclavitud.

⁸⁰⁴ Cfr. M. C. BASSIUNI. 2008, “International crimes:...”, *loc cit*, pág. 138, considera la esclavitud como un delito de naturaleza *ius cogens*; E. KONTOROVICH. 2004, “The piracy analogy...”, *loc cit*, pág. 193 y 194.

⁸⁰⁵ M. C. BASSIUNI. 2001, “Jurisdicción Universal...”, *loc cit*, pág. 26; cfr. S. R. RATNER y J. S. ABRAMS. 2001, *loc cit*, pág. 112.

⁸⁰⁶ Cfr. S. R. RATNER y J. S. ABRAMS. 2001, *loc cit*, pág. 114, quienes entienden que la esclavitud puede ser perseguida universalmente, eso sí, de forma potestativa con base en la costumbre internacional.

3. Falsificación de moneda.

Este comportamiento punible nos demuestra que el principio de justicia universal puede ser aplicado sobre actos que no perjudican o ponen en peligro los derechos humanos. Si bien es cierto que la falsificación de moneda perjudica a la sociedad internacional en su vertiente económica, no es menos cierto que no afecta al núcleo esencial de los derechos humanos, es decir, a los bienes jurídicos más relevantes del ámbito penal, la vida, la integridad física o la libertad, entre otros. Aun así, los Estados han conformado convencionalmente la obligación de perseguir este delito, siempre y cuando concurren ciertos requisitos, la presencia del responsable en el territorio del Estado que pretende juzgarle y la denegación de la extradición solicitada. El art. 9 del Convenio Internacional para la represión de la falsificación de moneda de 1929⁸⁰⁷ regula una justicia universal supletoria, ya que solamente se podrá juzgar al responsable en defecto de una extradición solicitada, por lo que se entiende que principalmente rige el principio de territorialidad y posteriormente, con el fin de no dejar impune el hecho delictivo y dar cumplimiento a la obligación de juzgar, rige el título jurisdiccional universal. En nuestro ordenamiento jurídico, con anterioridad a la reforma efectuada por la Ley Orgánica 1/2009 de 3 de noviembre, la falsificación de moneda podía ser perseguida en virtud del principio de justicia universal, *ex art. 23.4.d)* de la LOPJ. Sin embargo, tras la modificación referida, ya no aparece enunciado expresamente este delito entre los que pueden ser perseguidos universalmente, aunque sí de manera indirecta a través del art. 23.4.h) de la LOPJ que establece que podrá ser perseguido cualquier otro delito que según los tratados y convenios internacionales, en particular los Convenios de derecho

⁸⁰⁷ El art. 9 del Convenio para la represión de la falsificación de moneda dispone que «*Los extranjeros que hubieren cometido en el extranjero hechos de los previstos en el artículo 3, y que se encontraren en el territorio de un país cuya legislación interna admita, como regla general, el principio de perseguir las infracciones cometidas en el extranjero, deberán ser castigados de la misma manera que si el hecho hubiere sido cometido en el territorio de ese país. La obligación de perseguir las infracciones estará subordinada a la condición de que la extradición hubiere sido pedida y que el país a quien se pida tal extradición no pudiese entregar al culpable por motivos que no tengan conexión con la infracción de que se trate*».

internacional humanitario y de protección de los derechos humanos, deba ser perseguido en España.

4. Genocidio.

El genocidio es un crimen internacional *sensu stricto*, por lo que los Estados estarían facultados para juzgarlo mediante el título jurisdiccional universal, sin perjuicio de la existencia de tribunales internacionales que puedan encargarse también de ello. En cualquier referencia que se haga al genocidio debe mencionarse al jurista LEMKIN, ya que éste fue quien por primera vez utilizó este término en su obra *Axis Rule in Occupied Europe*⁸⁰⁸. Asimismo, indicó que el genocidio debería ser perseguido en aplicación del principio de justicia universal⁸⁰⁹, pudiendo ser los propios Estados quienes, previa incorporación en sus códigos penales del delito estudiado, enjuiciaran tales conductas, siendo necesario la elaboración de un tratado internacional toda vez que la gran mayoría de los actos estaban sancionados por el derecho de la Haya, pero no cuando los mismos ocurrían en tiempo de paz⁸¹⁰.

Tal como pronosticó LEMKIN, en el año 1948 se aprobó la Convención para la prevención y la sanción del delito de genocidio, en cuyo art. 1 ya se afirmaba que el genocidio era un crimen internacional, ya fuere cometido en tiempo de guerra o de paz, que las partes se comprometen a prevenir y sancionar⁸¹¹. A pesar de lo manifestado, en relación a la posible aplicación del principio de justicia universal sobre el crimen de genocidio, en el convenio no se estableció expresamente dicha facultad u obligación, ya que en el art. 6 se dispuso que «*Las personas acusadas de genocidio o de uno cualquiera de los actos enumerados en el art. 3, serán juzgadas por un tribunal competente del Estado en cuyo territorio el acto fue cometido, o ante la corte penal*

⁸⁰⁸ R. LEMKIN. 1944. “*Axis Rule in Occupied Europe, laws of occupation, analysis of government, proposals for redress*”, Washington: Carnegie Endowment for international peace.

⁸⁰⁹ *Ibidem*, pág. 92 y 93.

⁸¹⁰ A. GIL GIL. 1999, “Derecho penal...”, *loc cit*, pág. 153.

⁸¹¹ Cfr. S. R. RATNER y J. S. ABRAMS. 2001, *loc cit*, pág. 28.

internacional que sea competente respecto a aquellas de las partes contratantes que hayan reconocido su jurisdicción». Del precepto se deduce que los únicos tribunales competentes para enjuiciar los actos de genocidio serían los del Estado del *locus delicti* o un tribunal penal internacional⁸¹², no haciéndose mención alguna a la posibilidad de que terceros Estados puedan juzgarlo. En definitiva, se formaliza una interpretación restrictiva del precepto, contemplándose el principio de territorialidad y la justicia penal internacional⁸¹³. Conviene reseñar que en los primeros proyectos del convenio sí se recogía el título de jurisdicción universal, aunque posteriormente el mismo fue, en principio, dejado de lado o abandonado de forma absolutamente voluntaria⁸¹⁴.

La interpretación restrictiva del art. 6 del convenio ya fue usada por nuestro Ministerio Fiscal en el seno del sumario nº 19/1997, seguido en el Juzgado Central de Instrucción nº 5 de España, en la causa contra *Adolfo F. Scilingo*. Sin embargo, la Audiencia Nacional, en su auto de fecha 4 de noviembre de 1998, estableció una interpretación distinta del art. 6 del convenio de prevención y sanción del genocidio, en el sentido de considerar posible que terceros Estados juzgasen tales conductas con base en el principio de justicia universal, pero de forma *subsidiaria*, es decir, siempre que no estuvieran conociendo los tribunales del Estado en donde se produjo el delito o la propia de un tribunal penal internacional⁸¹⁵. No todos los juristas defienden

⁸¹² M. OLLÉ SESÉ. 2008, “Justicia universal...”, *loc cit*, pág. 438 y M. INAZUMI. 2005, *loc cit*, pág. 35.

⁸¹³ M^a. D. BOLLO AROCENA. 2004, *loc cit*, pág. 387.

⁸¹⁴ Cfr. M. INAZUMI. 2005, *loc cit*, pág. 150; M^a. D. BOLLO AROCENA. 2004, *loc cit*, pág. 388; esta circunstancia denota que la voluntad de los Estados, al momento de la elaboración del convenio, era reacia a establecer una jurisdicción universal sobre el genocidio.

⁸¹⁵ Auto de la Audiencia Nacional de fecha 4 de noviembre de 1998, FJ 2º: «El artículo 6 del Convenio no excluye la existencia de órganos judiciales con jurisdicción distintos de los del territorio del delito o de un Tribunal internacional. El artículo 6 del Convenio anuncia un Tribunal penal internacional e impone a los Estados parte la obligación de que los genocidios sean obligatoriamente juzgados por los órganos judiciales del Estado en cuyo territorio los delitos se cometieron. Mas sería contrario al espíritu del Convenio -que busca un compromiso de las Partes contratantes, mediante empleo de sus respectivas normativas penales, de persecución del genocidio como delito de derecho internacional y de evitación de la impunidad de crimen tan grave-, tener el citado artículo 6 del Convenio por norma limitativa del ejercicio de la jurisdicción, excluyente de cualquiera otra distinta de las que el precepto contempla. Que las Partes contratantes no hayan acordado la persecución universal del delito

esta última interpretación del precepto, toda vez que en la elaboración del mismo diversos Estados se opusieron a la inclusión del principio de jurisdicción universal, y finalmente, en el texto no se incorporó este principio expresamente⁸¹⁶. Aun así, no podemos obviar ciertas resoluciones judiciales emanadas de la CIJ, en concreto, el dictamen de 28 de mayo de 1951 en el *asunto de las reservas a la convención sobre el genocidio*⁸¹⁷, en donde se puso de relieve el carácter obligatorio de los principios sobre los que se asienta el convenio sobre el genocidio, incluso, al margen de cualquier vínculo convencional, lo que parece conllevar la naturaleza *ius cogens* de esta norma internacional. De otra parte, en el asunto relativo a la *aplicación de la convención sobre la prevención y el castigo del crimen de genocidio*⁸¹⁸, la CIJ incidió en el hecho de que la obligación de prevenir y castigar el crimen de genocidio no está limitada territorialmente por la convención. De las resoluciones judiciales anteriores se deduce que el art. 6 del convenio debe interpretarse de una manera amplia y no restrictiva, toda vez que éste ha alcanzado el *status* de norma de *ius cogens*⁸¹⁹. A su vez, no se constriñe territorialmente la persecución y represión del crimen de genocidio, quedando abierta la extraterritorialidad de la ley penal, en particular, el principio de justicia universal.

por cada una de sus jurisdicciones nacionales no impide el establecimiento, por un Estado parte, de esa clase de jurisdicción para un delito de transcendencia en todo el mundo y que afecta a la comunidad internacional directamente, a la humanidad toda, como el propio Convenio entiende», posteriormente concluye afirmando que «lo que debe reconocerse, en razón de la prevalencia de los tratados internacionales sobre el derecho interno (artículos 96 de la Constitución Española y 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, de 1969), es que el artículo 6 del Convenio para la Prevención y la Sanción del delito de Genocidio impone la subsidiariedad de la actuación de jurisdicciones distintas a las que el precepto contempla, de forma que la jurisdicción de un Estado debería abstenerse de ejercer jurisdicción sobre hechos constitutivos de genocidio, que estuviesen siendo enjuiciados por los Tribunales del país en que ocurrieron o por un Tribunal penal internacional».

⁸¹⁶ A.R. CARNEGIE. 1963, “Jurisdiction over violations of the laws and customs of war”, en *British Yearbook of International Law*, Vol. 39, pág. 409 y B.V.A RÖLING.1960, “The law of war...”, *loc cit*, pág. 349.

⁸¹⁷ Corte Internacional de Justicia, *Dictamen relativo a las reservas a la convención para la prevención y la sanción del crimen de genocidio*, de 28 de mayo de 1951, pára. 23.

⁸¹⁸ Sentencia de la CIJ, de 11 de julio de 1996, caso *Bosnia-Herzegovina v. Yugoslavia*, pára. 31.

⁸¹⁹ Cfr. S. R. RATNER y J. S. ABRAMS. 2001, *loc cit*, pág. 41.

En mi opinión, el genocidio es un *crimen internacional* cuya persecución universal ha sido conformada en vía consuetudinaria⁸²⁰ mediante la aceptación de dicho principio por parte de la comunidad internacional. Más de 60 Estados han incorporado el genocidio como delito capaz de ser perseguido mediante la justicia universal⁸²¹, habiéndose iniciado diversos procesos penales en virtud de este título jurisdiccional en distintos Estados. A modo de ejemplo, en Alemania el caso *Jorgic*, en EE.UU el caso *Demjanjuk*, en Canadá el caso *Finta*, en Israel el caso *Eichmann*, en Francia el caso *Munyeshyaka* y en Suiza el caso *Niyonteze*, entre otros. Asimismo, distintas resoluciones judiciales de tribunales internacionales han afirmado esta posición. La Corte Internacional de Justicia en el caso *Bosnia-Herzegovina v. Yugoslavia*, afirmó que «*Los derechos y obligaciones en la convención son derechos y obligaciones erga omnes. La Corte observa que la obligación que de esta forma alcanza a todo Estado de prevenir y castigar el crimen de genocidio no ésta territorialmente limitada por la convención*⁸²²». La CIJ sostuvo que las obligaciones del convenio, consistentes en prevenir y reprimir las conductas genocidas, al ser *erga omnes*, afectaban a toda la comunidad internacional dando igual que fueran partes o no del convenio. El Tribunal Penal Internacional para Yugoslavia afirmó en el caso *Tadic* que «*la jurisdicción universal hoy en día está reconocida para los crímenes internacionales*⁸²³»; de igual forma, en el caso *Furundzija* sostuvo que “*ha sido mantenido que los crímenes internacionales siendo universalmente condenables donde quiera que estos ocurran, cada Estado tiene derecho a perseguir y castigar a los autores de tales crímenes. Como afirmó en términos generales la Corte Suprema de Israel en el asunto Eichmann, y como se hizo eco en los tribunales de los EE.UU en el caso Demjanjuk, “es el carácter universal de los crímenes en cuestión lo que confiere a cada Estado la*

⁸²⁰ Cfr. M. INAZUMI. 2005, *loc cit*, pág. 154.

⁸²¹ Amnesty International. 2001, “*Universal Jurisdiction: the duty of the status to enact and implement legislation*”, Chapter eight: Genocide, state practice and the national level, pág. 5; en el mismo sentido, B. S. BROWN. 2001, *loc cit*, pág. 393.

⁸²² Sentencia de la CIJ, de 11 de julio de 1996, caso *Bosnia-Herzegovina v. Yugoslavia*, pára. 31.

⁸²³ *Prosecutor v. Dusko Tadic*, IT-94-1-AR72, Decision on the defence motion for interlocutory appeal on jurisdiction, 2 October 1995, pára. 62.

autoridad para juzgar y castigar a aquellos que participan en dichos delitos⁸²⁴». El Tribunal Penal Internacional para Ruanda afirmó en el caso *Ntuyahaga* que la jurisdicción universal existía para el crimen de genocidio⁸²⁵. Además, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos indicó en el caso *Jorgic*, en su sentencia de 12 de julio del 2007, que la condena impuesta por los tribunales alemanes no vulneró, en ningún momento, el derecho a un tribunal competente, pudiendo por lo tanto terceros Estados juzgar el crimen de genocidio con base en la jurisdicción universal, aunque éste no se cometiera en su territorio⁸²⁶. A mayor abundamiento, en el art. 8 del PCCPSH se incluyó el genocidio como crimen susceptible de persecución universal, llegando a indicar la CDI que dicho crimen podía perseguirse universalmente⁸²⁷. En síntesis, este crimen internacional puede ser perseguido en aplicación del principio cosmopolita⁸²⁸, no limitándose tal facultad sólo al Estado en dónde se cometió el hecho punible.

Todo lo precitado confirma la evolución del genocidio como crimen internacional que en un primer momento se sustentaba su persecución tanto por el principio de territorialidad como por medio de un tribunal penal internacional, para en un segundo momento, desembocar en una persecución universal⁸²⁹. La jurisdicción universal aplicable al genocidio es facultativa y subsidiaria o supletoria, tal regla se encuentra en el derecho consuetudinario,

⁸²⁴ Sentencia del TPIY (Trial Chamber), de fecha 10 de diciembre de 1998, *Prosecutor v. Furundzija*, IT-95-17/1-T, pára. 156.

⁸²⁵ *Prosecutor v. Ntuyahaga*, ICTR-98-40-T, Decision on the Prosecutor motion to withdraw the indictment, 18 March 1999, pto. 1º.

⁸²⁶ Sentencia del TEDH, de fecha 12 de julio de 2007, caso *Jorgic v. Alemania*, pára. 66 y ss.

⁸²⁷ Doc. UN A/51/10, pág. 45 y ss., «(...) la comisión observó que en la convención para la represión y sanción del genocidio (art. 6) se restringe la competencia de los tribunales nacionales a los del Estado en cuyo territorio se cometió el crimen. La disposición actual extiende la competencia de los tribunales nacionales respecto del crimen de genocidio enunciado en el art. 18 del proyecto a todos los Estados parte en el Código. La Comisión consideró que dicha ampliación se justificaba plenamente en vista de la naturaleza del genocidio, que era un crimen de derecho internacional respecto del cual existía jurisdicción universal según el derecho consuetudinario para los Estados que no eran parte en la Convención (...)».

⁸²⁸ En el mismo sentido, I. BLANCO CORDERO. 2007, "Report General...", *loc cit*, pág. 109; K. C. RANDALL. 1988, *loc cit*, pág. 835 y 836; T. MERON. 1995, "International Criminalization of Internal Atrocities", en *American Journal of International Law*, Vol. 89, pág. 554 y 569; M. C. BASSIOUNI. 2001, "Jurisdicción Universal...", *loc cit*, pág. 18 y 19 y M. OLLÉ SESÉ. 2008, "Justicia universal...", *loc cit*, pág. 463 y ss.

⁸²⁹ Cfr. E. ORIHUELA CALATAYUD. 2000, "Aplicación del derecho...", *loc cit*, pág. 248.

por lo que no podemos referirnos a una justicia universal obligatoria primaria⁸³⁰. Dentro de nuestro ordenamiento jurídico no hay duda de que el genocidio puede perseguirse de forma universal, ya que el art. 23.4.a) de la LOPJ lo enuncia expresamente. Debemos señalar que en el Proyecto de Principios de *Princeton* sobre Jurisdicción Universal, el genocidio aparece como uno de los comportamientos punibles sobre los que se puede ejercer la justicia universal.

5. Terrorismo transnacional e internacional.

Aunque el terrorismo⁸³¹ es un delito que aparece en la mayoría de las legislaciones penales, actualmente no existe un tratado global que contenga una definición sobre este delito que satisfaga a la comunidad internacional plenamente⁸³². A pesar de lo dicho, el gran número de Estados que han

⁸³⁰ Cfr. M. INAZUMI. 2005, *loc cit*, pág. 156.

⁸³¹ Cfr. J.L. RODRÍGUEZ VILLASANTE y PRIETO. 2007, “Terrorismo y derecho internacional humanitario”, en *Derecho Internacional Humanitario*, Coord. J. L. RODRÍGUEZ VILLASANTE y PRIETO, Valencia: Tirant Lo Blanch, pág. 217 y ss.

⁸³² A pesar de lo manifestado no podemos obviar la importante resolución judicial del STL *Prosecutor v. Mustafa Amine Badreddine, Salim Jamil Ayyash, Hussein Hassan Oneissi y Assad Hassan Sabra*, Interlocutory decision on the applicable law: terrorism, conspiracy, homicide, perpetration, cumulative charging, 16 February 2011, STL-11-01/I, pára. 83, en donde se afirma que una definición del concepto de terrorismo ha surgido del derecho consuetudinario. La ausencia de una definición de terrorismo, unívoca y aceptada por la totalidad de la comunidad internacional, ha servido de justificación a algunos tribunales de los EE.UU, a fin de no reconocer la justicia universal en la persecución de dicho delito. Así en el caso *United States v. Yousef and Others* la Corte de Apelaciones de los EE.UU en su decisión de fecha 4 de abril de 2003, siguiendo la postura ya adoptada por la Corte de Apelaciones del Distrito de Columbia del año 1984, en el caso *Tel-Oren*, mantuvo que «*there continues to be strenuous disagreement between states about what actions do or do not constitute terrorism (...) does not provide a basis for universal jurisdiction*». Del mismo modo piensan diversos juristas, entre otros, R. MUSHKAT. 1980, “Technical impediments on the way to a universal definition of international terrorism”, en *Indian Journal of International law*, Vol. 20, pág. 448-71; R. HIGGINS. 1997, “The general international law of terrorism”, en *Terrorism and International Law*, Editores: R. HIGGINS y M. FLORY, London: Routledge, pág. 14 a 19; D. KASH. 1993, “Abductions of terrorist in international airspace and on the high seas”, en *Florida Journal of International Law*, Vol. 8, pág. 72; cfr. A. J. COLANGELO. 2005, “The new universal jurisdiction: *in absentia*...”, *loc cit*, pág. 594; R. CRYER *et al.* 2008, *loc cit*, pág. 283. Sin embargo, de otra parte han existido resoluciones judiciales que afirmaban la existencia de jurisdicción universal para los delitos de terrorismo internacional, cfr. United States District Court, District of Columbia, *Flatow v. Islamic Republic of Iran*, judgment 11 March 1998 y United States Court of Appeals for the District of Columbia Circuit, 924 F.2d 1086 (1991), *United States v. Yunis*, judgment 29 January 1991, pára. 18 y 23; cfr. F. PIGNATELLI y MECA. 2004, “El terrorismo como crimen de lesa humanidad y crimen de Guerra en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional”, en *Lucha contra el terrorismo y derecho*

ratificado algunos de los convenios contra el terrorismo, la diversidad regional de dichos Estados y el bien jurídico que se protege en aquéllos, el cual afecta a la comunidad internacional, podría hacernos pensar que algunos de los instrumentos internacionales de lucha contra el terrorismo suscritos pudieran haber cristalizado en normas de *ius cogens*, es decir, imperativas para la comunidad internacional y de eficacia *erga omnes*⁸³³. A falta de un tratado global que defina el terrorismo en tiempo de paz se han ratificado numerosos convenios sectoriales que tienen por finalidad la cooperación internacional en la lucha contra el “terror”, dotándose a los tribunales de los Estados Parte de una jurisdicción penal extraterritorial⁸³⁴. Asimismo, los convenios internacionales que regulan el terrorismo en tiempo de paz se han caracterizado porque surgían según se cometían los actos de terror. Los Estados reaccionaban de esta forma para evitar o reprimir estos delitos⁸³⁵, a fin de que no quedaran impunes, implementándose asimismo un sistema de colaboración interestatal y de asistencia judicial para extraditar a los responsables.

5.1. Clases de terrorismo.

5.1.1. *Terrorismo interno.*

Ciertamente, los mencionados instrumentos internacionales de lucha contra el terrorismo no han establecido una definición de terrorismo internacional, solo han enumerado una serie de comportamientos que son constitutivos de terrorismo. La realidad es que estos tratados internacionales nos conducen al delito de terrorismo transnacional, el cual debe diferenciarse del internacional. Así pues, el punto de partida se encuentra en las distintas

internacional, Cuadernos de Estrategia núm. 133 del Instituto Español de Estudios Estratégicos, pág. 217.

⁸³³ Cfr. M. DIEZ DE VELASCO. 2002, *loc cit*, pág. 73, a fin de determinar la naturaleza de este tipo de normas internacionales.

⁸³⁴ Cfr. R. CRYER *et al.* 2008, *loc cit*, pág. 282, 284 y ss.; C. LAMARCA PÉREZ. 1985. “*Tratamiento Jurídico del Terrorismo*”, Madrid: Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia, pág. 37 y ss.; cfr. R. KOLB. 2004, “The exercise of criminal jurisdiction over international terrorist”, en *Enforcing International Laws Norms against the Terrorism*, Editor: A. BIANCHI, Oxford and Portland: Hart Publishing, pág. 227.

⁸³⁵ Cfr. I. BANTEKAS y S. NASH. 2007, *loc cit*, pág. 196.

clases de terrorismo existentes que, en la presente investigación, se reducirán al terrorismo interno y al transnacional. Dentro del terrorismo interno encontramos el terrorismo subversivo y el estatal, y en el terrorismo transnacional, hallamos el terrorismo transnacional *strictu sensu* y el internacional. Hablaremos de un terrorismo interno cuando los actos de terror se lleven a cabo íntegramente en el territorio de un Estado y los objetivos de los mismos sean nacionales de dicho Estado, es decir, cuando el hecho punible no afecte a nacionales e intereses de otro Estado, ni se haya cometido, en todo o en parte, el delito en otro Estado⁸³⁶. En esta situación, normalmente no serían de aplicación los instrumentos internacionales de lucha contra el terrorismo en lo relativo a la aplicación de títulos de jurisdicción extraterritoriales, aunque los principios de cooperación judicial sí lo serían⁸³⁷. El terrorismo interno subversivo es el llevado a cabo por grupos u organizaciones criminales dentro de un Estado contra la paz pública y orden constitucional del mismo. El terrorismo interno estatal comprendería los actos de terror practicados por agentes estatales siguiendo directrices del propio gobierno, normalmente, dirigidos contra la población civil o ciertas organizaciones o grupos de carácter político, étnico, religioso u otros distintos⁸³⁸.

5.1.2. *Terrorismo transnacional.*

El terrorismo transnacional *strictu sensu*, es aquél que de una u otra manera atraviesa fronteras estatales, básicamente porque quienes lo ejecutan

⁸³⁶ Cfr. H. OLÁSULO ALONSO y A.I. PÉREZ CEPEDA. 2008, “*Terrorismo internacional y conflicto armado*”, Valencia: Tirant Lo Blanch, pág. 30.

⁸³⁷ Por ejemplo, el art. 3 del Convenio internacional de Nueva York de 1997 para la represión de atentados terroristas con bombas, dispone que: «*Salvo lo dispuesto en los art. 10 a 15, según corresponda, el presente Convenio no será de aplicación cuando el delito se haya cometido en un Estado, el presunto delincuente y las víctimas sean nacionales de ese Estado y el presunto culpable se halle en el territorio de ese Estado y ningún otro Estado esté facultado para ejercer la jurisdicción...*». Este precepto denota que dicho tratado solo será de aplicación cuando nos hallemos ante actos de terrorismo transnacional e internacional, sin perjuicio de los principios de colaboración y extradición que se regulan en el mismo. De igual manera se pronuncia el art. 3 del convenio internacional para la represión de la financiación del terrorismo de 1999, el art. del convenio internacional para la represión de los actos de terrorismo nuclear de 2005, art 13 de la convención internacional contra la toma de rehenes de 1979 y el art. 3 del convenio para la represión de apoderamiento ilícito de aeronaves de 1970, cfr. F. VACAS FERNÁNDEZ. 2011, *loc cit*, pág. 157.

⁸³⁸ Cfr. M. DÍEZ DE VELASCO, *loc cit*, pág. 747.

mantienen estructuras organizativas o desarrollan actividades violentas en más de un país, incluyéndose por lo común territorios sobre los que no tienen jurisdicción alguna las autoridades a las que se dirigen en última instancia sus demandas. Los comportamientos punibles afectan a más de un país y nacionales de distintos Estados. Por otro lado, el terrorismo internacional, el cual deriva del transnacional, es aquél que se practica con la deliberada intención de afectar a la estructura y distribución de poderes de una región de la comunidad internacional, cuyos actores, bien individuales o colectivos, han extendido sus actividades por un número amplio de Estados o áreas geopolíticas, en consonancia con sus propósitos criminales⁸³⁹. En cualquier caso, tanto en el terrorismo transnacional *strictu sensu*, como en el internacional, los comportamientos punibles lesionan o ponen en peligro la paz y seguridad internacional, al igual que podría ocurrir con el terrorismo interno si éste alcanza un umbral concreto, a causa de las víctimas causadas o medios de terror empleados. Igualmente, el terrorismo estatal que sea parte integrante de un ataque generalizado o sistemático contra la población civil atentaría contra bienes jurídicos internacionales, al poder constituir un crimen de lesa humanidad⁸⁴⁰ o crimen de guerra, si se produce en el marco de un conflicto armado⁸⁴¹

⁸³⁹ FERNANDO REINARES. 2005, “Conceptualizando el terrorismo internacional”, ARI núm. 79/2005, en *Real Instituto ElCano*, pág. 2; cfr. H. OLÁSULO ALONSO y A.I. PÉREZ CEPEDA. 2008, *loc cit*, pág. 31. Según RAMÓN CHORNET, el terrorismo es internacional cuando existe un elemento internacional, siendo éstos los siguientes: cuando el acto afecta a los intereses de más de un Estado o cuando el acto perjudica a un bien jurídico internacional (cónsules, civiles inocentes, diplomáticos...) cfr. C. RAMÓN CHORNET. 1993, “*Terrorismo y respuesta de fuerza en el marco del derecho internacional*”, Valencia: Tirant lo Blanch, pág. 136. En realidad, los elementos descritos nos conducen al terrorismo transnacional. Asimismo, debemos tener en cuenta que en la actualidad el terrorismo internacional según el Consejo de Seguridad de Naciones Unidas, amenaza a la paz y seguridad internacional, afectando a la comunidad internacional en sí, de ahí, en parte, su posible persecución universal por la naturaleza del delito; cfr. A. CASSESE. 2004, “Terrorism as an international crime”, en *Enforcing International Laws Norms against the Terrorism*, Editor: A. BIANCHI, Oxford and Portland: Hart Publishing, pág. 219; el elemento principal para considerar el terrorismo como internacional radica en que éste debe ser transnacional, es decir, que afecte a más de un Estado no estando limitado exclusivamente a uno sólo, por las personas implicadas o por la ayuda prestada, A. CASSESE. 2008, “International Criminal...”, *loc cit*, pág. 166.

⁸⁴⁰ Cfr. A. CASSESE. 2004, “Terrorism as...”, *loc cit*, pág. 222; cfr. F. PIGNATELLI y MECA. 2004, “El terrorismo...”, *loc cit*, pág. 199 y ss.

⁸⁴¹ Cfr. art. 33.1 del Convenio de Ginebra relativo a la protección de personas civiles en tiempo de guerra de 12 de agosto de 1949 (en adelante, GIV) y art. 51.2 y 51.4 del Protocolo Adicional I a los Convenios de Ginebra relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales, el elemento subjetivo básico que debe concurrir para que

5.2. Concepto de terrorismo.

En las conferencias internacionales para la unificación del derecho penal celebradas a partir del año 1930 se intentó definir el terrorismo, teniendo en cuenta los problemas y preocupaciones de aquella época⁸⁴². Posteriormente, la Convención para la Prevención y Represión del Terrorismo de Ginebra de 1937⁸⁴³, definió el terrorismo en su art. 1.2 como «*aquellos actos criminales dirigidos contra un Estado y cuyo fin y naturaleza sea provocar el terror en personalidades determinadas, grupos de personas o entre el público*». La definición anterior merece cierto elogio, ya que es una de las pocas que se ha realizado en el ámbito del derecho internacional. A pesar de ello, la misma no es completa, toda vez que deja de forma indeterminada la *mens rea* del acto terrorista, es decir, la creación de un estado de terror⁸⁴⁴, pudiéndose confundir con un delito común. Así pues, a falta de una definición expresa de lo que debe entenderse por terrorismo, la comunidad internacional ha optado por aprobar una serie de tratados en los cuales se hace una enumeración de los actos que son constitutivos de *terror*. Hay una parte de la doctrina que entiende que es posible determinar una definición de acto terrorista⁸⁴⁵, siempre en tiempos de paz, basándose en el conjunto de tratados internacionales universales celebrados entre los Estados y la legislación nacional de éstos⁸⁴⁶. Hay otro

un acto de terrorismo sea constitutivo de un crimen de guerra, es que éste tenga por finalidad causar el terror entre la población civil, cfr. A. CASSESE. 2008, “International Criminal...”, *loc cit*, pág. 172 y 173; cfr. J. L. RODRÍGUEZ VILLASANTE y PRIETO. 2007, “Terrorismo y derecho...”, *loc cit*, pág. 228 y ss.; H.P. GASSER. 2002, “Actos de Terror, Terrorismo y Derecho Internacional Humanitario”, en *Revista Internacional de la Cruz Roja*, núm. 847, pág. 6; cfr. F. PIGNATELLI y MECA. 2004, “El terrorismo...”, *loc cit*, pág. 204 y ss.

⁸⁴² Cfr. F. VACAS FERNÁNDEZ. 2011, *loc cit*, pág. 47 y ss.; C. RAMÓN CHORNET. 1993, *loc cit*, pág. 112 y ss.

⁸⁴³ League of Nations, LN Docs. C94.M.47.1938.V y C.222.M.162.1937, impreso en Doc. UN. ONU A/C.6/418, de 2 de noviembre de 1972, Anexo I; R. CRYER *et al.* 2008, *loc cit*, pág. 284; C. LAMARCA PÉREZ. 1985. “Tratamiento Jurídico...”, *loc cit*, pág. 37.

⁸⁴⁴ Cfr. I. BANTEKAS y S. NASH. 2007, *loc cit*, pág. 195; en la misma posición Jiménez de Asúa, quién entendía que no se estableció ningún móvil determinado, L. JIMÉNEZ DE ASÚA. 1952, “Tratado de derecho...”, *loc cit*, pág. 1160 y H.P.GASSER. 2002, *loc cit*, pág. 4.

⁸⁴⁵ JIMÉNEZ DE ASÚA en su ilustre Tratado de Derecho Penal, manifestó que el terrorismo se caracteriza por la alarma social que producía, motivado por los medios de estrago que se solían emplear, llegando a considerarlo, ya en el año 1950 como un delito internacional, L. JIMÉNEZ DE ASÚA. 1952, “Tratado de Derecho...”, Vol. II, *loc cit*, pág. 1159.

⁸⁴⁶ A. CASSESE. 2008, “International Criminal...”, *loc cit*, pág. 165, este autor propugna que los elementos principales para establecer la definición de terrorismo internacional sean los siguientes: a) actos normalmente criminalizados bajo el derecho penal nacional/estatal o la

sector doctrinal que opina que una definición del terrorismo podría ser contraproducente, ya que limitaría o dificultaría los avances políticos y legislativos en la lucha contra el terror⁸⁴⁷.

RODRÍGUEZ VILLASANTE define el terrorismo como un fenómeno de desviación social violento que altera la paz pública de un sistema institucionalizado, utilizando medios comisivos capaces de infundir temor y causar un riesgo injusto a la comunidad social⁸⁴⁸. SAUL sostiene que el terrorismo sería todo acto violento de naturaleza criminal que causa la muerte o lesiones a las personas, o pone en peligro la integridad física de las mismas o los bienes de éstas o de otra persona, bien jurídica bien física, cometidos fuera de un conflicto armado, por motivos políticos, ideológicos, étnicos u otros, con la intención de causar el terror entre la población o compeler a un Estado u organización internacional a hacer o abstenerse de hacer algo⁸⁴⁹. Sin perjuicio de lo antedicho, el Tribunal Especial para el Líbano afirma que en virtud del derecho consuetudinario, una definición de terrorismo internacional puede establecerse, principalmente, en tiempo de paz, requiriéndose tres elementos:

- i. La comisión o amenaza de un acto criminal.
- ii. La intención de diseminar el miedo o terror entre la población o compeler a una autoridad nacional o internacional a tomar alguna medida o abstenerse de adoptarla.
- iii. Un elemento transnacional como parte del acto criminal⁸⁵⁰.

asistencia para la comisión de los mismos siempre que ellos sean llevados a cabo en tiempo de paz; b) estos actos deben intentar provocar un estado de terror en la población o coaccionar a un Estado o a una organización internacional para que adopte ciertas acciones; c) finalmente, dichos actos delictivos deben estar motivados política o ideológicamente, es decir, no deben fundamentarse en motivos propiamente privados o personales; CASSESE entiende que el terrorismo internacional actualmente podría constituir un crimen internacional en virtud del derecho consuetudinario, cfr. A. CASSESE. 2004, "Terrorism as...", *loc cit*, pág. 213.

⁸⁴⁷ Cfr. C. RAMÓN CHORNET, *loc cit*, pág. 162.

⁸⁴⁸ J.L. RODRÍGUEZ VILLASANTE y PRIETO. 2007, "Terrorismo y derecho...", *loc cit*, pág. 221; cfr. H. OLÁSULO ALONSO y A.I. PÉREZ CEPEDA. 2008, *loc cit*, pág. 29; cfr. F. VACAS FERNÁNDEZ. 2011, *loc cit*, pág. 145 y ss.

⁸⁴⁹ B. SAUL. 2008, "Defining terrorism in international law", Oxford: Oxford University Press, pág. 65 y ss.; cfr. F. VACAS FERNÁNDEZ. 2011, *loc cit*, pág. 164.

⁸⁵⁰ Cfr. *Prosecutor v. Mustafa Amine Badreddine, Salim Jamil Ayyash, Hussein Hassan Oneissi y Assad Hassan Sabra*, Interlocutory decision on the applicable law: terrorism,

A causa de lo afirmado por el Tribunal Especial para el Líbano, actualmente no podremos obviar la posibilidad de establecer una definición del terrorismo en tiempo de paz, la cual ha surgido del derecho consuetudinario. Una posible definición de terrorismo debería comprender los presupuestos mencionados por el Tribunal Especial para el Líbano. Así podríamos decir que el terrorismo internacional en tiempo de paz constituye todo acto o amenaza de violencia cuya finalidad es infundir el terror en la población civil o coaccionar a un Gobierno para que realice o se abstenga de realizar alguna medida. Existen tratados internacionales que nos ofrecen una posible definición de terrorismo, *inter alia*, el Convenio Internacional para la represión de la financiación del terrorismo *ex art. 2.1.a)* y *b)*⁸⁵¹ y el Convenio Internacional para la represión de los actos de terrorismo nuclear, *ex art. 2.1.b)*⁸⁵². En definitiva, los actos de terror se caracterizan por dirigirse contra la población civil a fin de atemorizarla o por tener un componente político⁸⁵³ e ideológico claro que se manifiesta en la coacción al Estado, a personas jurídicas/naturales u organizaciones internacionales para que hagan o se abstengan de hacer

conspiracy, homicide, perpetration, cumulative charging, 16 February 2011, STL-11-01/I, pára. 85; K. AMBOS. 2012, “Creatividad judicial en el Tribunal Especial pára el Líbano: ¿es el terrorismo un crimen internacional?, en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 3º Época, nº 7, pág. 158 y ss.

⁸⁵¹ El art. 2.1 a) establece que «Comete delito en el sentido del presente convenio, quien por el medio que fuere, directa o indirectamente, ilícita y deliberadamente, provea o recolecte fondos con la intención de que se utilicen, o a sabiendas de que serán utilizados, en todo o en parte, para cometer: un acto que constituya un delito comprendido en el ámbito de uno de los tratados enumerados en el anexo y tal como esté definido en ese tratado; o, cualquier otro acto destinado a causar la muerte o lesiones corporales graves a un civil o a cualquier otra persona que no participe directamente en las hostilidades en una situación de conflicto armado, cuando, el propósito de dicho acto, por su naturaleza o contexto, sea intimidar a una población u obligar a un gobierno o a una organización internacional a realizar un acto o a abstenerse de hacerlo».

⁸⁵² El art. 2.1 b) dispone que «Comete delito en el sentido del presente convenio, quien ilícita e intencionadamente: utilice en cualquier forma material radiactivo o un dispositivo, o utilice y dañe una instalación nuclear en forma tal que provoque la emisión o entrañe el riesgo de provocar la emisión de material radiactivo: con el propósito de causar la muerte o lesiones graves corporales; con el propósito de causar daños considerables al medio ambiente o bienes o con el propósito de obligar a una persona natural o jurídica, una organización internacional o un Estado a realizar o abstenerse de realizar algún acto»; cfr. N. BOISTER. 2012, *loc cit*, pág. 68, afirma que el Convenio de Nueva York de 1997 contra los atentados terroristas con bombas, sería uno de los primeros convenios que estableciesen una definición de terrorismo.

⁸⁵³ J. R. SERRANO PIEDECASAS. 2000, “Terrorismo”, en *Crimen Internacional y Jurisdicción Universal. El caso Pinochet*, Coord. M. GARCÍA ARÁN y D. LÓPEZ GARRIDO, Valencia: Tirant Lo Blanch, pág. 132 y ss.; dicho autor considera el terrorismo como un delito internacional cuyo componente político hace muy difícil su definición, llegando a definirlo como *la utilización de la violencia como instrumento de intervención política, mediante la generación del terror y la inseguridad*.

algo⁸⁵⁴. Los actos meramente privados o personales deberían excluirse del concepto de terrorismo⁸⁵⁵.

5.3. *Finalidad de los tratados de lucha contra el terrorismo.*

La mayoría de los tratados celebrados tienen por finalidad determinar qué actos son constitutivos de terrorismo, así como establecer mecanismos de asistencia jurídica, cooperación internacional y la obligación de los Estados Parte para reprimirlos y prevenirlos. La cooperación que aparece en la mayoría de los tratados aprobados se fundamenta a partir del establecimiento obligatorio de una jurisdicción estatal sobre los injustos regulados atendiendo al lugar de su comisión, y eventualmente, a la nacionalidad y/o residencia de sus sujetos activos y/o pasivos⁸⁵⁶. De otra parte, se formaliza la obligación que tienen las autoridades del Estado en donde ha sido encontrado el delincuente de facilitar su extradición o enjuiciar⁸⁵⁷ a éste, regla *aut dedere aut iudicare* y también se regula la aceptación de cualquier otra base de jurisdicción penal dispuesta por los Estados Parte⁸⁵⁸. La voluntad de los Estados ha sido la de

⁸⁵⁴ Cfr. F. PIGNATELLI y MECA. 2004, “El terrorismo...”, *loc cit*, pág. 199.

⁸⁵⁵ Asimismo, resulta interesante hacer referencia al concepto dado en el Proyecto de Convenio General sobre el Terrorismo internacional, que actualmente está elaborando la AGNU, Doc. UN. A/C.6/65/L.10 de 3 de noviembre del 2010, en cuyo art. 2 se dispone que «Comete delito en el sentido del presente Convenio quien ilícita e intencionalmente y por cualquier medio cause: a) La muerte o lesiones corporales graves a cualquier persona; o b) Daños graves a bienes públicos o privados, incluidos un lugar de uso público, una instalación pública o gubernamental, una red de transporte público, una instalación de infraestructura o el medio ambiente; o c) Daños a los bienes, lugares, instalaciones o redes a que se hace referencia en el apartado b) del párrafo 1 del presente artículo, que produzcan o puedan producir un gran perjuicio económico; cuando el propósito de tal acto sea, por su naturaleza o contexto, intimidar a la población u obligar a un gobierno o a una organización internacional a realizar o abstenerse de realizar un determinado acto». Como puede apreciarse, en la definición dada, sí se establece la *mens rea* del tipo, la cual consiste en intimidar a la población u obligar a un gobierno u organización internacional a realizar o abstenerse de ejecutar un acto, dicha *mens rea* coincide con los últimos intentos de definición del terrorismo elaborados, entre otros en el convenio de represión de la financiación del terrorismo de 1997.

⁸⁵⁶ N. BOISTER. 2012, *loc cit*, pág. 137 y 138.

⁸⁵⁷ S. BETTI. 2006, “The duty to bring terrorist to justice and discretionary prosecution”, en *Journal of International Criminal Justice*, n° 4, pág. 1109; N. BOISTER. 2012, *loc cit*, pág. 147; L. N. SADAT. 2004, “Terrorism and the rule of law”, en *Washington University Global Studies Law Review*, Vol. 3, pág. 147.

⁸⁵⁸ A. REMIRO BROTONS. 2001, “Los crímenes de...”, *loc cit*, pág. 73.

otorgarse una jurisdicción extraterritorial cuando concorra un elemento transnacional en el acto terrorista⁸⁵⁹.

5.4. *El terrorismo como delito internacional.*

Cierto sector doctrinal opina que el conjunto de tratados relativos al terrorismo constituyen normas de *ius cogens* con eficacia *erga omnes*, incorporándose en ellos el principio de universalidad para la represión de tales actos⁸⁶⁰. Otro sector opina que en materia de terrorismo los convenios al efecto prevén la jurisdicción universal con carácter obligatorio con base en la alternativa de juzgar o extraditar⁸⁶¹, otros consideran que en los mismos no hay jurisdicción universal alguna⁸⁶² y hay quién entiende que se regula una jurisdicción cuasiuniversal⁸⁶³. A mi juicio, muchos de los instrumentos internacionales contemplan la jurisdicción universal supletoria y subsidiaria, dependiendo de las circunstancias. Esto se debe, principalmente, a la naturaleza del delito, que es considerado una amenaza para la paz y seguridad

⁸⁵⁹ Los presupuestos transnacionales podrían ser los configurados en el art. 3.2 de la Convención de las Naciones Unidas sobre la delincuencia organizada transnacional de Nueva York de 2000, es decir, cuando se comete en más de un Estado; cuando se comete dentro de un solo Estado pero una parte sustancial de su preparación, planificación, dirección o control se realiza en otro Estado; cuando se comete dentro de un solo Estado pero entraña la participación de un grupo delictivo organizado que realiza actividades delictivas en más de un Estado; o cuando se comete en un solo Estado pero tiene efectos sustanciales en otro Estado.

⁸⁶⁰ A. REMIRO BROTONS. 2001, “Los crímenes de...”, *loc cit.*, pág. 80.

⁸⁶¹ A. SÁNCHEZ LEGIDO. 2003, *loc cit.*, pág. 74; D. FREESTONE. 1997, “International Cooperation against terrorism and the development of international law principles of jurisdiction”, en *Terrorism and International Law*, Editores: R. HIGGINS y M. FLORY, London: Routledge, pág. 50; G. GUILLAUME. 1989, “Terrorisme et droit international”, en *Recueil des Cours de l’Academie de Droit International*, Vol. 215, pág. 300; K. C. RANDALL. 1988, *loc cit.*, pág. 819; Y. DINSTEIN. 1989, “Terrorism as an International Crime”, en *Israel Yearbook on Human Rights*, Vol. 19, pág. 69 y 70; G. DE LA PRADELLE. 2000, “La competence universelle”, en *Droit International Penal*, Editores: H. ASCENSIO, E. DECAUX y A. PELLET, Paris, pág. 908; A. J. COLANGELO. 2007, “Constitutional limits...”, *loc cit.*, pág. 183; D. O’DONELL. 2006, “International treaties against terrorism and the use of terrorism during armed conflict and by armed forces” en *Revista Internacional de la Cruz Roja*, Vol. 88, n° 864, pág. 856; N. BOISTER. 2012, *loc cit.*, pág. 148.

⁸⁶² M. JAÉN VALLEJO. 2006, “Legalidad y extraterritorialidad en el derecho penal internacional”, Barcelona: Atelier, pág. 95.

⁸⁶³ S. A. WILLIAMS. 1988, “International Law and terrorism: Age-old problems, different targets”, en *Czech Yearbook of International Law*, Vol. 26, pág. 91; B.H. OXMAN. 1984, “Jurisdiction of States”, en *Encyclopedic of Public International Law*, Vol. 10, pág. 281; . M. N. SHAW. 2008, *loc cit.*, pág. 674; R. CRYER *et al.* 2008, *loc cit.*, pág. 283.

internacional⁸⁶⁴ convirtiéndolo en una especie de *delicta iuris gentium*⁸⁶⁵, debiendo ser perseguido universalmente por todos los Estados Parte en los Convenios⁸⁶⁶. Deberíamos preguntarnos si el terrorismo transnacional e internacional ha evolucionado a un típico *crimen internacional*, al socavar la paz, seguridad y bienestar mundial afectando a la comunidad internacional en su conjunto⁸⁶⁷. En mi opinión no. Se trataría de un delito internacional, ya que no existe todavía una norma de la que se derive directamente responsabilidad penal por la comisión de dichos actos. Sin embargo, este vacío formal no significa que el terrorismo transnacional e internacional esté en camino de constituirse en un verdadero crimen internacional⁸⁶⁸, con base en los bienes jurídicos afectados y la gravedad del comportamiento referido⁸⁶⁹.

⁸⁶⁴ Basta con observar el conjunto de Resoluciones aprobadas por el CSNU, entre ellas la Resolución 1373 (2001), 1438 (2002), 1452 (2002), 1822 (2008), 1904 (2009) y 1963 (2010), en las que también se pone de manifiesto el perjuicio a los derechos humanos que conlleva todo acto terrorista y la condena a cualquier forma de terrorismo; cfr. *Prosecutor v. Mustafa Amine Badreddine, Salim Jamil Ayyash, Hussein Hassan Oneissi y Assad Hassan Sabra*, Interlocutory decision on the applicable law: terrorism, conspiracy, homicide, perpetration, cumulative charging, 16 February 2011, STL-11-01/I, pára. 110.

⁸⁶⁵ Cfr. M. DIEZ DE VELASCO, *loc cit*, pág. 747. Por *delicta iuris gentium* debemos entender aquellos delitos que lesionan intereses comunes de la Comunidad Internacional y que todos los Estados están legitimados para castigar y enjuiciar con independencia de la nacionalidad de los delincuentes, víctimas o lugar de comisión del delito, según el principio de jurisdicción universal; el castigo se impone con base en el derecho interno, sin perjuicio de que su fundamento se encuentre en el derecho internacional, A. GIL GIL. 1999, “Derecho penal...”, *loc cit*, pág. 51.

⁸⁶⁶ A modo de ejemplo, resulta suficiente observar la Res. del CSNU 1373 (2001), de 28 de noviembre por la que se insta a los Estados a que «aseguren el enjuiciamiento de toda persona que participe en la financiación, planificación, preparación o comisión de actos de terrorismo o preste apoyo a esos actos (...)»; la resolución del CSNU deliberadamente omite cualquier referencia a la nacionalidad del terrorista, de la víctima o del lugar de comisión del delito, lo que podría hacernos pensar que está instando a los Estados a implantar una jurisdicción universal absoluta, cosa que en mi opinión podría vulnerar lo dispuesto en los tratados de lucha contra el terrorismo, los cuales instauran una jurisdicción universal restringida en virtud del *iudex apprehensionis*.

⁸⁶⁷ Para WERLE y K. AMBOS los delitos de terrorismo no son crímenes internacionales, cfr. G. WERLE. 2005, *loc cit*, pág. 78; cfr. K. AMBOS. 2012, “Creatividad judicial...”, *loc cit*, pág. 166; cfr. M. DI FILIPPO. 2008, “Terrorist crimes and international co-operation: critical remarks on the definition and inclusion the terrorism in the category of international crimes”, en *European Journal of International Law*, Vol. 19, nº 3, pág. 533 a 570; cfr. A. J. COLANGELO. 2005, “The new universal jurisdiction: *in absentia*...”, *loc cit*, pág. 602, quien llega a comparar determinados actos de terrorismo con el delito de piratería, el cual puede ser perseguido universalmente, por lo que no considera que la posible indefinición del término “terrorismo” sea obstáculo para ser reprendido universalmente, ya que los tratados internacionales al efecto describen perfectamente los actos que deben ser considerados terroristas, implementándose los mismos en numerosas legislaciones domésticas.

⁸⁶⁸ Cfr. K. AMBOS. 2012, “Creatividad judicial...”, *loc cit*, pág. 167.

⁸⁶⁹ M. P. SCHARF. 2001, “Application of treaty-based...”, *loc cit*, pág. 373, este autor señala dos características que comparten los crímenes internacionales y los crímenes de terrorismo, la

5.5. El principio de justicia universal a la luz de los tratados internacionales de lucha contra el terrorismo.

5.5.1. Naturaleza consuetudinaria.

Los Estados Parte en los convenios de lucha contra el terror han conformado una jurisdicción universal convencional *inter partes*⁸⁷⁰, diferente de la justicia universal consuetudinaria⁸⁷¹, la cual puede ser aplicada por cualquier Estado potestativamente. En los convenios de lucha contra el terrorismo la jurisdicción universal contemplada puede llegar a ser obligatoria si el responsable se encuentra en su territorio y no se le extradita⁸⁷². Dependiendo de si rechaza una solicitud de extradición o no llega a efectuarse solicitud alguna, nos encontraremos ante un jurisdicción universal supletoria o subsidiaria⁸⁷³.

gravedad de los mismos, el perjuicio que causan a la comunidad internacional y que normalmente ni los tribunales del responsable ni los del *locus delicti* pueden ejercer competencia.

⁸⁷⁰ R. KOLB. 2004, *loc cit*, pág. 253; cfr. R. CRYER *et al.* 2008, *loc cit*, pág. 283.

⁸⁷¹ El Instituto de Derecho Internacional en su resolución del año 2005 pronunciada en Cracovia sostuvo que «*Universal jurisdiction is primarily based on customary international law. It can also be established under a multilateral treaty in the relations between the contracting parties, in particular by virtue of clauses which provide that a State party in the territory of which an alleged offender is found shall either extradite or try that person.*». Resulta evidente que en dicha resolución se afirma que existen dos tipos de justicia universal, la basada en el derecho consuetudinario y la acordada en vía convencional, cuando el delincuente se encuentra en el territorio del Estado Parte y no se procede a su extradición. Ambos tipos de jurisdicción deberán aplicarse cuando pretenda protegerse ciertos valores fundamentales tales como la vida, la integridad física o la dignidad humana (preámbulo de la resolución).

⁸⁷² G. BOTTINI. 2004, *loc cit*, pág. 542.

⁸⁷³ G. GUILLAUME. 1989, *loc cit*, pág. 350 y ss., dicho autor afirma que los convenios expresan el principio obligatorio y subsidiario de la justicia universal. Junto con su anterior afirmación, podemos indicar que en su opinión separada en el *Arrest Warrant* de 11 de abril del 2000 de la Corte Internacional de Justicia, entre Bélgica y la República Democrática del Congo, sostuvo que los convenios contra el terrorismo aprobados a partir del año 1970, contenían una jurisdicción universal obligatoria aunque subsidiaria: «*A further step was taken in this direction beginning in 1970 in connection with the fight against international terrorism. To that end, States establishes a novel mechanism: compulsory, albeit subsidiary, universal jurisdiction*», pára. 7. También R. KOLB. 2004, *loc cit*, pág. 253, sostiene que los tratados de lucha contra el terrorismo contienen una jurisdicción universal obligatoria y subsidiaria; cfr. N. BOISTER. 2012, *loc cit*, pág. 148; cfr. L. N. SADAT. 2004, “*Terrorism and...*”, *loc cit*, pág. 147, sostiene que la mayoría de tratados contra la lucha del terrorismo imponen una especie de jurisdicción universal.

El debate está muy abierto y la doctrina dividida. Un argumento en contra de la postura mantenida podría consistir en que la justicia universal se fundamenta en proteger valores esenciales de la comunidad internacional, en su totalidad, y no en proteger determinados valores que un conjunto de Estados han entendido que son básicos y relevantes para la sociedad internacional⁸⁷⁴, ya que el ejercicio de la justicia universal supone una *actio popularis* por parte de los Estados en nombre de la comunidad internacional. Debemos sostener por un lado la idea de que actualmente el terrorismo constituye una amenaza para la paz y seguridad internacional, y de otra parte, el hecho de que el número de Estados Parte de los convenios de lucha contra el terrorismo es amplísimo y de muy diversas regiones, lo que nos conduce a pensar si los mismos no constituyen ya normas que imponen obligaciones *erga omnes*, vinculando a todos los Estados, sean partes o no de dichos instrumentos internacionales⁸⁷⁵.

Todo lo expuesto confirma la carencia de una regulación básica en el seno del derecho penal internacional sobre el terrorismo internacional, a fin de crear unas normas penales que lo conviertan definitivamente en un crimen internacional, es decir, una norma internacional que lo castigue, no como ocurre actualmente que las normas internacionales delegan en la legislación doméstica su represión⁸⁷⁶. En un primer momento falló el Proyecto de Código de Crímenes contra la paz y Seguridad de la Humanidad de 1996 y posteriormente el Estatuto de la CPI, toda vez que ninguna de estas normas consideró al terrorismo transnacional e internacional como un crimen internacional. Si bien es cierto que en el citado Proyecto de Código se incluía el terrorismo dentro de los crímenes de guerra en contiendas internas, *ex art.* 20.f.iv), no lo es menos que no se reguló propiamente el referido crimen, como debió haber ocurrido.

⁸⁷⁴ C. KREß. 2006, "Universal Jurisdiction...", *loc cit* pág. 567.

⁸⁷⁵ Cfr. B. S. BROWN. 2001, *loc cit*, pág. 395.

⁸⁷⁶ Cfr. B. BROOMHALL. 2003, "Internacional Justice...", *loc cit*, pág. 39; cfr. K. AMBOS. 2012, "Creatividad judicial...", *loc cit*, pág. 161.

Ciertamente, aun cuando hemos sostenido que la justicia universal regulada en estos convenios internacionales es *inter partes*, nos tenemos que preguntar si los mismos han podido cristalizar en derecho consuetudinario⁸⁷⁷. Desde mi punto de vista sí⁸⁷⁸, pero sólo con respecto a aquellos instrumentos internacionales que hayan alcanzado un nivel de ratificación amplio dentro de la comunidad internacional, representando las diversas regiones y culturas existentes, en virtud de lo siguiente:

- i. Dichos instrumentos internacionales son universales no de carácter regional.
- ii. Son miembros de los mismos más del 85 ó 90 por ciento de los Estados de la comunidad internacional. Tenemos que recordar que actualmente son miembros de las Naciones Unidas alrededor de 193 Estados, existiendo instrumentos internacionales que han sido ratificados por más de 180 Estados, lo que denota una manifiesta aceptación de la norma internacional. No todos los tratados de lucha contra el terrorismo han podido cristalizar en derecho consuetudinario, sólo aquellos que demuestren una gran aceptación en la comunidad internacional.
- iii. Forman parte de los convenios Estados de muy diversas zonas regionales, no formalizándose un exclusivo pensar de un

⁸⁷⁷ Sobre los conceptos básicos del derecho consuetudinario cfr. M. DÍAZ DE VELASCO. 2002, *loc cit*, pág. 107 y ss.; M. P. SCHARF. 2001, “Application of treaty-based...”, *loc cit*, pág. 374, este autor de manera acertada propugna que determinados tratados de lucha contra el terrorismo han cristalizado en derecho consuetudinario, a consecuencia del número de Estados Parte que lo han ratificado.

⁸⁷⁸ En el mismo sentido A. J. COLANGELO. 2007, “Constitutional limits...”, *loc cit*, pág. 176 y E. ORIHUELA CALATAYUD. 2000, “La cooperación internacional...”, *loc cit*, pág. 201, quién entiende que en virtud de las normas generales del derecho internacional tales convenios puedan vincular a los Estados no parte; cfr. F. JIMÉNEZ GARCÍA y B. GARCÍA SÁNCHEZ. 2012, “Propuesta de convención universal sobre el principio de justicia universal: algunas reflexiones”, en *El principio de Justicia Universal: fundamentos y límites*, Directora: A. I. PÉREZ CEPEDA, Valencia: Tirant Lo Blanch, pág. 183, quienes manifiestan que con base en la Res. 1373 (2001) del CSNU ha cristalizado el principio de justicia universal en la persecución de los crímenes de terrorismo; L. N. SADAT. 2004, “Terrorism and...”, *loc cit*, pág. 150, entiende que la Res. 1373 del CSNU contiene la regla *aut dedere aut iudicare*, la cual formaría parte del derecho consuetudinario.

entorno determinado, sino que ocurre lo contrario, se consagra un pensamiento de la sociedad internacional en general.

- iv. Por la práctica de los Estados, quienes han incorporado en sus legislaciones la persecución del terrorismo en aplicación de la justicia universal, en la mayoría de los casos, salvo en los países en los que se reconoce la justicia representativa o supletoria (escasos supuestos).
- v. Por las resoluciones acordadas por el CSNU y la AGNU, las cuales son cumplidas abrumadoramente por la comunidad internacional⁸⁷⁹.

Lo antedicho, demuestra que muchos de los tratados de lucha contra el terrorismo han cristalizado en derecho consuetudinario. El elemento material estaría representado por la elaboración de tratados, las disposiciones domésticas aprobadas en virtud de los mismos, el conjunto de resoluciones de las Naciones Unidas y las propias resoluciones judiciales de los Estados Parte en la materia. De otra parte, esta práctica viene siendo uniforme desde el año 1970, por lo que se da también el requisito del tiempo necesario para que la misma pueda ser considerada constitutiva del elemento material⁸⁸⁰. En cuanto a

⁸⁷⁹ Hay que resaltar que en virtud de la Res. del CSNU 1373 (2001), 193 Estados han adoptado medidas a fin de hacer cumplir la misma, ello demuestra la *opinio iuris* de la comunidad internacional en relación a la persecución del terrorismo, cfr. A. J. COLANGELO. 2007, “Constitutional limits...”, *loc cit*, pág. 180; a mayor abundamiento cabe recordar diversas resoluciones del CSNU tales como la Res. 1566 (2004), Res. 1624 (2005) o la Res. 1618 (2005) en donde se ha *instado*, entre otras cosas, a que «*todos los Estados de conformidad con las obligaciones que les impone el derecho internacional, cooperen plenamente en la lucha contra el terrorismo, especialmente con aquellos en cuyo territorio o contra cuyos ciudadanos se cometan actos de terrorismo, a fin de encontrar, negar refugio seguro y someter a la justicia, sobre la base del principio del enjuiciamiento o la extradición, a quien apoye o facilite la financiación, la planificación, la preparación o la comisión de actos de terrorismo o la provisión de refugio seguro o participe o intente participar en esos actos*»; así como la Res. 1988 (2011) en donde se ha reafirmado que reafirmando que «*el terrorismo en todas sus formas y manifestaciones constituye una de las amenazas más graves para la paz y la seguridad internacionales y que los actos de terrorismo son criminales e injustificables, cualquiera que sea su motivación y dondequiera y por quienquiera que sean cometidos, y resuelto a seguir contribuyendo a reforzar la eficacia de todos los esfuerzos por luchar contra este flagelo a nivel mundial*»; cfr. *Prosecutor v. Mustafa Amine Badreddine, Salim Jamil Ayyash, Hussein Hassan Oneissi y Assad Hassan Sabra*, Interlocutory decision on the applicable law: terrorism, conspiracy, homicide, perpetration, cumulative charging, 16 February 2011, STL-11-01/I, pára. 104 a 108.

⁸⁸⁰ Cfr. M. DÍAZ DE VELASCO. 2002, *loc cit*, pág. 109.

la *opinio iuris sive necessitatis*, es decir, la convicción de que los sujetos internaciones están obligados por la norma, no hay duda alguna al respecto desde el mismo momento en que se aprobó la Res. 1373 del CSNU, ya que a raíz de ella, 193 Estados adoptaron medidas relacionadas con la lucha contra el terrorismo, entre ellas, el juzgar al delincuente dando igual donde se hubiese cometido el delito y la nacionalidad de aquél o de las víctimas, siendo algunos de los Estados no miembros de los convenios de lucha contra el terror. Así pues, no resulta inapropiado mantener la posición de que muchos instrumentos internacionales relativos al terrorismo pueden formar parte actualmente del derecho consuetudinario, por lo que no sólo vincularían a los Estados Parte, sino a los que no lo son, al ser normas *erga omnes*.

Mantener exclusivamente la posición de que sólo son perseguibles universalmente los delitos que la costumbre internacional ha conformado es una posición restrictiva, toda vez que no hay norma alguna en derecho internacional que prohíba a los Estados, vía convencional, dotarse de títulos jurisdiccionales a fin de perseguir ciertos delitos que atentan contra bienes del orden internacional. Además, la resolución del Instituto de Derecho internacional del año 2005 de Cracovia afirma la posibilidad de regular la jurisdicción universal fuera de la costumbre internacional, es decir, mediante convenios *inter partes*.

La cuestión está abierta, pero entiendo que por la naturaleza, gravedad del comportamiento punible, bienes jurídicos afectados, múltiple número de Estados Parte de distintos ámbitos regionales y culturales y, por el conjunto de resoluciones emanadas del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas puede sostenerse la existencia de una jurisdicción universal subsidiaria o supletoria, que no obligaría solo a los Estados Parte, sino a toda la comunidad internacional, a excepción de aquellos instrumentos internacionales que no han cristalizado en costumbre internacional, como sucedería con el convenio de represión de actos de terrorismo nuclear del 2005 o todos los relativos a materia nuclear, entre otros. A mayor abundamiento, entre las obligaciones que

depara el derecho consuetudinario en relación al terrorismo internacional, encontramos la obligación de prevenir y reprimir el terrorismo, en particular, perseguir y juzgar a las personas responsables de tales hechos que se encuentren en su territorio⁸⁸¹.

5.5.2. Persecución universal del terrorismo.

El principal antecedente de persecución universal del terrorismo se encuentra en el art. 10 del borrador del Convenio de Ginebra de 1937 para la Prevención y Represión del Terrorismo que establecía que los extranjeros que estuvieran en el territorio de uno de los Estados Parte y hubieran cometido en el extranjero cualquier delito de los contemplados en los art. 2 y 3, serían perseguidos y castigados como si la ofensa hubiese sido cometida dentro del territorio de dicho Estado Parte, si las siguientes condiciones se cumplían: a) que la extradición hubiera sido solicitada y no pudiera ser concedida por razones no relacionadas con el delito de terrorismo; b) que la ley del país del refugiado reconociera la jurisdicción de sus tribunales con respecto a los delitos cometidos en el extranjero por no nacionales; c) que el extranjero fuese nacional de un país que reconociese la jurisdicción de sus tribunales con respecto a los extranjeros⁸⁸². Como puede observarse se exigía ante todo la presencia del responsable dentro del territorio del Estado que pretendía juzgarle, y posteriormente se necesitaba la denegación de una solicitud de extradición, así como la posibilidad de que los tribunales del Estado tuvieran competencia para juzgar a no nacionales por delitos cometidos en el extranjero.

⁸⁸¹ Cfr. *Prosecutor v. Mustafa Amine Badreddine, Salim Jamil Ayyash, Hussein Hassan Oneissi y Assad Hassan Sabra*, Interlocutory decision on the applicable law: terrorism, conspiracy, homicide, perpetration, cumulative charging, 16 February 2011, STL-11-01/I, pára. 102.

⁸⁸² Traducción libre, League of Nations, LN Docs. C94.M.47.1938.V y C.222.M.162.1937, impreso en Doc. ONU A/C.6/418 de 02.11.1972, Anexo I, pág. 4, el art. 10 dispone «*Foreigners who are on the territory of a High Contracting Party and who have committed abroad any of the offences set out in articles 2 and 3 shall be prosecuted and punished as though the offence had been committed in the territory of that High Contracting Party, if the following conditions are fulfilled - namely, that: (a) Extradition has been demanded and could not be granted for a reason not connected with the offence itself; (b) The law of the country of refuge recognizes the jurisdiction of its own courts in respect of offences committed abroad by foreigners; (c) The foreigner is a national of a country which recognizes the jurisdiction of its own courts in respect of foreigners*».

Los anteriores presupuestos nos podrían conducir al principio de justicia supletoria; empero lo dicho, la naturaleza de este comportamiento punible, el tratamiento convencional dado al mismo y el bien jurídico protegido, nos puede hacer pensar que en realidad estaríamos ante una jurisdicción universal supletoria.

A continuación, analizaremos el Convenio relativo a la represión de los atentados terroristas con bombas de 1997, toda vez que lo dispuesto en el mismo ha sido reproducido similarmente en anteriores y posteriores tratados de lucha contra el terrorismo, que son los siguientes: Convenio sobre infracciones y otros actos cometidos a bordo de aeronaves de 1963⁸⁸³, Convenio para la represión de actos contra la seguridad y apoderamiento ilícito de aeronaves de 1970⁸⁸⁴, Convenio para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de la aviación civil internacional de 1971⁸⁸⁵, Convenio para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de la aviación civil internacional de 1971⁸⁸⁶, Convenio sobre la prevención y castigo de delitos contra las personas internacionalmente protegidas de 1973⁸⁸⁷, Convenio internacional contra la toma de rehenes de 1979⁸⁸⁸, Convenio sobre la protección física de los materiales nucleares de 1980⁸⁸⁹, Convención para la represión de actos ilícitos

⁸⁸³ BOE núm. 308, de 25 de diciembre de 1969; a fecha 30.03.12 hay 185 Estados parte en el presente convenio, según la página de internet de Naciones Unidas www.un.org/es/sc/ctc/laws.html.

⁸⁸⁴ BOE núm. 13, de 15 de enero de 1973, en el presente convenio hay 185 Estados parte, según datos de la página de internet de Naciones Unidas www.un.org/es/sc/ctc/laws.html.

⁸⁸⁵ BOE núm. 9, de 10 de enero de 1974, actualmente (a fecha 30.03.12) son 188 Estados parte en el convenio según datos de la página de internet de Naciones Unidas www.un.org/es/sc/ctc/laws.html.

⁸⁸⁶ BOE núm. 9, de 10 de enero de 1974, actualmente (a fecha 30.03.12) son 188 Estados parte en el convenio según datos de la página de internet de Naciones Unidas www.un.org/es/sc/ctc/laws.html.

⁸⁸⁷ BOE núm. 33, de 7 de febrero de 1986, a fecha 30.03.12 son 172 los Estados parte según datos de la página de internet de Naciones Unidas www.un.org/es/sc/ctc/laws.html.

⁸⁸⁸ BOE núm. 162, de 7 de julio de 1984, a fecha 30.03.12 son 167 los Estados parte en el convenio según datos de la página de internet de Naciones Unidas www.un.org/es/sc/ctc/laws.html.

⁸⁸⁹ BOE núm. 256, de 25 de octubre de 1991, a fecha 30.03.12 son 142 los Estados parte en el convenio según datos de la página de internet de Naciones Unidas www.un.org/es/sc/ctc/laws.html.

contra la seguridad de la navegación marítima de 1988⁸⁹⁰ (enmendado por el Protocolo del 2005⁸⁹¹), Protocolo para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de las plataformas fijas emplazadas en la plataforma continental de 1988⁸⁹², Convenio Internacional sobre la marcación de explosivos plásticos para los fines de detección de 1991, Convenio internacional para la represión de atentados terroristas cometidos con bombas de 1997⁸⁹³, Convenio internacional para la represión de la financiación del terrorismo de 1999⁸⁹⁴ y Convenio internacional para la represión de actos de terrorismo nuclear del 2005⁸⁹⁵.

Pues bien, el referido Convenio de Nueva York de 1997 regula en su art. 6.1 el principio de territorialidad objetivo, el principio de territorialidad ficticio y el de personalidad activa⁸⁹⁶, siendo estos títulos jurisdiccionales de obligado cumplimiento, ya que se utiliza la expresión «*adoptará las medidas necesarias para establecer su jurisdicción*», por lo que tienen que implementarse en la legislación interna del Estado Parte. El principio de territorialidad objetivo⁸⁹⁷, es el criterio principal y esencial respecto de la competencia judicial de los tribunales estatales. En el apartado segundo del

⁸⁹⁰ BOE núm. 99, de 24 de abril de 1992, a fecha de 30.03.12 son 156 los Estados parte en el convenio según datos de la página de internet de Naciones Unidas www.un.org/es/sc/ctc/laws.html.

⁸⁹¹ BOE núm. 170, de 14 de julio del 2010, a fecha 30.03.12 son 17 Estados parte en el Protocolo según datos de la página de internet de Naciones Unidas www.un.org/es/sc/ctc/laws.html.

⁸⁹² BOE núm. 99, de 24 de abril de 1992, a fecha de 30.03.12 son 144 los Estados parte en el convenio según datos de la página de internet de Naciones Unidas www.un.org/es/sc/ctc/laws.html

⁸⁹³ BOE núm. 140, de 12 de junio del 2001, a fecha de 30.03.12 son 164 los Estados parte en el convenio según datos de la página de internet de Naciones Unidas www.un.org/es/sc/ctc/laws.html

⁸⁹⁴ BOE núm. 123, de 23 de mayo de 2002, a fecha 30.03.12 son 173 los Estados parte en el convenio según datos de la página de internet de Naciones Unidas www.un.org/es/sc/ctc/laws.html

⁸⁹⁵ A fecha 30.03.12 son 71 los Estados parte en el convenio según datos de la página de internet de Naciones Unidas www.un.org/es/sc/ctc/laws.html

⁸⁹⁶ El art. 6.1 del Convenio contra los atentados terroristas con bombas dispone que: «*Cada Estado Parte adoptará las medidas que sean necesarias para establecer su jurisdicción respecto de los delitos enunciados en el artículo 2 cuando éstos sean cometidos: a) En el territorio de ese Estado, o b) A bordo de un buque que enarbole el pabellón de ese Estado o de una aeronave matriculada de conformidad con la legislación de ese Estado en el momento de la comisión del delito, o c) Por un nacional de ese Estado*».

⁸⁹⁷ M. ABAD CASTELOS. 1997, «La toma de rehenes...», *loc cit*, pág. 128.

citado art. 6 se regulan los títulos jurisdiccionales de protección y personalidad pasiva, tanto atendiendo a la nacionalidad de la víctima como a su domicilio y residencia⁸⁹⁸. En el apartado cuarto del citado precepto se dispone que «*Cada Estado Parte tomará asimismo las medidas necesarias para establecer su jurisdicción respecto de los delitos enunciados en el artículo 2, en los casos en que el presunto delincuente se halle en su territorio y dicho Estado no conceda la extradición a ninguno de los Estados Parte que hayan establecido su jurisdicción de conformidad con los párrafos 1 ó 2*». El presente precepto resulta esencial, toda vez que a mi entender contempla el principio de justicia universal supletoria⁸⁹⁹, el cual está condicionado a la presencia del responsable en el territorio del Estado que pretende juzgarle y a la no concesión de extradición alguna⁹⁰⁰, por lo que puede sostenerse que la jurisdicción universal será en virtud del *iudex apprehensionis*⁹⁰¹.

La no concesión de la extradición conlleva que previamente ha tenido que existir una solicitud de extradición del responsable, pero no de cualquier

⁸⁹⁸ El art. 6.2 del citado convenio de New York de 1997, establece que: «*Un Estado Parte podrá también establecer su jurisdicción respecto de cualquiera de tales delitos cuando: a) Sea cometido contra un nacional de ese Estado, o b) Sea cometido en o contra una instalación gubernamental en el extranjero, inclusive una embajada u otro local diplomático o consular de ese Estado, o c) Sea cometido por un apátrida que tenga residencia habitual en el territorio de ese Estado, o d) Sea cometido con el propósito de obligar a ese Estado a realizar o abstenerse de realizar un determinado acto, o e) Sea cometido a bordo de una aeronave que sea explotada por el gobierno de ese Estado*».

⁸⁹⁹ En el mismo sentido, M. INAZUMI. 2005, *loc cit*, pág. 69 y 70; cfr. M. ABAD CASTELOS. 1997, “La toma de rehenes...”, *loc cit*, pág. 155 a 159; cfr. M. C. BASSIOUNI. 1999, “Crimes against...”, *loc cit*, pág. 234; cfr. K. C. RANDALL. 1988, *loc cit*, pág. 821; R. KOLB. 2004, *loc cit*, pág. 255 y 256; G. GUILLAUME. 1989, *loc cit*, pág. 350; cfr. A. PIGRAU SOLÉ. 1997, “Elementos de Derecho...”, *loc cit*, pág. 149 ; T. MERON. 1998, “Is International Law Moving Towards Criminalization?”, en *European Journal of International Law*, Vol. 9, pág. 22; cfr. C. L. BLAKESLEY. 2002, *loc cit*, pág. 77; cfr. M. P. SCHARF. 2001, “Application of treaty-based...”, *loc cit*, pág. 372 y 373; cfr. A. J. COLANGELO. 2005, “The new universal jurisdiction: *in absentia*...”, *loc cit*, pág. 600.

⁹⁰⁰ Cfr. A. CASSESE. 2008, “International Criminal...”, *loc cit*, pág. 338.

⁹⁰¹ C. C. JOYNER y R. A. FRIEDLANDER consideran, en relación al Convenio de la Haya de 1970, que el mismo otorga a los Estados parte la posibilidad de ejercer la jurisdicción universal en virtud de lo dispuesto en el art. 4, asimismo, consideran que la misma en principio es facultativa, salvo en el caso de que el delincuente se encuentre en su territorio y no se proceda a la extradición, en cuyo caso operaría la cláusula *aut dedere aut iudicare*. Dichos autores no entran a valorar si el art. 7 del convenio implica una justicia universal obligatoria *inter partes*, sin embargo de sus comentarios se deduce que dicho artículo sí contempla tal título jurisdiccional, cfr. C. C. JOYNER y R. A. FRIEDLANDER. 2002, “International Civil Aviation”, en *International Criminal Law* Vol. 1º Crimes, Editor: M. C. BASSIOUNI, New York: Transnational Publisher, pág. 841.

Estado, sino sólo de los Estados Parte que tienen jurisdicción de conformidad con lo dispuesto en el art. 6. punto primero y segundo. Esta interpretación restrictiva pudiera verse ampliada si tenemos en cuenta lo dispuesto en el art. 7.6 del convenio, en el que se indica que la detención del presunto responsable se comunicará además de a los Estados referidos en el art. 6.1 y 6.2 del convenio, a cualquier otro Estado Parte interesado. La finalidad perseguida con estos preceptos es que la aplicación del título jurisdiccional universal sea el último criterio en aplicarse, debiendo regir otros principios preferentes, como son el de territorialidad, personalidad activa y pasiva.

¿Qué ocurre si no hay solicitud alguna de extradición? En mi opinión, tal circunstancia no impedirá al Estado del *iudex apprehensionis* el cumplir con las obligaciones contraídas en el convenio, en particular, la regla *aut dedere aut iudicare*. El art. 8 del convenio no utiliza la expresión «no conceda la extradición», que induce a pensar en la existencia de una solicitud previa de extradición. Utiliza el término «si no procede a la extradición», nomenclatura más amplia en su interpretación que ampara el supuesto de no existencia de solicitud de extradición alguna, rigiendo por lo tanto la obligación de juzgar al concurrir igualmente una jurisdicción universal subsidiaria⁹⁰².

5.5.3. ¿Jurisdicción universal obligatoria o facultativa?

Para responder tal cuestión tenemos que remitirnos al art. 8 del referido convenio⁹⁰³. Este precepto regula la regla *aut dedere aut iudicare*, circunstancia que conllevará que la jurisdicción universal enunciada en el art. 6.4 sea obligatoria cuando concurren los presupuestos de la citada regla. Nos hallaríamos ante una jurisdicción universal obligatoria de naturaleza supletoria o subsidiaria, dependiendo de si existe solicitud de extradición o no. En ningún

⁹⁰² Cfr. M^a. D. BOLLO AROCENA. 2004, *loc cit*, pág. 354

⁹⁰³ El art. 8 del Convenio de Nueva York de 1997, establece que «En los casos en que sea aplicable el artículo 6, el Estado Parte en cuyo territorio se encuentre el presunto delincuente, si no procede a su extradición, estará obligado a someter sin demora indebida el caso a sus autoridades competentes a efectos de enjuiciamiento, según el procedimiento previsto en la legislación de ese Estado, sin excepción alguna y con independencia de que el delito haya sido o no cometido en su territorio».

caso sería una jurisdicción universal obligatoria primaria, ya que el Estado detentor del responsable puede en primer término extraditar al mismo, sin iniciar proceso penal alguno. A mayor abundamiento, a diferencia de lo establecido en el art. 6.2 en el que se utilizaba la expresión “podrá”, en el apartado cuarto se emplea un término imperativo «*tomará las medidas necesarias*», de ahí que no pueda sostenerse que tal título jurisdiccional sea facultativo. La posible preferencia de otros títulos jurisdiccionales se contempla en lo dispuesto en el art. 7.6 del convenio, precepto que obliga a notificar a los Estados afectados la detención del responsable a los efectos de su extradición o enjuiciamiento. Como ya se expuso, el convenio establece en su art. 6.1 y 6.2 los supuestos por los cuales los tribunales de los Estados Parte pueden conocer de los comportamientos punibles regulados, relacionándose éstos con el título competencial de territorialidad, tanto *ficticio* como objetivo, personalidad activa y pasiva y protección. Para evitar cualquier laguna jurídica posible en la que se amparase el delincuente para que no fuese juzgado se incorporó la regla *aut dedere aut iudicare* en el art. 8 del convenio.

La obligación de extraditar o juzgar no constituye por sí misma título jurisdiccional alguno que sirva para otorgar competencia a un tribunal, ésta debe ampararse en una norma doméstica⁹⁰⁴ o en un precepto del convenio que la otorgue o imponga (considerando que dicho tratado sea *self executing*). En este orden de ideas, el art. 8 del convenio constituye un mandato que los Estados deben cumplir, cuyo origen se encuentra en la obligación alternativa de extraditar o juzgar. Por otro lado, en virtud del art. 6.4 del convenio los Estados deben dotarse de jurisdicción universal para cumplir con la obligación referida anteriormente⁹⁰⁵. En el caso de que el Estado del *iudex apprehensionis* no

⁹⁰⁴ Dicha norma nacional, tiene su fundamento en el cumplimiento de la obligación establecida en el art. 6.4 del convenio, al indicarse que cada Estado Parte “*tomará las medidas necesarias para establecer su jurisdicción (...)*”, pudiendo ser ésta, entre otras, la aplicación de la jurisdicción universal facultativa del apartado 5 del referido precepto; cfr. C. RYNGAERT. 2012, *loc cit*, pág. 105.

⁹⁰⁵ Cfr. *Report on the Principle of the Universal Jurisdiction* del Consejo de la Unión Europea de 16 de abril del 2009, en cuyo punto 9 se afirma que hay numerosos tratados que obligan a los Estados partes a autorizar a sus sistemas penales el ejercicio de la jurisdicción universal sobre los crímenes contemplados en aquellos, aunque dicha obligación sólo se extiende cuando el presunto delincuente se encuentra en su territorio, haciendo referencia al conjunto de

cumpliese con lo dispuesto en el art. 8 estaría cometiendo posiblemente un ilícito internacional. Así pues, si el Estado no considera el convenio como *self-executing*, deberá implementar en su ordenamiento jurídico las normas correspondientes para perseguir este delito bajo el título jurisdiccional universal.

La voluntad de los Estados al incorporar el art. 8 al convenio fue la de imponerse el compromiso de enjuiciar al delincuente que se hallase en su territorio y no fuera extraditado. Dentro de la doctrina existe cierta confusión en torno a estas dos figuras jurídicas, indicándose en alguna ocasión que la jurisdicción universal puede ser una consecuencia de la regla *aut dedere aut iudicare*⁹⁰⁶, siendo su finalidad reforzar la segunda parte del aforismo *extraditar o juzgar*⁹⁰⁷. La cláusula *aut dedere aut iudicare* está indisolublemente unida a la justicia universal supletoria y subsidiaria⁹⁰⁸, debiéndose tener en cuenta que son dos figuras jurídicas distintas aunque en

tratados de lucha contra el terrorismo aprobados por las Naciones Unidas; asimismo, en el punto 11 se sostiene que «*moreover, the obligation to submit a case to the prosecuting authorities or to extradite applies as much in respect of an underlying jurisdiction based on territoriality, nationality, passive personality, etc. as it does to universal jurisdiction. The obligation aut dedere aut iudicare is nonetheless relevant to the question of universal jurisdiction, since such a provision compels a state party to exercise the underlying universal jurisdiction that it is also obliged to provide for by the treaty*». Como hemos venido explicando, en dicho documento también se afirma que la alternativa de juzgar o extraditar está vinculada a la justicia universal, desde el mismo momento en que el tratado obliga a ejercer la jurisdicción correspondiente sino se procede a extraditar al delincuente y este se encuentra en su territorio.

⁹⁰⁶ Hay autores que asemejan la cláusula *aut dedere aut iudicare* a un título judicial en determinadas circunstancias, R. KOLB. 2004, *loc cit*, pág. 253, al decir que “*It may be said in sum that aut dedere aut iudicare is a universal jurisdiction (...)*”, en relación a lo anterior disiento toda vez que como expusimos anteriormente la cláusula *aut dedere aut iudicare* es una obligación que hay que cumplir y en virtud de la cual puede surgir la justicia universal, pero no son figuras idénticas. El Estado parte del convenio deberá incluir en su legislación interna el título universal a fin de perseguir al delincuente cuando éste se encuentre en su territorio y no lo extradite, o aplicar directamente el tratado si su legislación lo permite, en caso contrario reitero, cometería un ilícito internacional dicho Estado parte. De otra parte A. PIGRAU SOLÉ. 1997, “Elementos de derecho...”, *loc cit*, pág. 149 sostiene que “*algunos textos convencionales expresan el principio -se refiere a la justicia universal- mediante la máxima aut dedere aut iudicare (...)*”.

⁹⁰⁷ Cfr. M^a. D. BOLLO AROCENA. 2004, *loc cit*, pág. 356.

⁹⁰⁸ Doc. de la Asamblea General de Naciones Unidas (en adelante, AGNU) sobre el alcance y aplicación del principio de la jurisdicción universal, Informe del Secretario General de 29 de julio del 2010, A/65/181, pág. 9, pára. 21.

muchos casos vinculadas⁹⁰⁹. Algunos juristas consideran que en los tratados contra el terrorismo se ha incorporado una cláusula muy parecida a la justicia universal sin ser ésta en esencia⁹¹⁰. La obligación de extraditar o juzgar no otorga una patente de corso a los tribunales estatales a fin de enjuiciar al delincuente, todo lo contrario, estos tribunales deberán basarse en algún título competencial para poder conocer del delito, para evitar cualquier resquicio de impunidad en el que pueda ampararse el delincuente⁹¹¹.

El terrorismo transnacional e internacional estuvo a punto de incluirse entre los crímenes internacionales contenidos en el PCCPSH⁹¹² y en el Estatuto de la CPI⁹¹³, a causa de su gravedad y de los bienes jurídicos que perjudicaba. La CDI llegó a sostener que los tratados de lucha contra el terrorismo crearon un sistema de justicia universal originado en la alternativa de juzgar o extraditar⁹¹⁴. Igualmente, la CDI afirmó en relación al proyecto de artículos de la Convención de Nueva York de 1973 de protección de personas internacionalmente protegidas, que dicho instrumento incorporaba el principio de justicia universal⁹¹⁵. Aunque el proyecto fue modificado posteriormente, el mismo puede servirnos para orientarnos sobre la interpretación que debería

⁹⁰⁹ La cláusula *aut dedere aut iudicare* se incorpora normalmente en instrumentos internacionales que regulan crímenes o delitos internacionales, no en convenios que puedan contemplar otra serie de comportamientos punibles que no afecten a la comunidad internacional, de ahí su vinculación con el principio cosmopolita.

⁹¹⁰ I. BANTEKAS y S. NASH. 2007, *loc cit*, pág. 88, dichos autores no niegan que el título de jurisdicción en los tratados elaborados a partir del año 1970 pueda ser el de justicia universal, siempre que los Estados lo hayan implementado en sus legislaciones.

⁹¹¹ M. PÉREZ-SERRANO. 2006, “*El principio de justicia universal. Especial referencia al caso Scilingo*”, en página de internet <http://www.cienciaspenales.net>.

⁹¹² Doc. UN. de la AGNU A/CN.4/472 de 16 de febrero de 1996, pára. 154 y ss.

⁹¹³ Doc. de la AGNU A/49/10 de 22 de julio de 1994, pág. 38, 68 y ss.

⁹¹⁴ *Ibidem*. pág. 41, pára. 18.b).

⁹¹⁵ Comentarios de la CDI al proyecto de artículos de la convención de Nueva York, Anuario de la Comisión de Derecho Internacional, 972, Vol. II, pág. 345 «*El segundo aspecto importante del artículo 2 es el de que el párrafo 1 incorpora el principio de la universalidad como base para la determinación de la jurisdicción respecto de los delitos enunciados en él. Al establecer una base jurisdiccional comparable a la que existe respecto de la piratería, la disposición del párrafo 1 sitúa el presente proyecto, a los fines de la jurisdicción, en la misma categoría que las convenciones en las que se prevé la cooperación en la prevención y represión de delitos que afectan a la comunidad internacional en su conjunto tales como la trata de esclavos o el tráfico de estupefacientes*». El referido art. 2 estipulaba que “cualesquiera que sean sus móviles la comisión de un acto ... serán calificados por cada Estado Parte como delitos en su legislación independientemente de que tengan lugar fuera o dentro de su territorio”.

darse al art 6.4 y 8 del convenio de New York de 1997. Por último, la CDI manifestó con relación al art. 9 del PCCPSH que contenía la jurisdicción universal.⁹¹⁶

Todo lo precitado nos conduce a pensar que tanto el art. 6.4 del convenio de Nueva York de 1997, como muchos de los preceptos similares de los convenios de lucha contra el terrorismo, regulan este título jurisdiccional, en su modalidad de justicia universal territorial supletoria y subsidiaria. Dentro de nuestro ordenamiento jurídico, no hay duda alguna en entender que dicho delito es susceptible de ser perseguido con base en el título de jurisdicción universal, en virtud de lo dispuesto en el art. 23.4.b) de la LOPJ.

6. Tortura.

La tortura es un comportamiento que dependiendo del contexto en el cual se lleve a cabo puede constituir un crimen de lesa humanidad, un crimen de guerra, o un delito internacional que de no ser reprimido en el ámbito interno del país podría serlo por un tercer Estado⁹¹⁷. En el *Report on the Principle of the Universal Jurisdiction* elaborado por el Consejo de la Unión Europea de 16 de abril del 2009, en su punto 9 se afirma que los Estados han aceptado que en virtud del derecho consuetudinario se pueda perseguir la tortura mediante la justicia universal, llegando incluso a entender dicha infracción penal como un crimen internacional⁹¹⁸. Igualmente, el estudio llevado a cabo por la Asamblea General de Naciones Unidas sobre la jurisdicción universal indica que la tortura puede ser uno de los delitos que en virtud del derecho consuetudinario puede ser perseguido universalmente⁹¹⁹.

⁹¹⁶ Informe de la CDI A/51/10, pára.7, pág. 49.

⁹¹⁷ Cfr. A. CASSESE. 2008, "International Criminal...", *loc cit*, pág. 148 a 152; C. RYNGAERT. 2012, *loc cit*, pág. 87.

⁹¹⁸ Report of the Principle of Universal Jurisdiction, *loc cit*, pára. 9: «*International law, both customary and conventional, regulates states' assertion of universal criminal jurisdiction. States by and large accept that customary international law permits the exercise of universal jurisdiction over the international crimes of genocide, crimes against humanity, war crimes and torture, as well as over piracy*».

⁹¹⁹ Doc. UN. A/65/181, de 29 de julio de 2010, "Alcance y aplicación del principio de jurisdicción universal", pára. 28.

Cada una de estas posibilidades conllevará que se aplique un título jurisdiccional concreto. Por ejemplo, si es un crimen de guerra en el seno de un conflicto armado internacional, surge la obligación de perseguirlo universalmente, en virtud del art. 147 del CGIV; si por el contrario se trata de un delito internacional, además de aplicarse la propia legislación interna del Estado, deberá utilizarse el convenio contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes de 1984⁹²⁰, en cuyo art. 5 se regula el ámbito de jurisdicción de dicho injusto⁹²¹. La regulación de los títulos jurisdiccionales a aplicar es muy parecida a los estudiados anteriormente relativos al terrorismo transnacional e internacional, por lo que la mayoría de comentarios efectuados al respecto pueden darse por reproducidos. Empero lo dicho, considero necesario significar que el presente convenio no establece una limitación directa a la jurisdicción universal en su ámbito de aplicación, tal como lo hacía por ejemplo el convenio para la represión de atentados terroristas con bombas en su art. 3, cuando indicaba que si el delito se cometía en el territorio de un Estado siendo las víctimas y el delincuente nacionales del mismo y hallándose presente el delincuente en dicho territorio, ningún Estado que no tuviera las competencias expresadas en el párrafo 1 y 2 del art. 6 podría ejercer su jurisdicción. De ello se deduce que la comunidad internacional no ha querido limitar el ejercicio de ninguna jurisdicción. En el punto 1 del art. 5 se regulan los principios de territorialidad, personalidad activa y pasiva (en este caso si lo considera apropiado el Estado) y, en el punto 2 del art. 5 se contempla la jurisdicción universal territorial⁹²². El principal motivo por el cual podemos

⁹²⁰ BOE núm. 268, de 9 de noviembre de 1987, a fecha 13.12.10 son 177 los Estados parte en el convenio, según la página de internet de Naciones Unidas <http://treaties.un.org>.

⁹²¹ El art. 5 del Convenio contra la tortura establece que «1. Todo Estado parte dispondrá lo que sea necesario para instituir su jurisdicción sobre los delitos a que se refiere el art. 4 en los siguientes casos: a) cuando los delitos se cometan en cualquier territorio bajo su jurisdicción o a bordo de una aeronave o un buque matriculado en ese Estado; b) cuando el presunto delincuente sea nacional de ese Estado y; c) Cuando la víctima sea nacional de ese Estado y éste lo considere apropiado. 2. Todo Estado parte tomará asimismo las medidas necesarias para establecer su jurisdicción sobre estos delitos en los casos en que el presunto delincuente se halle en cualquier territorio bajo su jurisdicción y dicho estado no conceda la extradición, con arreglo al art. 8, a ninguno de los Estados previstos en el párrafo 1 del presente artículo. 3. La presente convención no excluye ninguna jurisdicción penal ejercida de conformidad con las leyes nacionales».

⁹²² Cfr. A. CASSESE. 2008, “International Criminal...”, *loc cit*, pág. 338; B. BROOMHALL. 2001, “Towards the...”, *loc cit*, pág. 404, este autor entiende que la jurisdicción universal sobre

sostener que la tortura puede ser perseguida universalmente se fundamenta en la naturaleza del hecho punible, al ser la norma que la prohíbe de *ius cogens*⁹²³ y de eficacia *erga omnes*⁹²⁴. El Tribunal Penal Internacional para Yugoslavia en el caso *Furundzija* manifestó que todos los Estados Parte estaban obligados a perseguir y castigar la tortura⁹²⁵. Incluso, algún tribunal estatal ha llegado a calificar al responsable de cometer tortura como un *hostis humani generis*, es decir, un enemigo de la humanidad⁹²⁶. La naturaleza *ius cogens* de la prohibición de la tortura, proclamada también por tribunales nacionales⁹²⁷, ya sea en tiempo de paz o de guerra, conlleva que cualquier Estado pueda perseguir universalmente este ilícito si el responsable se encuentra en su territorio y no se procede a su extradición⁹²⁸. Por ello, podemos afirmar, siguiendo a CASSESE, que la evolución del derecho internacional ha conllevado que la tortura como delito internacional propio pueda ser perseguida universalmente sin necesidad de que deba ser calificado como un crimen de guerra o un delito de lesa humanidad⁹²⁹, todo lo antedicho con fundamento en la propia naturaleza del delito de tortura⁹³⁰. Como ejemplo que acredita lo manifestado, podemos acudir a la resolución de la UNTAET Regulation n° 2000/15 de 6 de junio, la cual indica que los Paneles de Timor-Leste podrán aplicar la jurisdicción universal para perseguir el delito de tortura,

el crimen de torturas es obligatoria con respecto a los Estados Parte del Convenio Internacional de 1984; cfr. D. F. ORENTLICHER. 1991, *loc cit*, pág. 2563; cfr. J. HOROWITZ. 1999, “Regina v. Bartle and the Commissioner of Police for the Metropolis and Others Ex Parte Pinochet: Universal Jurisdiction and Sovereign Immunity for Jus Cogens Violations”, en *Fordham International Law Journal*, Vol. 23, n° 2, pág. 492.

⁹²³ Sentencia del TPIY (Trial Chamber), de fecha 10 de diciembre de 1998, *Prosecutor v. Furundzija*, IT-95-17/1-T, pára. 144; cfr. S. R. RATNER y J. S. ABRAMS. 2001, *loc cit*, pág. 117.

⁹²⁴ Sentencia del TPIY (Trial Chamber), de fecha 10 de diciembre de 1998, *Prosecutor v. Furundzija*, IT-95-17/1-T, pára. 151.

⁹²⁵ *Ibidem*, pára. 145.

⁹²⁶ United States Court of Appeals, Second Circuit, *Filartiga v. Pena-Irala*, 630 F. 2d 876 (2d Cir.1980), judgment 30 June 1980.

⁹²⁷ Cfr. United States Court of Appeals, Ninth Circuit, *Siderman de Blake v. The Republic of Argentina*, 965 F.2d 699, 717 (9th Cir. 1992) afirmó que la prohibición de la tortura era materia de *ius cogens*.

⁹²⁸ Sentencia del TPIY (Trial Chamber), de fecha 10 de diciembre de 1998, *Prosecutor v. Furundzija*, IT-95-17/1-T, pára. 156.

⁹²⁹ Cfr. A. CASSESE. 2008, “International Criminal...”, *loc cit*, pág. 151.

⁹³⁰ Cfr. J. HOROWITZ. 1999, *loc cit*, pág. 507, quien considera que la prohibición de la tortura ha alcanzado el rango de norma *ius cogens*; cfr. S. R. RATNER y J. S. ABRAMS. 2001, *loc cit*, pág. 118, quienes consideran que la tortura forma parte del derecho consuetudinario y por ello puede ser perseguida por cualquier Estado.

no como crimen de guerra o de lesa humanidad, sino como delito autónomo. También, de capital importancia resulta la resolución judicial del ECCC en el caso *IENG Sary's*, al afirmar que la tortura es un crimen internacional que conlleva que los Estados Parte tengan un absoluto deber de perseguirlo penalmente⁹³¹. Como culmen a lo sostenido, hemos de precisar que la CIJ en el caso *Belgium v. Senegal* ha determinado recientemente que el art. 5.2 del Convenio contra la tortura contempla la jurisdicción universal, hecho relevante que demuestra que nuestros órganos judiciales, durante mucho tiempo, se han equivocado al no reconocer esta jurisdicción en el meritado convenio internacional⁹³².

Un punto de inflexión importante en el análisis del actual delito es la consideración que debemos otorgar al art. 7.1 del convenio de 1984, que incorpora la obligación *aut dedere aut iudicare*⁹³³. Parece obvio que debe existir una previa solicitud de extradición sobre el delincuente, pero ¿qué ocurriría si no se formaliza dicha petición? Una interpretación literal del precepto conllevaría que el Estado en dónde se encuentra el delincuente no pudiera juzgarle, toda vez que falta uno de los requisitos exigidos en el convenio, comportando la impunidad de aquél. Sin embargo, la interpretación que debe realizarse es distinta. El Comité contra la tortura, en su decisión n° 181/2001, manifestó expresamente que no era necesaria la existencia de una solicitud de extradición para cumplir con la obligación de juzgar⁹³⁴. La postura

⁹³¹ *Prosecutor v. IENG Sary's*, decision on IENG Sary's Rule 89 preliminary objections (*ne bis in idem*, amnesty and pardon), 3 November 2011, case n° 2/19-09-2007/ECCC/TC, pára. 38.

⁹³² Sentencia de la CIJ, de 20 de Julio de 2012, caso *Questions relating to the obligation to prosecute or extradite (Belgium v. Senegal)*, pára. 74, 75 y 91.

⁹³³ El art. 7.1 del Convenio de 1984 dispone que «El Estado parte en el territorio de cuya jurisdicción sea hallada la persona de la cual se supone que ha cometido cualquiera de los delitos a que se hace referencia en el art. 4, en los supuestos previstos en el art. 5, si no procede a su extradición, someterá el caso a sus autoridades competentes a efectos de enjuiciamiento».

⁹³⁴ Comunicación n° 181/2001: Senegal. 19/05/2006, Decisión CAT/C/36/D/181/2001, de 19 de mayo del 2006, pára. 9.7: «El Comité recuerda que en virtud del artículo 7 de la Convención "el Estado Parte en el territorio de cuya jurisdicción sea hallada la persona de la cual se supone que ha cometido cualquiera de los delitos a que se hace referencia en el artículo 4, en los supuestos previstos en el artículo 5, si no procede a su extradición, someterá el caso a sus autoridades competentes a efectos de enjuiciamiento". Observa a este respecto que la obligación de enjuiciar al presunto autor de actos de tortura no depende de la existencia previa de una solicitud de extradición del mismo. Esta alternativa que se ofrece al

del Comité contra la tortura parece evidente. A su juicio, el art. 7 del convenio contemplaría el principio de justicia universal territorial⁹³⁵, pero sin necesidad alguna de que deba concurrir una solicitud de extradición previa. Desde mi punto de vista, el mencionado art. 7 haría referencia al principio de extraditar o juzgar, mientras que el título jurisdiccional universal territorial estaría regulado en el art. 5.2 del convenio⁹³⁶.

El Estado Parte en cuyo territorio se encuentre el responsable deberá enjuiciarlo, y sólo si existe una solicitud de extradición, podrá sopesar la idea de extraditarlo. La postura mencionada hace referencia a la cláusula *iudicare vel dedere*, por la cual existen ciertos tratados que exigen a los Estados Parte ejercer la jurisdicción universal respecto de los autores de los delitos graves previstos en dichos instrumentos, sin subordinar tal obligación a que se haya denegado una solicitud previa de extradición⁹³⁷. Así pues, en el art. 5.2 del convenio se contemplaría una jurisdicción universal obligatoria y territorial, toda vez que no se instaura la facultad de enjuiciar sino la obligación a ello⁹³⁸.

Un ejemplo manifiesto que acredita lo afirmado lo encontramos en el informe, de fecha 15 de enero del 2007, del Relator Especial sobre la tortura, en donde afirma que «*con el fin de evitar que los autores de actos de tortura puedan encontrar refugio seguro, la Convención trasciende los principios tradicionales de la jurisdicción territorial y nacional (enumerados en los*

Estado Parte en virtud del artículo 7 de la Convención existe sólo si se ha formulado efectivamente dicha demanda de extradición, y puesto, por ende, al Estado Parte, en la situación de escoger entre a) proceder a esa extradición o b) someter el caso a sus propias autoridades judiciales para iniciar la acción penal, ya que la disposición tiene por finalidad evitar la impunidad de todo acto de tortura».

⁹³⁵ Cfr. M. C. BASSIOUNI. 1999, “Crimes Against...”, *loc cit*, pág. 234, este autor manifiesta que parte de la doctrina considera este tipo de precepto (que se contempla en numerosos tratados de lucha contra el terrorismo) como una manifestación de la justicia universal.

⁹³⁶ M. C. BASSIOUNI. 2004, “The history of universal ...”, *loc cit*, pág. 55; M. P. SCHARF. 2001, “Application of treaty-based...”, *loc cit*, pág. 372; cfr. D. F. ORENTLICHER. 1991, *loc cit*, pág. 2567; Doc. NU. A/HRC/4/33, de 15 de enero de 2007, pára 41 y ss.

⁹³⁷ Doc. UN. A/CN.4/612, de 26 de marzo del 2009, pára. 15.a).

⁹³⁸ Sentencia de la CIJ, de 20 de Julio de 2012, caso *Questions relating to the obligation to prosecute or extradite (Belgium v. Senegal)*, pára. 91; cfr. M. INAZUMI. 2005, *loc cit*, pág. 41; cfr. I. BANTEKAS y S. NASH. 2007, *loc cit*, pág. 88; Sentencia de la CIJ, de 20 de Julio de 2012, caso *Questions relating to the obligation to prosecute or extradite (Belgium v. Senegal)*, pára. 74.

*apartados a) a c) del párrafo 1 del artículo 5) y aplica por primera vez en un tratado de derechos humanos el principio de jurisdicción universal (párrafo 2 del artículo 5) en cuanto obligación internacional que contraen todos los Estados Partes sin más condición previa que la presencia del presunto torturador*⁹³⁹». A pesar de lo precitado, hay juristas que no reconocen dicha jurisdicción universal obligatoria⁹⁴⁰ sobre el delito de tortura regulado en el convenio, otros que tienen muchas dudas de su aplicación⁹⁴¹ y otros que sí entienden que es aplicable⁹⁴².

Entiendo que con la reciente sentencia de la Corte Internacional de Justicia de 20 de julio de 2012, las posiciones en contra de la jurisdicción universal sobre la tortura deberían reinterpretarse. Desde el mismo momento en que se tenga conocimiento de la presencia en el territorio de un responsable de cometer torturas, surge la obligación de juzgarle, sin perjuicio de que si posteriormente se recibe dicha petición de extradición, por parte de un Estado que tenga algún nexo con el delito, evidentemente entiendo que éste será preferente a la hora de juzgarle. Hemos de reiterar que la finalidad del presente convenio es evitar la impunidad del responsable, a causa de las limitaciones existentes sobre la figura jurídica de la extradición, por lo que cualquier interpretación restrictiva⁹⁴³ que limitase la jurisdicción de los Estados sería errónea e improcedente, ya que los derechos que están en juego son derechos humanos fundamentales, tales como la dignidad humana o la integridad física,

⁹³⁹ Doc. NU A/HRC/4/33, pára. 41; a pesar de lo afirmado por el Relator Especial, considero que la jurisdicción universal está encuadrada en el art. 7 del convenio, a fin de dar cumplimiento a la obligación de extraditar o juzgar, la cual también se ve reflejada en dicho artículo.

⁹⁴⁰ A. GIL GIL. 2008, “Informes nacionales...”, *loc cit*, pág. 137; M. JAÉN VALLEJO, *loc cit*, pág. 95 y E. BACIGALUPO. 2002, “Jurisdicción penal nacional y violaciones masivas de derechos humanos cometidas en el extranjero”, en *Justicia penal y Derechos Fundamentales*, Madrid, pág. 67 y ss.

⁹⁴¹ A. REMIRO BROTONS. 2001, “Los crímenes de...”, *loc cit*, pág. 114.

⁹⁴² B. GARCÍA SÁNCHEZ. 2004, “Límites de la ley...”, *loc cit*, pág. 141, M. OLLÉ SESÉ. 2008, “Justicia universal...”, *loc cit*, pág. 220; J.M. GÓMEZ BENÍTEZ. 2001, “Jurisdicción universal...”, *loc cit*, pág. 64; T. MERON. 1998, “Is International...”, *loc cit*, pág. 22 y; G. BOTTINI. 2004, *loc cit*, pág. 539; cfr. A. SAMMONS. 2003, *loc cit*, pág. 129.

⁹⁴³ M. GARCÍA ARÁN. 2000, “La calificación de los actos contra los derechos humanos conforme a la ley española”, en *Crimen Internacional y Jurisdicción Universal, el caso Pinochet*, Coord. M. GARCÍA ARÁN y D. LÓPEZ GARRIDO, Valencia: Tirant Lo Blanch, pág. 149.

cuya vulneración resulta de extrema relevancia para la comunidad internacional. Los Estados deben cumplir con los mandatos del convenio, que son dotarse de mecanismos para enjuiciar y una vez esté presente el delincuente en su territorio, someterle a la justicia.

En nuestro ordenamiento jurídico debemos entender que la tortura sería susceptible de ser perseguida universalmente en aplicación del art. 23.4.h) de la LOPJ⁹⁴⁴, siempre que el responsable se encuentre en nuestro territorio, al establecerse que «*Igualmente, será competente la jurisdicción española para conocer de los hechos cometidos por españoles o extranjeros fuera del territorio nacional susceptibles de tipificarse, según la ley española, como alguno de los siguientes delitos: h) Cualquier otro que, según los tratados y convenios internacionales, en particular los Convenios de derecho internacional humanitario y de protección de los derechos humanos, deba ser perseguido en España*»⁹⁴⁵. Por último, resulta interesante reseñar que en el Proyecto de Principios de *Princeton* sobre Jurisdicción Universal se incluyó la tortura como delito cuya persecución se puede fundamentar mediante la justicia universal.

7. Crímenes de lesa humanidad.

La regulación internacional de esta familia de crímenes internacionales se remonta a la Carta de Londres de 1945, en cuyo art. 6.c) ya se tipificaba dicho comportamiento⁹⁴⁶. Sin embargo, resulta curioso que uno de los crímenes internacionales que más arraigo ha tenido dentro del derecho penal internacional, no tenga convenio exclusivo que lo regule. A diferencia del crimen de genocidio o de los crímenes de guerra, en particular, las infracciones

⁹⁴⁴ Del mismo modo opina A. PIGRAU SOLÉ. 2009, “La Jurisdicción Universal...”, *loc cit*, pág. 132 y M. GARCÍA ARÁN. 2000, “La calificación de...” *loc cit*, pág. 145.

⁹⁴⁵ Huelga significar que nuestro Tribunal Supremo ha confirmado lo contrario, es decir, que el Convenio de 1984 sobre la prohibición de torturas no contempla la jurisdicción universal, postura desde mi punto de vista errónea, la cual, deberá reinterpretarse a consecuencia de la reciente sentencia de la CIJ de 20 de julio de 2012, cfr. Sentencia del Tribunal Supremo núm. 327/2003, de 25 de febrero, FJ 12°.

⁹⁴⁶ Cfr. S. R. RATNER y J. S. ABRAMS. 2001, *loc cit*, pág. 46 y ss.

graves a los Convenios de Ginebra de 1949 y del Protocolo Adicional I a dichos convenios, el crimen de lesa humanidad no ha sido objeto de una regulación exclusiva⁹⁴⁷. Esta circunstancia no influye a la hora de calificar la naturaleza de este crimen como internacional *strictu sensu*, ya que existe una norma internacional penal que lo reprime expresamente, el Estatuto de la CPI *ex art.7*, además de los Estatutos del TPIY (art. 5) y del TPIR (art. 3), en los que se sanciona también el crimen contra la humanidad. No obstante, no es menos cierto que existen tratados internacionales que regulan comportamientos punibles que pudieran ser constitutivos de crímenes de lesa humanidad, nos referimos al Convenio de 30 de noviembre de 1973 sobre la represión y el castigo de apartheid⁹⁴⁸ y a la convención internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas de 2006⁹⁴⁹. Ambos instrumentos internacionales contemplan una jurisdicción universal. El convenio de 1973 sobre el apartheid regula una jurisdicción universal facultativa⁹⁵⁰ y el convenio de 2006 contra las desapariciones forzadas, incorpora la jurisdicción universal territorial de naturaleza subsidiaria o supletoria⁹⁵¹.

⁹⁴⁷ M. C. BASSIOUNI. 2004, "The history of universal...", *loc cit*, pág. 52; cfr. M^a. D. BOLLO AROCENA. 2004, *loc cit*, pág. 384.

⁹⁴⁸ El art. I del Convenio de 1973 dispone que «*Los Estados Partes en la presente Convención declaran que el apartheid es un crimen de lesa humanidad y que los actos inhumanos que resultan de las políticas y prácticas de apartheid y las políticas y prácticas análogas de segregación y discriminación racial que se definen en el artículo II de la presente Convención son crímenes que violan los principios del derecho internacional, en particular los propósitos y principios de la Carta de las Naciones Unidas, y que constituyen una amenaza seria para la paz y la seguridad internacionales*».

⁹⁴⁹ El art. 5 de dicho convenio establece que «*La práctica generalizada o sistemática de la desaparición forzada constituye un crimen de lesa humanidad tal como está definido en el derecho internacional aplicable y entraña las consecuencias previstas por el derecho internacional aplicable*».

⁹⁵⁰ El art. V del Convenio de 1973 dispone que «*Las personas acusadas de los actos enumerados en el artículo II de la presente Convención podrán ser juzgadas por un tribunal competente de cualquier Estado Parte en la Convención que tenga jurisdicción sobre esas personas, o por cualquier tribunal penal internacional que sea competente respecto a los Estados Partes que hayan reconocido su jurisdicción*».

⁹⁵¹ El art. 9.2 del convenio de 2006 dispone que: «*Cada Estado Parte tomará asimismo las medidas necesarias para establecer su jurisdicción sobre los delitos de desaparición forzada en los casos en que el presunto autor se halle en cualquier territorio bajo su jurisdicción, salvo que dicho Estado lo extradite o lo entregue a otro Estado conforme a sus obligaciones internacionales, o lo transfiera a una jurisdicción penal internacional cuya competencia haya reconocido*».

Asimismo, podríamos afirmar que el crimen de lesa humanidad es uno de aquellos hechos punibles que a causa del derecho internacional consuetudinario los Estados pueden reprimirlo en virtud del principio de justicia universal, aunque la mayoría de decisiones judiciales adoptadas en relación a este crimen se fundamentaban en el principio de personalidad pasiva, activa o de territorialidad⁹⁵². No debemos olvidar que tanto el Proyecto de Princeton sobre la jurisdicción universal, como la resolución de Cracovia, de fecha 26 de agosto del 2005, del *Institute of International Law*, indican que el crimen de lesa humanidad puede ser objeto de represión penal mediante el título jurisdiccional universal. Dentro de nuestro ordenamiento jurídico, la reciente reforma de la LOPJ efectuada mediante la Ley Orgánica 1/2009, de 3 de noviembre, ha conllevado que aparezca expresamente el crimen de lesa humanidad como aquel que puede ser perseguido en virtud de la jurisdicción universal, *ex art. 23.4.a)*, lo que denota que nuestro legislador a tenido en cuenta la gravedad del mismo y su naturaleza, todo ello debidamente relacionado con el hecho de que aparece también tipificado en el Estatuto de la CPI⁹⁵³.

⁹⁵² M. C. BASSIOUNI. 2004, “The history of universal...”, *loc cit*, pág. 53.

⁹⁵³ Cfr. M^a. D. BOLLO AROCENA. 2004, *loc cit*, pág. 386 y A. GIL GIL. 2005, “La sentencia de la Audiencia Nacional en el caso Scilingo”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminológica*, nº 7, pág. 10 y ss., esta autora ya defendía con anterioridad la inclusión dentro del art. 23.4 de la LOPJ del crimen internacional de lesa humanidad, al no existir ningún convenio internacional que facultase u obligase a los Estados a perseguir dicho hecho punible.

CAPÍTULO SÉPTIMO: PERSECUCIÓN UNIVERSAL DE LOS CRÍMENES DE GUERRA.

En el presente capítulo analizaremos la facultad y obligación, en ciertos casos, que tienen los Estados para enjuiciar determinados crímenes de guerra en aplicación del título jurisdiccional universal, con base en los distintos convenios internacionales existentes⁹⁵⁴. Ciertamente, el actual desarrollo de la justicia universal y del derecho penal internacional se debe a la consideración de los crímenes de guerra como uno de los principales crímenes internacionales que puede ser perseguido mediante la jurisdicción universal⁹⁵⁵. Anteriormente, los crímenes de guerra eran reprimidos penalmente en vía doméstica por los Estados de la nacionalidad del responsable o por la del Estado captor de aquél⁹⁵⁶. El primer supuesto supondría la aplicación del principio de personalidad activa o protección, mientras que el segundo supuesto conllevaría la utilización del título jurisdiccional de beligerancia, no debiéndose confundir estos títulos jurisdiccionales con el de universalidad, que tiene como nota característica la ausencia de todo nexo entre el crimen y el Estado que pretende juzgarlo. Hasta que no se aprobaron los Convenios de Ginebra de 1949 no existía una norma internacional que obligase a los Estados a buscar y enjuiciar a los responsables de cometer u ordenar cometer determinados crímenes de guerra, con independencia de la nacionalidad del mismo, todo ello para hacer cumplir el sistema de eficacia del DIH⁹⁵⁷. A su vez, hasta mediados del siglo XX no se crearon tribunales penales internacionales que juzgasen estos crímenes, por lo que las instancias judiciales nacionales constituían la única

⁹⁵⁴ Cfr. E. ORIHUELA CALATAYUD. 2000, “Aplicación del derecho...”, *loc cit*, pág. 243 y J.B. ACOSTA ESTÉVEZ. 2007, *loc cit*, pág. 19.

⁹⁵⁵ Cfr. A. ORAKHELASHVILI. 2008, “Between impunity...”, *loc cit*, pág. 214; K. C. RANDALL. 1988, *loc cit*, pág. 816; cfr. C. C. JOYNER. 1997, “Arresting Impunity...”, *loc cit*, pág. 165; B. BROOMHALL. 2001, “Towards the...”, *loc cit*, pág. 403; G. WERLE. 2005, *loc cit*, pág. 128 y 129; W. FERDINANDUSSE. 2009, *loc cit*, pág. 724.

⁹⁵⁶ Cfr. T. J. MURPHY. 1984, “Sanctions and enforcement of the humanitarian law of the four Geneva Conventions of 1949 and Geneva Protocol I of 1977”, en *Military Law Review*, Vol. 103, pág. 26; R. O’KEEFE. 2009, “The grave breaches...”, *loc cit*, pág. 822 y; E. ORIHUELA CALATAYUD. 2000, “Aplicación del derecho...”, *loc cit*, pág. 250.

⁹⁵⁷ Cfr. F. PIGNATELLI y MECA. 2003, “La sanción de...”, *loc cit*, pág. 63, como bien afirma este autor dichos Convenios de Ginebra de 1949 fueron los pioneros en arbitrar el sistema de jurisdicción universal.

herramienta susceptible de hacer eficaz el derecho internacional vigente, el cual prohibía la comisión de estos actos criminales e imponía la obligación de castigarlos cuando se tratase de infracciones graves del DIH.

Actualmente, con la constitución de la CPI y de los tribunales penales internacionales *ad hoc* y mixtos, se ha producido una descarga, teórica, sobre las jurisdicciones nacionales a la hora de perseguir estos hechos punibles, aunque resulta obligado en esta cuestión criticar la actitud pasiva de la mayoría de Estados, al no perseguir las infracciones graves del DIH cometidas, salvo cuando éstas afectasen a sus intereses. Este hecho denota la falta de sensibilidad de los Estados para aplicar la justicia universal, normalmente, por cuestiones exclusivamente políticas o de relaciones internacionales⁹⁵⁸. Dicha descarga teórica es importante, ya que los tribunales penales internacionales habitualmente tienen como misión juzgar a los mayores responsables de los crímenes internacionales cometidos o los más graves, dejando los casos de enjuiciamiento menor, por razón de las personas responsables o por su escasa gravedad, a las jurisdicciones nacionales bien del *locus delicti* o de terceros Estados⁹⁵⁹.

1. Aspectos generales de los crímenes de guerra.

1.1. *Antecedentes.*

La regulación de los crímenes de guerra en el derecho internacional no surge hasta el siglo XIX, reconociéndose una serie de valores y reglas capitales que debían respetarse en caso de conflicto armado, siendo las mismas de

⁹⁵⁸ A. REMIRO BROTONS. 2010, “Crímenes Internacionales, jueces estatales”, en *Política exterior*, Vol. XXIV, núm. 134, pág. 61 y ss.

⁹⁵⁹ Cfr. W. A. SCHABAS. 2012, “An Introduction...”, *loc cit*, pág. 200 y ss., R. MURPHY. 2006, *loc cit*, pág. 283 y ss.; cfr. *Situation in Kenya* (ICC-01/09) Decision Pursuant to article 15 of the Rome Statute on the authorization of an investigation into the situation in the Republic of Kenya, 31 March 2010, pára. 60 y ss.

carácter universal⁹⁶⁰. Los actos humanitarios del combatiente no constituían costumbre alguna, todo lo contrario, era extraño que se diesen éstos en el campo de batalla⁹⁶¹. Por ello, comienzan a darse los primeros pasos para reducir los actos de barbarie dentro y fuera del campo de batalla⁹⁶², ya que se tienen en cuenta tanto la estricta necesidad como la humanidad en las operaciones⁹⁶³. Supuso un avance considerable el considerar que la guerra era una pugna entre Estados y no entre personas o individuos, los cuales estaban sujetos a derechos y obligaciones. Los ordenamientos jurídicos nacionales a principios del siglo XIX, en su mayoría, no previeron normas penales que sancionasen los crímenes de guerra⁹⁶⁴. No obstante lo anterior, se aprobaron

⁹⁶⁰ S. R. RATNER y J. S. ABRAMS. 2001, *loc cit*, pág. 80 y 81; cfr. M^a D. BOLLO AROCENA. 2004, *loc cit*, pág. 179 y ss.; cfr. Y. SANDOZ. 2009, “The history of the grave breaches regime”, en *Journal of International Criminal Justice*, n^o 7, pág. 657.

⁹⁶¹ Cfr. A. QUINTANO RIPOLLÉS. 1955, *loc cit*, Tomo I, pág. 513 y ss.; cfr. G. WERLE. 2005, *loc cit*, pág. 426 y ss.; cfr. J. L. FERNÁNDEZ FLORES y DE FUNES. 2001, “El derecho de...”, *loc cit*, pág. 53 y 502 y ss.; cfr. L. OPPENHEIM. 1961, *loc cit*, Tomo II, Vol. I, pág. 232 y ss.; G. BOAS, J. L. BISCHOFF y N. L. REID. 2011, “*International Criminal Law Practitioner Library*” Vol. II, Cambridge: Cambridge University Press, pág. 213 y ss.; L. C. GREEN. 1999, “International Regulation of Armed Conflict”, en *International Criminal Law*, Editor: M. C. BASSIOUNI, New York: Transnational Publishers, pág. 355 y ss. Por ejemplo, el exterminio del adversario constituía el fin primordial de la guerra y la esclavitud de los prisioneros de guerra, era una práctica común. Tenemos que esperar hasta el año 1139 para que surja una primera norma que tenga por finalidad la conducción de las hostilidades, nos referimos al II Concilio de Letrán, que prohibió el uso de ballestas en el campo de batalla, al ser consideradas “*armas mortíferas y odiosas de Dios*”, cfr L. C. GREEN. 1999, *loc cit*, pág. 358 y 359. Igualmente, las normas existentes en la edad Media diferenciaban entre cristianos y aquéllos que no lo eran, por ejemplo, en el III Concilio de Letrán se prohibía la esclavitud de los prisioneros de guerra en provecho propio, siempre que fueran cristianos, por lo que los sarracenos o enemigos de la fe, podían ser objeto de cualquier horror o brutalidad, cfr. A. QUINTANO RIPOLLÉS. 1955, *loc cit*, Tomo I, pág. 515 y ss., quien indica que gracias a FRANCISCO DE VITORIA se produce un avance en la evolución del denominado *ius in bello*, a causa de su obra *De Indis, sive De iure belli*, en donde afirma que el hecho de que exista una guerra justa no legitima a cometer cualquier atrocidad o medida de ejecución. Este autor manifestó que «*en la guerra es lícito hacer todo lo que fuere necesario para la defensa del bien público*», sin embargo, al ver que con dicho principio podrían cometerse excesos, posteriormente enunció una serie de actos que serían ilícitos: matar a inocentes, atacar una fortaleza dentro de la cual se sabe que hay inocentes, etc. Asimismo defendió una postura avanzada en su época, que consistía en la ilicitud de matar a inocentes de quienes pudiera dimanar un peligro futuro (hijos de guerreros sarracenos), toda vez que no se pueden causar males ciertos para evitar otros mayores inciertos, siendo intolerable el castigo de muerte por eventuales futuros pecados. Lo antedicho puede considerarse como una de las primeras manifestaciones que contienen criterios de humanidad, que con el paso del tiempo dieron origen al denominado derecho internacional humanitario.

⁹⁶² Cfr. M. C. BASSIOUNI. 2008, “Introduction to international humanitarian law”, en *International Criminal Law*, Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, pág. 277 y ss.

⁹⁶³ L. OPPENHEIM. 1961, *loc cit*, Tomo II, Vol. I, pág. 233; G. WERLE. 2005, *loc cit*, pág. 428.

⁹⁶⁴ En nuestro ordenamiento jurídico encontramos como antecedente más característico el Código Penal del Ejército de 1884, en cuyo art. 105 se sancionaba al «*1.- militar que obligare*

normas que prohibían ciertos comportamientos en el campo de batalla, como por ejemplo el *Código de Lieber* de 24 de abril de 1863 (Instructions for the Government of Armies of the United States in the Field)⁹⁶⁵. En nuestro ordenamiento jurídico el Reglamento para el Servicio de Campaña de 1882 debe considerarse como la norma esencial que regía la conducta de nuestras Fuerzas Armadas durante la guerra, propugnando principios del actual DIH. Esta norma configuró preceptos cuya finalidad era reducir los efectos destructivos de la guerra, proteger a los inocentes y fijar unos límites a la hora de combatir o hacer la guerra. Basta con realizar una lectura de los art. 851 y 852 para observar los principios humanitarios en los que se basaba⁹⁶⁶.

A pesar de las normas de carácter doméstico, el desarrollo del *ius in bello* tiene lugar a través de los tratados internacionales, ausentes hasta el momento⁹⁶⁷. La Convención de Ginebra, de 22 de agosto de 1864, para el mejoramiento de la suerte de heridos y enfermos en los ejércitos de campaña, supuso la piedra angular del denominado Derecho de Ginebra (normas cuya finalidad es la protección de los combatientes y población civil). Siguiendo a esta convención, surgieron otra serie de instrumentos internacionales de igual

a los prisioneros de guerra a combatir contra sus banderas, les maltratare de obra, les injuriare gravemente o privare del alimento necesario; 2.- el que atacare, sin necesidad, hospitales o asilos de beneficencia, dados a conocer por los signos establecidos para tales casos; 3.- el que destruye en territorio amigo o enemigo Templos, bibliotecas, museos, archivos u obras notables de arte, sin exigirlo las operaciones de guerra; 4.- el que de obra o palabra ofendiere a un parlamentario». Estas conductas también fueron sancionadas en el Código Penal de la Marina de Guerra de 1888 y en el Código de Justicia Militar de 1890.

⁹⁶⁵ Cfr. B. M. CARNAHAN. 1998, "Lincoln, Lieber and the Laws of War: The Origins and Limits of the Principle of Military Necessity", en *American Journal of International Law*, Vol. 92, nº 2, pág. 213 y ss.; cfr. L. C. GREEN. 1999, *loc cit*, pág. 363; cfr. G. BOAS *et al.* 2011, *loc cit*, pág. 223; cfr. R. CRYER *et al.* 2008, *loc cit*, pág. 221; cfr. Y. SANDOZ. 2009, "The history...", *loc cit*, pág. 658 y ss.

⁹⁶⁶ El art. 851 del Reglamento para el servicio de campaña establecía que «Las restricciones, las reglas de procedimiento y conducta para dañar al enemigo, las reservas de humanidad, convencionales, para reducir la devastación a lo meramente indispensable; la norma que asegura la lealtad de la lucha, constituyen lo que se llama leyes de guerra (...); el art. 852 disponía que "La primera y más importante de estas leyes, es que la guerra se hace entre Estados, y no entre los simples ciudadanos. Por consiguiente, los que no estén armados u organizados militarmente, no son considerados enemigos: siendo respetadas sus personas y, si es posible, sus propiedades»; asimismo, en los art. 853 y 854 se expresaba la obligación de respetar a las mujeres, inválidos, ancianos, niños, siempre que no tomen parte en el combate.

⁹⁶⁷ Parte de la doctrina considera que aun a pesar de la inexistencia de instrumentos internacionales que regulasen el comportamiento debido de los beligerantes durante un conflicto armado, los principios que se recogían en las normas domésticas formaban parte del derecho consuetudinario, cfr. L. C. GREEN. 1999, *loc cit*, pág. 363.

importancia, por ejemplo, el Convenio de Ginebra del año 1906 y el del año 1929 relativo a los Prisioneros de Guerra. Con posterioridad a estos convenios, se aprobaron los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949. El conjunto de estos convenios es considerado a día de hoy derecho consuetudinario⁹⁶⁸, ya que prácticamente la totalidad de los Estados de la comunidad internacional los han ratificado⁹⁶⁹. Lo mismo no puede decirse del PAI relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales y del Protocolo Adicional II a los Convenios de Ginebra, de 8 de junio de 1977, relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional (en adelante, PAII)⁹⁷⁰. Empero lo dicho, puede afirmarse que determinados principios de ambos instrumentos internacionales forman parte del derecho consuetudinario⁹⁷¹, al tener por finalidad la protección de principios básicos del DIH que ostentan una eficacia *erga omnes*. A modo de ejemplo, podemos

⁹⁶⁸ Cfr. M. C. BASSIOUNI. 2008, “Introduction to...”, *loc cit*, pág. 280; cfr. T. J. MURPHY. 1984, *loc cit*, pág. 45, este autor indica que los Convenios de Ginebra reflejaron el derecho consuetudinario de la época, siendo aceptados de manera universal por los Estados; T. MERON. 1987, “The Geneva Conventions as customary law”, en *American Journal of International Law*, Vol. 81, n° 2, pág. 350; la Resolución de la AGNU de 8 de diciembre del año 1977, aprobada en su 97ª sesión plenaria, relativa al estado de las firmas y las ratificaciones de los Protocolos Adicionales a los Convenios de Ginebra de 1949, se manifestó que «convencida del valor permanente de las normas humanitarias establecidas relativas a los conflictos armados, en particular las de las Convenciones de la Haya de 1899 y 1907, el Protocolo de Ginebra de 1925 y los Convenios de Ginebra del año 1949»; cfr. Sentencia del TPIY (Appeal Chamber), de 20 de febrero de 2001, *Prosecutor v. Delalic et al*, IT-96-21-A, pára. 112 y 113; cfr. Sentencia del ECCC (Trial Chamber), de 26 de julio de 2010, *Prosecutor v. KAINING Guek Eav alias Duch* ECCC, 001/18-07-2007/ECCC/TC, pára. 405, en donde se afirma la naturaleza consuetudinaria de las infracciones graves del DIH, al codificar principios básicos de derecho internacional; J.M. HENCKAERTS. 2009, “The grave breaches regime as customary international law”, en *Journal of International Criminal Justice*, n° 7, pág. 684 y ss.

⁹⁶⁹ También se puede observar que en el Informe presentado por el Secretario General de conformidad con el párrafo 2 de la Resolución 808 (1993) del CSNU, pfo. 37 se dijo que «Los convenios de Ginebra (...) constituyen el núcleo del derecho consuetudinario aplicable a los conflictos armados de carácter internacional»; cfr. R. CRYER *et al.* 2008, *loc cit*, pág. 222; cfr. T. MERON. 1999, “Human Rights and Humanitarian Norms as Customary Law”, Oxford: Clarendon Press, pág. 41 y ss.; J.M. HENCKAERTS. 2009, “The grave...”, *loc cit*, pág. 689; T. MERON. 1987, “The Geneva...”, *loc cit*, pág. 348, sostiene que hay más Estados Parte de los Convenios de Ginebra que miembros de las Naciones Unidas. A fecha 19 de julio de 2013, son parte en los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949, 195 Estados, del PAI son parte 173 Estados y del PAII son parte 167 Estados, consultar: http://www.icrc.org/spa/resources/documents/misc/party_main_treaties.htm.

⁹⁷⁰ Cfr. R. CRYER *et al.* 2008, *loc cit*, pág. 223, sin embargo hemos de afirmar que muchos preceptos de los Protocolos Adicionales de 1977 han cristalizado en derecho consuetudinario, como por ejemplo el art. 75 del PAI, cfr. United States Supreme Court, case *Handam v. Rumsfeld* 126 S. ct. 2749, 29 de junio de 2006; cfr. T. MERON. 1999, “Human Rights...”, *loc cit*, pág. 62 y ss.; J.M. HENCKAERTS. 2009, “The grave...”, *loc cit*, pág. 691.

⁹⁷¹ Cfr. M. C. BASSIOUNI. 2008, “Introduction to...”, *loc cit*, pág. 283.

enumerar el principio de distinción, el respeto de la dignidad de la personas protegidas y la prohibición de atacar a la población civil⁹⁷². Junto al llamado Derecho de Ginebra apareció el denominado Derecho de la Haya, cuya finalidad es limitar la conducción de las hostilidades. Si bien es cierto que en un primer momento estas normas tenían finalidades distintas, hoy en día puede apreciarse que tanto el Derecho de Ginebra como el de la Haya se confunden, al establecerse en ambas normas de restricción de las hostilidades y de protección de la población y beligerantes⁹⁷³. A pesar de ello, los más importantes tratados del Derecho de la Haya son las Convenciones de 1899⁹⁷⁴ y de 1907⁹⁷⁵, que forman también parte del derecho consuetudinario⁹⁷⁶.

El Derecho de la Haya y de Ginebra se denominó Derecho de los Conflictos Armados (en adelante, DCA), el cual a su vez ha evolucionado

⁹⁷² Cfr. V. CHETAIL. 2003, “La contribución de la Corte Internacional de Justicia al derecho internacional humanitario”, en *Revista Internacional de la Cruz Roja*, nº 850, pág. 235 y ss.; R. TICEHURST. 1997, *loc cit*, pág. 131.

⁹⁷³ M. PÉREZ GONZÁLEZ. 2007, “El derecho internacional humanitario frente a la violencia bélica: una apuesta por la humanidad en situaciones de conflicto”, en *Derecho Internacional Humanitario*, Coord. J.L. RODRÍGUEZ VILLASANTE y PRIETO, Valencia: Tirant Lo Blanch, pág. 30; cfr. L. C. GREEN. 1999, *loc cit*, pág. 365 y ss.

⁹⁷⁴ Relativa a las leyes y usos de la guerra terrestre y reglamento anejo al convenio sobre leyes y costumbres de la guerra terrestre de 1899, Gaceta de Madrid núm. 326, de 22 de noviembre de 1900.

⁹⁷⁵ Entre las más importantes podemos resaltar las siguientes: Convención VI de la Haya relativa al régimen de los navíos de comercio enemigos al principio de las hostilidades de 1907; Convención VII relativa a la transformación de buques de comercio en barcos de guerra de 1907; Convención IX relativa al bombardeo por las fuerzas navales en tiempo de guerra de 1907; Convención XI relativa a ciertas restricciones en cuanto al ejercicio del derecho de captura en la guerra marítima y Convención XIV relativa a la prohibición de lanzar proyectiles y explosivos desde globos de 1907.

⁹⁷⁶ Cfr. G. BOAS *et al.* 2011, *loc cit*, pág. 225, hemos de reseñar que los tribunales internacionales más importantes de los últimos tiempos (TMIN y TPIY) han utilizado y justificado sus sentencias en aplicación de este instrumento internacional, el cual, regula los principios por los que deben regirse las Fuerzas Armadas; J.L. RODRÍGUEZ VILLASANTE y PRIETO. 2007, “Fuentes del derecho internacional...”, *loc cit*, pág. 52, quién afirma que el derecho de La Haya es tan antiguo como la propia guerra; cfr. G. WERLE. 2005, *loc cit*, pág. 432; cfr. A. QUINTANO RIPOLLÉS. 1955, *loc cit*, Tomo I, pág. 575; la sentencia del TMIN indicó que «las reglas de la guerra terrestre contenidas en la convención de la Haya, realizaron ciertamente un progreso de Derecho Internacional, pero de sus propios términos resulta que se trató de una iniciativa para revisar las leyes y costumbres de la guerra cuya existencia era ya ha tiempo reconocida. En 1939, pues, esas reglas contenidas en la Convención eran ya admitidas por todos los Estados civilizados y consideradas por ellos como la exposición codificada de las leyes y costumbres de guerra a que se refiere la letra b) del art. 6 del Estatuto de Londres», cfr. “Judgment of Nüremberg”. 1947, *loc cit*, pág. 248 y 249; cfr. Opinión consultiva de la Corte Internacional de Justicia, de 9 de julio del 2004, sobre las consecuencias jurídicas de la construcción de un muro en el territorio ocupado de Palestina, pára. 78 y 89.

dando lugar al derecho internacional humanitario, que sería aquella rama del derecho internacional conformada por normas jurídicas que regulan los derechos y deberes de los que participan en un conflicto armado, los medios y modos de combatir, la protección de las personas y de los bienes, todo ello integrado por principios intrasgredibles, aplicables en todas circunstancias que limitan el uso de la fuerza, sin afectar al estatuto jurídico de las Partes en conflicto⁹⁷⁷. En suma, los crímenes de guerra forman parte del núcleo duro de las normas del derecho internacional humanitario, toda vez que representan aquellas normas intrasgredibles que en caso de quebrantarse acarrearán la correspondiente responsabilidad penal.

1.2. *Concepto.*

Los crímenes de guerra fueron las primeras manifestaciones de crímenes internacionales, antes incluso que el genocidio o los crímenes de lesa humanidad. La evolución de los crímenes de guerra ha ido en paralelo junto con el progreso del derecho internacional humanitario⁹⁷⁸. Esto implica que los comportamientos cometidos durante una contienda armada que contravengan gravemente normas esenciales del DIH que han alcanzado el *status* de *ius cogens* y tengan eficacia *erga omnes*, deberían ser considerados como crímenes de guerra. OPPENHEIM consideró que los crímenes de guerra eran aquellos actos hostiles que podían ser castigados por el enemigo en el momento de la captura de los ofensores. En tales actos se incluían aquellos que eran contrarios al derecho internacional, perpetrados en violación del propio derecho del Estado del criminal, así como los actos criminales contrarios a las leyes de la guerra cometidos por orden y en beneficio del Estado enemigo⁹⁷⁹. KELSEN distinguió entre crimen de guerra en sentido amplio y estricto. El primero estaría constituido por todas las violaciones al derecho internacional cometidas por los Estados o por los individuos. El segundo sería toda violación a las

⁹⁷⁷ J.L. RODRÍGUEZ VILLASANTE y PRIETO. 2007, “Fuentes del derecho internacional...”, *loc cit*, pág. 53; cfr. T. J. MURPHY. 1984, “Sanctions and enforcement of the humanitarian law...”, *loc cit*, pág. 10.

⁹⁷⁸ Cfr. G. BOAS *et al.* 2011, *loc cit*, pág. 219; cfr. R. CRYER *et al.* 2008, *loc cit*, pág. 225.

⁹⁷⁹ L. OPPENHEIM. 1961, *loc cit*, Tomo II, Vol. I, pág. 117 y 118.

reglas del derecho internacional relativa a la guerra, que constituye al mismo tiempo violación del derecho doméstico⁹⁸⁰. QUINTANO RIPOLLÉS entendió que un crimen de guerra era la acción u omisión voluntaria perpetrada o consentida contra las personas o derechos fundamentales de los beligerantes o civiles de un país en guerra, en ocasión de ésta y en violación de las normas internacionales que la regulan, susceptibles de estimación judicial penal⁹⁸¹. Para WERLE, el crimen de guerra es toda violación de una regla de derecho humanitario cuya punibilidad surge directamente del derecho internacional humanitario. Lo característico de la definición de WERLE es que no hace diferencia entre violación grave o no grave, sólo requiere que se vulnere una regla del derecho internacional humanitario⁹⁸². BASSIOUNI entiende que los crímenes de guerra son las mas serias violaciones del derecho consuetudinario⁹⁸³. GUÉNAËL METTRAUX afirma que los crímenes de guerra son violaciones graves de las leyes y usos de la guerra que entrañan responsabilidad penal bajo el derecho internacional⁹⁸⁴. Un aspecto a tener en cuenta de la definición anterior es la necesidad de que el derecho internacional aprecie que dicho comportamiento atraiga responsabilidad penal⁹⁸⁵. El Comité Internacional de la Cruz Roja (en adelante CICR), en su obra de Derecho Internacional Humanitario Consuetudinario, establece en su norma 156 que «*Las violaciones graves del derecho internacional humanitario constituyen crímenes de guerra*⁹⁸⁶». Como puede apreciarse, tampoco el CICR entiende que puedan considerarse crímenes de guerra cualquier violación del DIH o del

⁹⁸⁰ Cfr. H. KELSEN. 1943, “Collective and...”, *loc cit*, pág. 537.

⁹⁸¹ A. QUINTANO RIPOLLÉS. 1955, *loc cit*, Tomo I, pág. 573.

⁹⁸² G. WERLE. 2005, *loc cit*, pág. 424; en sentido similar Y. DINSTEIN afirma que los crímenes de guerra son aquellas violaciones del DCA que entrañan responsabilidad penal, cfr. Y. DINSTEIN. 2010, “*The conduct of hostilities under the law of international armed conflict*”, Cambridge: Cambridge University Press, pág. 263. A su vez, el Estatuto del TMIN y del TMILO no requería tampoco para considerar un hecho como crimen de guerra, que éste fuese una violación grave de las leyes y usos de guerra, tal como se infiere del art. 6.b) del TMIN y del art. 5.b) de la carta de constitución del TMILO, que sólo hacían referencia a “*violaciones de las leyes y de las costumbres de la guerra*”.

⁹⁸³ Cfr. M. C. BASSIOUNI. 2008, “Introduction to...”, *loc cit*, pág. 281.

⁹⁸⁴ G. METTRAUX. 2005, “*International Crimes and the ad hoc Tribunals*”, Oxford: Oxford University Press, pág. 29.

⁹⁸⁵ A. GIL GIL. 1999, “*El genocidio y otros crímenes internacionales*”, Valencia: Colección Interciencias, Centro Francisco Tomás y Valiente, pág. 98.

⁹⁸⁶ Cfr. J.M. HENCKAERTS y L. DOSWALD-BECK. 2007, *loc cit*, pág. 643.

DCA⁹⁸⁷, al requerir que ésta sea grave. De la misma forma se pronunció el Tribunal Penal Internacional para Yugoslavia en el caso *Tadic*⁹⁸⁸. Por ello, entiendo que cualquier crimen de guerra debe suponer una violación grave del derecho internacional humanitario, si no estaríamos hablando de una mera transgresión de las normas del DIH, que podrían ser reprimidas mediante mecanismos extrajudiciales, es decir, en sede disciplinaria.

Así pues, podemos definir los crímenes de guerra como todo acto u omisión cometido con ocasión de un conflicto armado que vulnera gravemente una norma esencial del derecho internacional humanitario que tiene por finalidad la protección de determinados bienes jurídicos y que genera responsabilidad penal con base en el derecho internacional. La definición establecida es amplia, ya que pretende abarcar toda violación grave del DIH que lesione o ponga en peligro un bien jurídico internacional, llevada a cabo mediante una acción u omisión. Se excluye todo pronunciamiento sobre si el delito debe ser doloso o imprudente, toda vez que esta cuestión no es nada pacífica. Acudiendo a la sentencia de la Corte Penal Internacional en el caso *Lubanga*, podemos afirmar que para este tribunal los crímenes de guerra deben ser cometidos dolosamente; incluso, solo se permitiría el dolo directo en primer y segundo grado, excluyéndose el eventual. Sin embargo, si acudimos a los elementos de los crímenes de guerra del Estatuto de la CPI, podemos observar que en el crimen de guerra de utilizar, reclutar o alistar niños en las fuerzas armadas, se incluye como elemento del crimen, en relación al elemento subjetivo del tipo, que «*el autor haya sabido o debiera haber sabido que se trataba de menores de 15 años*». Obsérvese que se permite una modalidad imprudente en la comisión del tipo al afirmarse que “debiera haber sabido”, lo

⁹⁸⁷ En el mismo sentido, cfr. Y. DINSTEIN. 2010, “The conduct of hostilities...”, *loc cit*, pág. 263, quien entiende que no toda violación de una norma de DIH constituye un crimen de guerra, sino sólo aquellas violaciones graves.

⁹⁸⁸ Cfr. *Prosecutor v. Dusko Tadic*, Decision on the defence motion for interlocutory appeal on jurisdiction, 2 October 1995, pára. 94, se exigió que para que un delito pueda ser juzgado por un tribunal, la violación ha de ser grave, es decir, debe constituir una violación de una norma que proteja valores importantes, y la violación debe entrañar consecuencias graves para la víctima.

que denotaría una infracción de la norma debida de cuidado⁹⁸⁹. Asimismo, el Tribunal Penal Internacional para Yugoslavia ha sostenido que algunos tipos penales del art. 2 del Estatuto del TPIY pueden ser cometidos dolosamente o mediante *recklessness*⁹⁹⁰. El concepto de *recklessness* es muy debatido, algunos entienden que forma parte del *dolo eventualis*⁹⁹¹, otros consideran que es una figura semejante a la imprudencia consciente⁹⁹² y otros opinan que se trataría de una tercera forma de culpabilidad situada entre el dolo y la imprudencia consciente⁹⁹³. Dependiendo de la consideración que le demos, un determinado comportamiento podría ser típico internacionalmente o dejar de serlo, de ahí su relevancia. A mi juicio y con base en la Sentencia del SCSL de fecha 2 de marzo del 2009, caso *Prosecutor v. Sessay, Kallon y Gbao*, podríamos sostener que la *recklessness* se asemejaría a la imprudencia consciente. En esta sentencia se afirma que entre los elementos requeridos para

⁹⁸⁹ Cfr. A. CASSESE. 2008, “International Criminal...”, *loc cit*, pág. 70 y ss., quien sostiene que en derecho penal internacional solamente la imprudencia grave podría ser una forma de culpabilidad, cuando los daños causados son serios y los valores atacados son capitales. En mi opinión, la falta de diligencia debida podría quedar reducida al ámbito disciplinario o englobar otro tipo penal distinto al crimen de guerra, por ejemplo, un homicidio imprudente o un delito de lesiones imprudente. Sin embargo, el dolo eventual sí forma parte del derecho penal internacional, aun cuando el mismo no ha sido reconocido expresamente por la CPI, cfr. E.V. SLIEDREGT. 2012, “*Individual criminal responsibility in international law*”, Oxford: Oxford University Press, pág. 48 y ss. Dentro de la CPI existe asimismo cierta ambigüedad a la hora de determinar si tiene acogida el dolo eventual en el art. 30 del ECPI, así en la decisión de confirmación de cargos del caso *Lubanga* se aceptó el *dolus eventualis*, mientras que en la sentencia de fecha 14 de marzo de 2012 se negó esta posibilidad, cfr. Sentencia de la CPI de 14 de marzo de 2012, *Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo* ICC-01/04-01/06, pára. 1011. Si se acude al voto particular de la juez V.D. WYNGAERT, en el caso *Lubanga*, podemos observar que se efectúa una crítica razonable sobre la antedicha sentencia, toda vez que en la misma se emplean términos tales como “riesgo” y “probabilidad”, los cuales son confusos y nos conducen a la teoría del dolo eventual, cfr. Voto Particular de la juez V.D. WYNGAERT, de fecha 18 de diciembre de 2012, ICC-01/04-02/12, pára. 37 y 38.

⁹⁹⁰ Cfr. Sentencia del TPIY (Trial Chamber), de 3 de marzo de 2000, *Prosecutor v. Blaskic*, IT-95-14-T, pára. 152; WERLE considera que con base en el derecho internacional consuetudinario, ciertos crímenes de guerra pueden ser cometidos mediante *recklessness*, cfr. G. WERLE. 2005, *loc cit*, pág. 592 y ss.; cfr. R. CRYER *et al.* 2008, *loc cit*, pág. 318, quien afirma que el TPIY se excedió en la interpretación efectuada, al considerar que la negligencia solo es predicable en la figura de la “responsabilidad del superior”.

⁹⁹¹ A. CASSESE. 2008, “International Criminal...”, *loc cit*, pág. 66 y ss.

⁹⁹² G. P. FLETCHER. 2000, “*Rethinking criminal law*”, Oxford: Oxford University Press, pág. 443. Este autor posteriormente reconoce que una interpretación amplia del *dolus eventualis* podría comprender la *recklessness*, cfr. G. P. FLETCHER. 2012, “The Theory of Criminal Liability and International Criminal Law”, en *Journal of International Criminal Justice*, n° 10, pág. 1035; M. MELENDO PARDOS. 2008, “*Imputación subjetiva y error en el Estatuto de la Corte Penal Internacional. Desafíos de la dogmática penal continental*”, Barcelona: Atelier, pág. 86, quien sitúa la *recklessness* dentro de la imprudencia temeraria o consciente.

⁹⁹³ C. ROXIN. 2008, *loc cit*, pág. 447; K. AMBOS. 2007, “*La Corte Penal Internacional*”, Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, pág. 101.

cometer el crimen de guerra de actos de terror encontramos el cometer actos o amenazas de violencia contra la población civil, pudiendo ser llevados a cabo con dolo o mediante *recklessness*, no siendo suficiente una conducta negligente⁹⁹⁴. En definitiva, parece deducirse de esta resolución judicial que la *recklessness* no es lo mismo que el dolo, incluido el eventual, pero tampoco es similar a la mera negligencia o imprudencia inconsciente. Con carácter general las infracciones graves del DIH deben ser cometidas intencionalmente aunque los Convenios de Ginebra de 1949 en los art. 50 GI, 51 GII, 130 GIII y 147 GIV no lo establecen expresamente, a excepción del homicidio y la comisión de grandes sufrimientos o atentar gravemente a la integridad física o salud. Aun así, posteriormente el Protocolo Adicional I de 1977 sí estableció en el art. 85 que las infracciones graves del mismo debían ser cometidas intencionalmente⁹⁹⁵. En definitiva, podría defenderse la postura de que algunas infracciones graves del DIH puedan ser cometidas imprudentemente al no requerirlo los Convenios de Ginebra de 1949, cuestión distinta es que sea apropiado, ya que las mismas darían lugar al sistema de eficacia del DIH, pudiendo ser juzgadas por cualquier Estado, lo que conllevaría una extensión desproporcionada de la justicia universal, que recordemos se aplica a los crímenes que atentan gravemente contra bienes jurídicos del orden internacional. En nuestro ordenamiento jurídico ni el CP ni el CPM castigan crímenes de guerra imprudentes, por lo que deben ser cometidos con dolo, incluido el eventual⁹⁹⁶. Actualmente se encuentra en el Congreso de los Diputados el Proyecto de Ley Orgánica del Régimen Disciplinario para las Fuerzas Armadas en donde se castiga disciplinariamente la comisión imprudente de ciertas infracciones del DIH⁹⁹⁷. Para finalizar, en la definición mantenida no se hace distinción alguna entre conflicto armado de carácter internacional o interno, ya que entendemos que el crimen de guerra se colma en

⁹⁹⁴ Sentencia del SCSL (Trial Chamber), de 2 de marzo de 2009, *Prosecutor v. Sessay, Kallon y Gbao*, SCSL-04-15-T, pára. 118.

⁹⁹⁵ F. PIGNATELLI y MECA. 2003, “La sanción de...”, *loc cit*, pág. 139.

⁹⁹⁶ Cfr. A. GIL GIL. 2006, “*Bases para la persecución penal de crímenes internacionales en España*”, Granada: Comares, pág. 71 y ss.

⁹⁹⁷ Boletín Oficial de las Cortes Generales de 17 de mayo de 2013, núm. 47-1, Proyecto de Ley Orgánica del Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas.

cualquier clase de contienda armada, requiriéndose que el hecho constituya una violación grave de normas esenciales del DIH.

1.2.1. *¿Existen diferencias entre los crímenes de guerra y las infracciones graves del derecho internacional humanitario, en particular, de los Convenios de Ginebra del 1949 y del Protocolo Adicional I de 1977, relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales?*

En un primer momento los crímenes de guerra eran considerados como todo acto u omisión criminalizado por el derecho internacional y llevado a cabo durante una guerra, mientras que las infracciones graves consistían en serias violaciones de los Convenios de Ginebra de 1949 que hacían surgir determinadas obligaciones dentro del derecho doméstico de los Estados Partes⁹⁹⁸. En un sentido técnico, por crimen podemos entender todo acto u omisión que la ley hace punible, mientras que una infracción es sólo aquél acto u omisión que infringe una obligación legal, es decir, un acto antijurídico. Así pues, podríamos afirmar que un crimen conlleva una infracción, pero no toda infracción es igual a un crimen. Además, un crimen conlleva consecuencias penales internacionales y nacionales, mientras que una infracción podría no tenerlas. En cualquier caso, sí las tendría si se tratase de una infracción grave del DIH, pero a nivel nacional, en aplicación de lo dispuesto en los art. 49 CGI, 50 CGII, 129 CGIII y 146 CGIV, al tratarse de injustos que constituyen crímenes de guerra. A pesar de lo anterior, resulta evidente que ambos términos pueden confundirse. Por ejemplo, en el art. 8 del ECPI se regulan los crímenes de guerra, comprendiéndose en el apartado 2.a) las infracciones graves de los Convenios de Ginebra. Esto significa que las infracciones graves del DIH han evolucionado dentro del derecho internacional hasta convertirse en auténticos crímenes de guerra⁹⁹⁹. A mayor abundamiento, el art. 85.5 del PAI dispone que «(...) las infracciones graves de dichos instrumentos se considerarán como crímenes de guerra». Lo último conlleva un problema serio, y es que el PAI, a

⁹⁹⁸ Cfr. M. D. ÖBERG. 2009, “The absorption of grave breaches into war crimes law”, en *Revista Internacional de la Cruz Roja*, Vol. 9, pág. 163 y ss.

⁹⁹⁹ *Ibidem*, pág. 167.

diferencia de los Convenios de Ginebra de 1949, no ha sido ratificado por múltiples Estados, por lo que surgiría la paradoja de que para algunos Estados las infracciones graves del DIH serán crímenes de guerra, mientras que para otra parte podrían no ser ni siquiera infracciones graves del DIH, al no haber ratificado este instrumento internacional. No obstante, hemos de recordar que hay determinadas normas del Protocolo Adicional I que forman parte del derecho consuetudinario, a causa de su aceptación genérica, constante y uniforme, encontrándose entre ellas las infracciones graves del DIH¹⁰⁰⁰. Si bien es cierto que algunos Estados no han ratificado el Protocolo Adicional I, no es menos cierto que determinados preceptos del mismo son de obligado cumplimiento en virtud de decisiones emanadas por la comunidad internacional, por ejemplo del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas. Aunque la fuente principal del derecho internacional lo conforman los tratados internacionales acordados por los Estados, sujetos principales del derecho internacional, la costumbre también es fuente del derecho internacional y en ésta participan no sólo los Estados, sino también las organizaciones internacionales. Por ello, las decisiones o resoluciones adoptadas en la Asamblea General o en el Consejo de Seguridad de Naciones Unidas pueden ayudarnos a entender si ciertas normas del derecho internacional tienen naturaleza consuetudinaria, toda vez que la aprobación de aquéllas resoluciones son producto de la voluntad estatal, los votos.

Pues bien, ciertas resoluciones de la Asamblea General¹⁰⁰¹ y del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas¹⁰⁰² han establecido diversos principios de cumplimiento obligatorio sin oposición de los Estados, lo que demuestra la convicción de los mismos sobre la norma. Tales principios relativos al DIH habrían adquirido el rango de normas de *ius cogens*, hablamos del principio de distinción, de la prohibición de lanzar ataques contra civiles,

¹⁰⁰⁰ F. M. MARIÑO MENÉNDEZ. 2009, “Exigencia de responsabilidad penal internacional por crímenes de guerra y solución del conflicto palestino-israelí”, en *La Responsabilidad Penal por la Comisión de Crímenes de Guerra: el caso Palestina*, Pamplona: Thomson-Aranzadi, pág. 52.

¹⁰⁰¹ Res. 2444 (XXIII) y Res. 2675 (XXV) de la AGNU, entre otras.

¹⁰⁰² Res. 564, 771, 794, 819, 853, 904 del CSNU, entre otras.

de los ataques indiscriminados y del respeto de la dignidad humana de las personas protegidas¹⁰⁰³. Así pues, los crímenes de guerra que contemplan estos actos deberían ser considerados parte del derecho consuetudinario¹⁰⁰⁴. A mayor abundamiento, el Tribunal Penal Internacional para Yugoslavia en el caso *Kupreskic* afirmó que los crímenes de guerra eran normas de *ius cogens*¹⁰⁰⁵. Cuestión distinta es considerar que la totalidad de las infracciones graves del DIH, aun teniendo naturaleza consuetudinaria, sean aplicables en los conflictos armados no internacionales. Este hecho todavía no se ha reconocido. Sin embargo, los tribunales penales *ad hoc* sí han entendido que la costumbre internacional podría configurar un cuerpo de infracciones graves del DIH aplicable a los conflictos armados domésticos¹⁰⁰⁶. Esta hipótesis desde mi punto de vista se ha confirmado con la tipificación de ciertos injustos en el art. 8.2.c) y e) del ECPI. La responsabilidad penal derivada de la comisión de infracciones graves del DIH surge en sede doméstica, al tener los Estados la obligación de tipificar dichos comportamientos y asociar a los mismos una sanción penal¹⁰⁰⁷. Sin perjuicio de lo anterior, posteriormente las infracciones graves del DIH se han tipificado en normas internacionales que imponen responsabilidad penal por su comisión, como por ejemplo el art. 2 del Estatuto del TPIY y el art. 8 del Estatuto de la CPI.

La principal diferencia entre los crímenes de guerra y las infracciones graves radica en que los primeros pueden cometerse tanto en conflictos armados internacionales (en adelante, CAI) como en conflictos armados no

¹⁰⁰³ Cfr. J.M. HENCKAERTS Y L. DOSWALD-BECK. 2007, *loc cit*, norma 1 a 6 y normas 11 a 13.

¹⁰⁰⁴ J.M. HENCKAERTS. 2009, “The grave...”, *loc cit*, pág. 691, sostiene que todas las infracciones graves del DIH previstas en los Convenios de Ginebra de 1949 forman parte del derecho consuetudinario, no así algunas infracciones graves del DIH contenidas en el PAI, ya que tampoco han sido tipificadas en el Estatuto de la CPI.

¹⁰⁰⁵ Sentencia del TPIY (Trial Chamber), de 14 de enero de 2000, *Prosecutor v. Kupreskic* IT-95-16-T, pára. 520.

¹⁰⁰⁶ L. MOIR. 2009, “Grave Breaches and Internal Armed Conflicts”, en *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 7, pág. 774; cfr. Sentencia del TPIY (Trial Chamber) de 16 de noviembre de 1998, *Prosecutor v. Delalic*, IT-96-21-T, pára. 202.

¹⁰⁰⁷ X. PHILIPPE. 2008, “Las sanciones por infracciones del derecho internacional humanitario: el problema de la división de competencias entre las autoridades nacionales y entre las autoridades nacionales e internacionales”, en *Revista Internacional de la Cruz Roja*, nº 870, pág. 2.

internacionales (en adelante, CANI), mientras que las segundas sólo pueden darse en estos últimos¹⁰⁰⁸. Lo antedicho es así toda vez que las infracciones graves del DIH enumeradas en los art. 50 CGI, art. 51 CGII, art. 130 CGIII, art. 147 CGIV y art. 85 PAI, están referidas a hechos ocurridos con ocasión de un conflicto armado internacional, mientras que los crímenes de guerra, pueden cometerse en conflictos armados internos, como se demuestra actualmente con la tipificación de ciertos comportamientos punibles en el art. 8.2.c) y e) del ECPI. Como conclusión, podemos significar que en la actualidad las infracciones graves del DIH y los crímenes de guerra han evolucionado a un mismo concepto, ya que en el art. 8.2.a) del ECPI se regulan aquéllas como crímenes de guerra en sentido estricto, por lo que puede afirmarse que las mismas son una modalidad dentro de los crímenes de guerra, con unas características propias que las diferencia de estos, en concreto, que las infracciones graves del DIH ponen en marcha el sistema de eficacia mundial, es decir, la justicia universal. De otra parte, en el Estatuto de la CPI se tipifican de manera precisa como crímenes de guerra las infracciones graves del DIH, a diferencia de los Convenios de Ginebra de 1949, los cuales deben considerarse como una guía para que los Estados tipifiquen en su ordenamiento penal estas conductas reprochables¹⁰⁰⁹, no constituyendo tipos penales a diferencia de los crímenes de guerra previstos en el art. 8.2 del ECPI.

1.2.2. *Las infracciones graves, las violaciones graves y otras contravenciones de los Convenios de Ginebra del año 1949 y del Protocolo Adicional I de 1977.*

El art. 90.2.c).i) del PAI dispone que «*La comisión tendrá competencia para: i) proceder a una investigación sobre cualquier hecho que haya sido alegado como infracción grave tal como se define en los Convenios o en el presente Protocolo o como cualquier otra violación grave de los Convenios o*

¹⁰⁰⁸ M. D. ÖBERG. 2009, *loc cit*, pág. 170.

¹⁰⁰⁹ M. BOTHE. 2002, “War crimes”, en *The Rome Statute of the International Criminal Court*, Editores: A. CASSESE, P. GAETA and J. R.W.D. JONES, Oxford: Oxford University Press, pág. 391 y ss.; M. D. ÖBERG. 2009, *loc cit*, pág. 169; X. PHILIPPE. 2008, “Las sanciones por...”, *loc cit*, pág. 4.

del presente Protocolo». De otra parte, los art. 49.3° CGI, art. 50.3° CGII, art. 129.3° CGIII y art. 146.3° CGIV, establecen que «Cada parte contratante adoptará las medidas necesarias para que cesen los actos contrarios a las prescripciones del presente Convenio, distintas de las infracciones graves enumeradas en el artículo siguiente». De los preceptos anteriores se deduce que dentro de los Convenios de Ginebra de 1949 y del Protocolo Adicional I existen tanto infracciones graves como violaciones graves del DIH y otra serie de contravenciones del DIH distintas de aquellas¹⁰¹⁰. Así pues, ¿qué diferencias hay entre estas figuras jurídicas? En mi opinión, las siguientes:

- i. Las infracciones graves del DIH pertenecen a una lista *numerus clausus*, no pudiéndose ampliar a otras distintas de las contempladas en los preceptos que las regulan, siendo consideradas los quebrantamientos más graves del DIH¹⁰¹¹.
- ii. Las violaciones graves comprenden aquellos quebrantamientos de los Convenios de Ginebra y de los Protocolos Adicionales I y II distintos de las infracciones graves del DIH que reúnen un plus de gravedad suficiente para no ser consideradas como meras contravenciones del DIH, al lesionar derechos o bienes de vital importancia. Estas violaciones graves podrían ser juzgadas y castigadas por los Estados Parte, en aplicación de lo dispuesto en los art. 49.3° CGI, art. 50.3° CGII, art. 129.3° CGIII y art. 146.3° CGIV. Asimismo, los Estados Parte del Estatuto de la CPI, para cumplir debidamente con el principio de complementariedad, también podrían juzgar las violaciones graves del DIH tipificadas en el art. 8.2.b) del ECPI, incluso en aplicación del principio de justicia universal en su vertiente facultativa.
- iii. Aquellas otras contravenciones al DIH podrían constituir cualquier irregularidad de los Convenios que no ostentasen la gravedad suficiente como para que se ponga en marcha la mecánica judicial oportuna,

¹⁰¹⁰ Cfr. Y. SANDOZ. 1999, “Penal Aspects of International Humanitarian Law”, en *International Criminal Law*, Editor: M. C. BASSIOUNI, New York: Transnational Publishers, pág. 403; I. BANTEKAS y S. NASH. 2007, *loc cit*, pág. 113; Y. SANDOZ. 2009, “The history...”, *loc cit*, pág. 673.

¹⁰¹¹ Cfr. G. BOAS *et al.* 2011, *loc cit*, pág. 226.

bastando en principio una intervención disciplinaria del Estado Parte para reprimir dicho comportamiento¹⁰¹². Un ejemplo de estas contravenciones sería cuando un soldado roba un trozo de pan que pertenece a una persona protegida sin poner en peligro su vida. En cualquier caso, estas otras contravenciones del DIH solo serían aplicables a conductas que no pusieran en peligro o lesionasen valores relevantes del DIH.

- iv. Las infracciones graves del DIH dan lugar al sistema de eficacia del DIH *ex art.* 49.2° del CGI, 50.2° del CGII, 129.2° del CGIII y 146.2° del CGIV, en el sentido de aplicarse el principio de justicia universal obligatoria o extraditar al presunto responsable de las infracciones graves (*aut dedere aut iudicare*). Por otro lado, las violaciones graves y aquellas otras contravenciones no graves no dan lugar al sistema de eficacia mundial, pudiendo solamente los órganos judiciales de los Estados Parte conocer de estos comportamientos con base en el principio de territorialidad y personalidad, sin perjuicio de la jurisdicción universal facultativa que corresponde a los Estados para las violaciones graves que sean crímenes de guerra según su ordenamiento jurídico¹⁰¹³. Las infracciones graves del DIH originan una obligación para los Estados de represión penal, mientras que las violaciones graves y aquellas otras contravenciones del DIH solo dan lugar al derecho de las Estados de reprimirlas penalmente.
- v. Las infracciones graves del DIH implican la comisión de una serie de actos tasados, pero exigen que se cometan contra «*personas protegidas o bienes protegidos por el convenio*», según establecen los art. 50 CGI, art. 51 CGII, art. 130 CGIII y art. 147 CGIV y art. 85 PAI¹⁰¹⁴. De otra parte, las violaciones graves y las meras contravenciones del DIH

¹⁰¹² J.S. PICTET, 1958, “Commentary IV...”, *loc cit*, pág. 59. La posibilidad de una represión disciplinaria por la infracción del DIH viene recogida actualmente en el art. 87.3 del PAI, aunque podía tener acogida anteriormente en los art. 49.3° CGI, 50.3° CGII, 129.3° CGIII y 146.3° del CGIV; T. MERON. 2006, “The humanization...”, *loc cit*, pág. 127.

¹⁰¹³ Cfr. C. V.D. WYNGAERT. 1991, “The suppression of war crimes under Additional Protocol I”, en *Humanitarian Law of Armed Conflict*, Editors: AJM DELISSEN y G.J. TANJA, Dordrecht: Martinus Nijhoff, pág. 197; cfr. P. AKHAVAN. 2010, *loc cit*, pág. 1255.

¹⁰¹⁴ I. BANTEKAS y S. NASH. 2007, *loc cit*, pág. 114; cfr. F. PIGNATELLI y MECA. 2004, “El terrorismo...”, *loc cit*, pág. 212.

podrían abarcan un campo de aplicación más amplio, al no exigirse que la persona o bien perjudicado tenga la condición expresa de persona o bien protegido. Por ejemplo, en el crimen de guerra de matar o herir a traición a personas pertenecientes a la nación o al ejército enemigo, tipificado en el art. 8.2.b).xi) del ECPI, el sujeto pasivo del mismo, en relación a los miembros del ejército enemigo, no serían personas protegidas expresamente por el DIH.

- vi. Para que se produzca una violación grave del DIH¹⁰¹⁵ deben concurrir los siguientes presupuestos: a) violación de una norma de derecho internacional; b) dicha norma puede pertenecer al derecho consuetudinario o al convencional; c) la violación debe ser seria, es decir, conllevar la vulneración de valores importantes para el perjudicado y ocasionarle graves perjuicios y; d) la violación debe conllevar responsabilidad penal.
- vii. Las infracciones graves del DIH sólo pueden cometerse en contiendas armadas internacionales, mientras que las violaciones graves y las meras contravenciones del DIH, podrían ser cometidas tanto en conflictos armados internacionales como domésticos. Una muestra de lo anterior lo encontramos en el art. 3 común de los Convenios de Ginebra, ya que la violación de este precepto no es una infracción grave *strictu sensu*, puede cometerse tanto en una contienda armada no internacional como internacional¹⁰¹⁶ y protege unos bienes jurídicos que en caso de vulnerarse en una contienda armada internacional serían infracciones graves del DIH.
- viii. Las infracciones y violaciones graves del DIH y cualquier tipo de contravención son comportamientos antijurídicos, toda vez que los

¹⁰¹⁵ Cfr. *Prosecutor v. Dusko Tadic*, Decision on the defence motion for interlocutory appeal on jurisdiction, 2 October 1995, pára. 94.

¹⁰¹⁶ Cfr. B.V.A. RÖLING. 1960, "The law of war...", *loc cit*, pág. 342; D. FLECK. 2009, "Shortcomings of the grave breaches regime", en *Journal of International Criminal Justice*, nº 7, pág. 839; Sentencia del TPIY (Appeal Chamber), de 20 de febrero de 2001, *Prosecutor v. Delalic et al*, IT-96-21-A, pára. 150.

mismos entran en contradicción con lo dispuesto en el DIH¹⁰¹⁷. Sin embargo, sólo las infracciones y violaciones graves del DIH son actos materialmente antijurídicos que pueden dar origen a la jurisdicción universal, al lesionar o poner en peligro bienes jurídicos supraindividuales del orden internacional. Aquellas otras contravenciones del DIH ponen en peligro otra serie de bienes jurídicos, los cuales podrían en muchos casos salvaguardarse mediante mecanismos extrapenales¹⁰¹⁸.

- ix. Acudiendo al Estatuto de la CPI, podemos afirmar que las infracciones y violaciones graves del DIH tipificadas en el Convenio de Roma son crímenes internacionales, en concreto, crímenes de guerra. Empero, aquellas otras contravenciones del DIH no ostentarán la condición de crimen internacional, pudiendo constituir delitos ordinarios o incluso ilícitos disciplinarios, no perseguibles universalmente.

1.3. Evolución.

1.3.1. *El Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Nüremberg.*

La tipificación internacional de los crímenes de guerra ha sido objeto de una evolución jurídica muy lenta, ya que los primeros antecedentes los

¹⁰¹⁷ A fin de entender la diferencia entre antijuricidad formal y material, cfr. H.H. JESCHECK y T. WEIGEND. 2002, “Tratado de...”, *loc cit*, pág. 250; cfr. C. ROXIN. 2008, *loc cit*, pág. 558; cfr. A. GIL GIL *et al.* 2011, “Curso de Derecho penal...”, *loc cit*, pág. 100 y ss.

¹⁰¹⁸ Una consideración crítica a nuestro ordenamiento jurídico puede efectuarse en relación al art. 614 del CP, el cual castiga cualquier infracción de las normas del DIH, sin que exista actualmente norma disciplinaria que pueda desvincular el castigo penal de estas otras infracciones del DIH que no reúnan la gravedad suficiente. En mi opinión, resulta excesivo que cualquier tipo de contravención del DIH, aunque no conlleve resultado alguno o puesta en peligro de un bien jurídico protegido deba ser reprochable penalmente. Considero que en el campo del derecho disciplinario militar podrían encuadrarse ciertos comportamientos contrarios al DIH, como por ejemplo, el incumplimiento del traslado de noticias de forma rápida por parte de las personas que se hallen en un territorio de una Parte contendiente, *ex art.* 25 del GIV. Aparte de lo antedicho, en nuestro ordenamiento jurídico debería procederse a modificar el citado art. 614 del CP, a fin de dejar cierto campo de aplicación al derecho disciplinario para hacer frente a ciertas contravenciones del DIH que no son graves.

encontramos en el Tribunal Militar Internacional de Nüremberg¹⁰¹⁹ y los últimos aparecen regulados en el Estatuto de la CPI, habiendo transcurrido más de cuatro décadas entre ambos textos. Asimismo, podemos observar que al principio los crímenes de guerra eran coto vedado de los conflictos armados internacionales¹⁰²⁰, no reconociéndose en las contiendas armadas domésticas, por lo que el sistema de justicia universal de los Convenios de Ginebra de 1949 y del PAI no les era de aplicación¹⁰²¹.

El art. 6.b) del Estatuto del TMIN establecía que «(...) *son crímenes sujetos a la jurisdicción del Tribunal, por los cuales habrá responsabilidad individual: los crímenes de guerra: es decir, violaciones de las leyes y costumbres de la guerra. Estas violaciones incluyen, pero no están limitadas...*¹⁰²²». Como puede apreciarse, los crímenes de guerra constituían violaciones a las leyes y costumbres de guerra reguladas principalmente en los Convenios de la Haya de 1907 y en los Convenios de Ginebra de 1929¹⁰²³, que formaban parte del derecho consuetudinario. Por ello, aunque algunas de estas convenciones no hubiesen sido ratificadas por Alemania momentos antes de estallar la 2ª Guerra Mundial, el contenido de sus normas les era de aplicación igualmente, ya que suponían un conjunto de principios y normas básicas de aceptación universal. A su vez, el precepto no establecía una enumeración *numerus clausus*, todo lo contrario, fijaba una regulación abierta al utilizar la expresión «*no están limitadas*». Lo antedicho conllevaba que el TMIN además de castigar los actos tipificados, podía sancionar cualquier otro comportamiento que considerase merecedor del reproche penal oportuno,

¹⁰¹⁹ A. GIL GIL. 1999, “El genocidio...”, *loc cit*, pág. 83, quien acertadamente asevera que solo tras la 2ª guerra mundial se tipificó en derecho internacional los crímenes de guerra, derivándose de tales comportamientos una responsabilidad penal.

¹⁰²⁰ G. WERLE. 2005, *loc cit*, pág. 444.

¹⁰²¹ D. PLATTNER. 1990, “The Penal Repression of Violations of International Humanitarian Law Applicable in Non-international Armed Conflicts”, en *Revista Internacional de la Cruz Roja*, nº 30, pág. 409; S. A. FERNÁNDEZ DE GURMENDI. 2003, “El Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional: Extensión de los crímenes de guerra a los conflictos armados de carácter no internacional y otros desarrollos relativos al derecho internacional humanitario”, en *Derecho internacional humanitario y temas de áreas vinculadas*, Lecciones y Ensayos n.º 78, Editor: G. PABLO VALLADARES, Buenos Aires: Lexis Nexis Abeledo Perrot, pág. 391 y ss.

¹⁰²² Cfr. F. PIGNATELLI y MECA. 2003, “El Estatuto...”, *loc cit*, pág. 60.

¹⁰²³ Cfr. G. BOAS *et al.* 2011, *loc cit*, pág. 226.

siempre que se vulnerase alguna norma básica de las leyes y usos de la guerra que guardase cierta relación con el conflicto armado o se cometiese con ocasión del mismo. Lo antedicho demuestra cierta quiebra del principio de legalidad, con la consecuente inseguridad jurídica, al no estar debidamente tipificados los injustos del tipo penal aplicable.

1.3.2. *El Estatuto del Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia.*

La creación de Tribunal Penal Internacional para la Yugoslavia supuso un avance notable en la evolución de los crímenes de guerra. El art. 2 del Estatuto del TPIY establecía que dicho tribunal tendría competencia para juzgar «*la comisión de violaciones graves de los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949*». Del precepto enunciado se desprende que el CSNU no quiso utilizar el término crímenes de guerra, ya que utilizó la expresión violaciones graves de los Convenios de Ginebra. Aun así, deberíamos entender que tal término engloba los denominados crímenes de guerra *strictu sensu*¹⁰²⁴. Asimismo, puede apreciarse claramente que los crímenes tipificados en el art. 2 del Estatuto del TPIY concuerdan fielmente con las infracciones graves del DIH enunciadas en los art. 50 CGI, 51 CGII, 130 CGIII y 147 CGIV de los Convenios de Ginebra. El referido art. 2 del Estatuto del TPIY recoge una lista cerrada de crímenes de guerra, al utilizar la expresión «*los siguientes actos...*», es decir, *numerus clausus*. Una diferencia notable entorno a los crímenes de guerra regulados en el Estatuto del TMIN y en el Estatuto del TPIY es que en el de Nüremberg no se empleó el adjetivo de *graves*, sólo se hacía referencia a las violaciones de las leyes y usos de la guerra, mientras que en el art. 2 del Estatuto del TPIY sí se utilizó este adjetivo, por lo que influirá en la

¹⁰²⁴ Cfr. S.J. PICTET 1952, “Comentarios a los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949”, Suiza: Comité Internacional de la Cruz Roja, pág. 362: «(...) *The Geneva Convention forms part of what are generally known as the laws and customs of war, breaches of which are commonly called "war crimes"*»; estableciéndose como causa para no adoptar el término “*crimen de guerra*” que «*The reason why the Conference preferred the words "grave breaches" was that it felt that, though such acts were described as crimes in the penal laws of almost all countries, it was nevertheless true that the word "crimes" had different legal meanings in different countries*».

calificación de los hechos que se pretendan juzgar. El requerimiento de que las violaciones sean graves se debe a que los propios Convenios de Ginebra de 1949 utilizan tal calificativo, por lo que cualquier otra violación de éstos que no fuese grave no podría tener acogida dentro del art. 2 del Estatuto del TPIY.

El art. 3 del Estatuto del TPIY establece que «*El Tribunal Internacional tendrá competencia para enjuiciar a las personas que violen las leyes o usos de la guerra...sin que la lista sea exhaustiva*». Lo más llamativo es que por un lado la lista de crímenes de guerra empleada es *numerus apertus* al utilizarse el término “*sin que la lista se exhaustiva...*”, por lo que el Tribunal *ad hoc* podría llegar a la conclusión de que otros delitos distintos a los enumerados y que fuesen contrarios al derecho consuetudinario podrían ser considerados también violaciones de las leyes y usos de la guerra. Esto supondría una posible merma del principio de legalidad¹⁰²⁵. Pero lo más relevante es que la jurisprudencia del TPIY ha establecido que los crímenes contemplados en el art. 3 de su Estatuto son aplicables tanto para conflictos internacionales como domésticos, al formar parte del derecho consuetudinario¹⁰²⁶.

1.3.3. *El Estatuto del Tribunal Penal Internacional para Ruanda.*

El art. 4 del Estatuto del TPIR sanciona las violaciones graves del art. 3 común a los cuatro Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949 y del PAII. Los comportamientos tipificados forman parte de un sistema *numerus apertus*, al utilizarse la expresión «*sin que la lista sea exhaustiva*», con la consecuente relajación del principio de legalidad e inseguridad jurídica. Ciertamente, lo relevante del art. 4 del Estatuto del TPIR es que se criminalizan las violaciones graves del DIH cometidas en una contienda interna. Esto conlleva que tales

¹⁰²⁵ Un ejemplo evidente de lo afirmado lo encontramos en la Sentencia del TPIY (Trial Chamber) de 5 de diciembre de 2003, *Prosecutor v. Galic* IT-98-29-T, en donde se condenó a este General por actos de terror en la campaña de Sarajevo, no estando expresamente tipificado este injusto en el Estatuto del TPIY.

¹⁰²⁶ Cfr. T. MERON. 2006, “The humanization...”, *loc cit*, pág. 101; cfr. *Prosecutor v. Dusko Tadic*, Decision on the defence motion for interlocutory appeal on jurisdiction, 2 October 1995, pára. 89 y ss.

injustos sean considerados crímenes internacionales¹⁰²⁷. Posteriormente, el Estatuto de la CPI volverá a criminalizar estos comportamientos, confirmándose así su condición de crimen internacional. La enumeración de los distintos crímenes sancionados en el art. 4 del Estatuto del TPIR es una reproducción, casi literal, del art. 4 del PAII, con alguna mención del art. 6 del PAII. Al igual que en el Estatuto del TPIY, el Consejo de Seguridad de Naciones Unidas no estableció una definición de crímenes de guerra, sino que directamente entendió que éstos podían consistir en las violaciones graves del art. 3 común a los Convenios de Ginebra y del PAII. Ahora bien, es necesario indicar que el Estatuto del TPIR utiliza el adjetivo *graves*, en referencia a las violaciones del mencionado art. 3 común de los Convenios de Ginebra, mientras que en dicho precepto no se emplea tal adjetivo en ningún momento, por lo que deberíamos preguntarnos el motivo por el cual el Consejo de Seguridad de Naciones Unidas decidió utilizarlo. Según mi parecer, la principal causa puede consistir en que la mayoría de los comportamientos previstos en el art. 4 del Estatuto del TPIR como violaciones graves del DIH y del PAII, son de por sí infracciones graves del DIH sí se cometen en una contienda armada internacional, en concreto, las enunciadas en los art. 50 CGI, art. 51 CGII, art. 130 CGIII y art. 147 CGIV.

Resulta llamativo que se introduzcan los actos de terrorismo como violación grave del DIH, lo que tiene su justificación en el art. 4.2.d) y 13.2 del PAII que establece que «(...) *Quedan prohibidos los actos o amenazas de violencia cuya finalidad principal sea aterrorizar a la población civil*», toda vez que el Estatuto de la CPI no hace referencia a los actos de terrorismo como crímenes de guerra¹⁰²⁸. En definitiva, en el Estatuto del TPIR no se estableció definición alguna de crimen de guerra. No obstante lo anterior, se tipificaron como crímenes internacionales las violaciones graves del DIH cometidas en contiendas internas, derivándose de ello la correspondiente responsabilidad

¹⁰²⁷ Cfr. S. A. FERNÁNDEZ DE GURMENDI. 2003, *loc cit*, pág. 400; cfr. T. MERON. 1995, “International Criminalization...”, *loc cit*, pág. 561; Y. SANDOZ. 2009, “The history...”, *loc cit*, pág. 677.

¹⁰²⁸ F. PIGNATELLI y MECA. 2004, “El terrorismo...”, *loc cit*, pág. 215.

penal¹⁰²⁹. Asimismo, se consideraron las violaciones graves del art. 3 común a los Convenios de Ginebra de 1949 y del PAII como crímenes de guerra¹⁰³⁰.

1.3.4. *El Estatuto de la Corte Penal Internacional.*

El Estatuto de la CPI representa la culminación del derecho penal internacional, y por ende, de los crímenes de guerra. La Corte Penal Internacional tiene competencia para juzgar los crímenes internacionales enumerados en el art. 5 del Estatuto, siempre que se den los requisitos estipulados en el art. 12 y 13 y el hecho reúna la gravedad suficiente, *ex art.* 17.1.d) del ECPI, ya que si no deberían ser los órganos judiciales nacionales los encargados de juzgarlos. Lo más destacado del Estatuto de la CPI es que puede apreciarse la evolución que han sufrido los crímenes de guerra dentro del derecho internacional. En un primer momento fueron normas internas las que tipificaron determinadas conductas ilícitas dentro de una contienda bélica. Posteriormente, se aprobaron tratados internacionales cuya finalidad era disminuir el flagelo de la guerra y otorgar cierta protección a las personas que no participaban en ellas o habían dejado de hacerlo. Tales normas internacionales establecieron una diferencia importante entre los conflictos armados internacionales y los domésticos, llegando incluso en algún momento a defenderse la postura de que en estos últimos no podían darse crímenes de guerra. Evidentemente, esta posición hoy en día no tiene justificación alguna.

La contribución del Proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y Seguridad Humana de 1996 al Estatuto de la CPI es clara, ya que la tipificación de los crímenes de guerra llevada a cabo en el citado Proyecto de Código fue tenida en cuenta, posteriormente, en la elaboración del Convenio de Roma¹⁰³¹.

¹⁰²⁹ Cfr. T. MERON. 2006, “The humanization...”, *loc cit*, pág. 114 y 115.

¹⁰³⁰ Cfr. G. WERLE. 2005, *loc cit*, pág. 445, la relevancia del Estatuto del TPIR fue el establecer el castigo de los crímenes de guerra cometidos en las guerras civiles.

¹⁰³¹ Cfr. F. PIGNATELLI y MECA. 2000, “El artículo 8 del Estatuto. Los crímenes de guerra”, en *Revista Española de Derecho Militar*, Vol. 75, pág. 229 y ss.

Con respecto a los crímenes de guerra, la Corte Penal Internacional «*tendrá competencia (...) en particular cuando se cometan como parte de un plan o política o como parte de la comisión en gran escala de tales crímenes (...)*», según establece el art. 8.1 del ECPI. Este precepto puede crear confusión, al deducirse del mismo que la Corte Penal Internacional sólo podrá conocer de crímenes de guerra que alcancen un *status* relevante, bien por cometerse a gran escala, bien por ser parte de un plan o política, lo que supondría que los altos cargos de una parte beligerante tendrían como objetivo cometer tales crímenes internacionales. En suma, los términos plan, política y comisión en gran escala, serían elementos objetivos que tendrían que concurrir en los crímenes de guerra¹⁰³². RODRÍGUEZ VILLASANTE sostiene que los crímenes de guerra tipificados en el Estatuto de la CPI tienen un umbral de aplicación, es decir, no todos pueden juzgarse por la Corte Penal Internacional, sólo aquellos que alcancen la gravedad suficiente¹⁰³³. El término empleado de *en particular* podría conllevar que la Corte Penal Internacional conociese de los crímenes de guerra cuando concudiesen los elementos objetivos del tipo genérico, es decir, un plan, política o comisión a gran escala de los mismos. Incluso, en los casos en que tales crímenes sean de gran relevancia, en suma, graves, también podría juzgarlos con base en una interpretación a *sensu contrario* del art. 17.1.d) del ECPI, cuando estimase que el asunto resulta de la gravedad suficiente como para no resolver la inadmisibilidad del mismo¹⁰³⁴. En definitiva, podrá conocer de los crímenes de guerra que se tipifican en el art. 8.2 del ECPI cuando se lleven a cabo o realicen como parte de un plan o política o se cometan a gran escala, e incluso, cuando se estime que el asunto

¹⁰³² *Ibidem*, pág. 236.

¹⁰³³ J.L. RODRÍGUEZ VILLASANTE y PRIETO. 1999, “*Crímenes de competencia de la Corte Penal Internacional*”, Jornadas celebradas del 21 al 23 de junio de 1999 en el Centro de Estudios Jurídicos de la Administración de Justicia. Ministerio de Justicia, Centro de Estudios Jurídicos de la Administración de Justicia, pág. 223 y 224; cfr. W. A. SCHABAS. 2010, “The International...”, *loc cit*, pág. 200.

¹⁰³⁴ Cfr. F. PIGNATELLI y MECA 2000, “La sanción de...”, *loc cit*, pág. 235; cfr. *Situation in Mali art. 53 (1) report*, 16 January 2013, The office of Prosecutor of International Criminal Court, pára. 142 y ss., en donde se analiza la gravedad de los comportamientos investigados por la Fiscalía de la CPI que dan origen a la apertura de la investigación en Malí.

reúne la gravedad suficiente como para no resolver la inadmisibilidad de la causa¹⁰³⁵.

Uno de los mayores avances del Convenio de Roma es que en éste se tipifican crímenes de guerra que pueden cometerse tanto en un conflicto armado internacional como en uno interno¹⁰³⁶. En el art. 8.2.a) y b) se tipifican crímenes de guerra acaecidos en un conflicto armado internacional, mientras que en el art. 8.2.c), d) y e) se tipifican los que se llevan a cabo en uno no internacional. De esta manera se protege a toda clase de víctimas en una contienda armada, dando igual si es internacional o no¹⁰³⁷. Respecto a los crímenes de guerra enumerados en los apartados c) y e) del art. 8 del ECPI, conviene señalar que éstos establecen un concepto de contienda armada no internacional más amplia que el regulado en el Protocolo Adicional II. Como puede apreciarse, el Protocolo Adicional II exige más requisitos que el Convenio de Roma para considerar una situación concreta como una contienda armada no internacional. En particular, el Protocolo Adicional II requiere la existencia de un mando responsable que dirija a una de las partes del conflicto, el control sobre una de las partes del territorio a fin de que puedan desarrollar operaciones militares sostenidas y concertadas y poder aplicar dicho instrumento internacional¹⁰³⁸.

A mi juicio, esta diferencia es acertada. La finalidad del Convenio de Roma es otorgar una mayor protección a las víctimas de los conflictos

¹⁰³⁵ Cfr. F. PIGNATELLI y MECA 2000, “La sanción de...”, *loc cit*, pág. 235; W. A. SCHABAS. 2010, “The International...”, *loc cit*, pág. 200.; cfr. *Prosecutor v. Lubanga*, Decision on the Prosecutor’s application for a warrant of arrest, article 58, ICC-01/04-01/06, 24 February 2006, pára. 46; cfr. M. BOOT. 2002, “*Genocide, Crimes Against the Humanity, War Crimes. Nullum crimen sine lege and the subject matter jurisdiction of the international criminal court*”, Schoeten: Intersentia Publishers, School of Human Rights Research, pág. 548.

¹⁰³⁶ W. A. SCHABAS. 2010, “The International...”, *loc cit*, pág. 195.

¹⁰³⁷ Esta decisión tuvo su origen en la jurisprudencia del TPIY, cfr. G. WERLE. 2005, *loc cit*, pág. 445. La crueldad de ciertos comportamientos no podía depender de la naturaleza del conflicto armado, toda vez que lo considerado inhumano en las contiendas internacionales también lo es en las internas; cfr. L. MOIR. 2009, *loc cit*, pág. 767.

¹⁰³⁸ G. WERLE. 2005, *loc cit*, pág. 453; cfr. Sentencia de la CPI de 14 de marzo de 2012, *Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*, ICC-01/04-01/06, pára. 536, en donde se afirma que los crímenes de guerra del art. 8.2 no requieren ciertos elementos previstos en el PAII, tales como el control sobre una parte del territorio o la existencia de un mando responsable.

armados, ya sean de índole internacional o no y por consiguiente, en el caso de que tuvieran que concurrir todos los presupuestos del Protocolo Adicional II para considerarse un hecho como un crimen de guerra de los previstos en el art. 8.2.c) y e), las víctimas estarían más desamparadas. De esta forma se previene mejor la comisión de crímenes de guerra, al exigirse menos presupuestos que en el Protocolo Adicional II, ofreciéndose una mayor protección a las personas y bienes protegidos.

Los crímenes de guerra enumerados en el apartado c) y e) del art. 8.2 del ECPI tienen una diferencia importante entre sí, consistente en su ámbito de aplicación. Mientras que los crímenes del apartado c) son de aplicación en contiendas no internacionales, quedando fuera las situaciones de disturbios o tensiones internas, tales como motines, actos aislados y esporádicos de violencia u otros actos de carácter similar, sin añadirse nada más, en el apartado f) se dispone que *«El párrafo 2 e) del presente artículo se aplica a (...) los conflictos armados que tienen lugar en el territorio de un Estado cuando existe un conflicto armado prolongado entre las autoridades gubernamentales y grupos armados organizados o entre tales grupo»*. Como puede apreciarse, en los crímenes tipificados en el apartado e) se exige que el conflicto armado interno sea prolongado, cosa que en los crímenes del apartado c) no se decía nada al respecto. Así, para castigarse un crimen de guerra tipificado en el art. 8.2.e) del ECPI, la contienda armada ha de ser prolongada, sin perjuicio de que mientras no se haya alcanzado dicho umbral temporal nuevo se hayan podido cometer los crímenes enunciados en el apartado c), al no exigirlo¹⁰³⁹.

¹⁰³⁹ Cfr. J.L. RODRÍGUEZ VILLASANTE y PRIETO. 2007, “Ámbito de aplicación del derecho internacional humanitario. Delimitación de los conflictos armados” en *Derecho Internacional Humanitario*, Coord. J.L. RODRÍGUEZ VILLASANTE Y PRIETO, Valencia: Tirant Lo Blanch, pág. 162. Si acudimos a la jurisprudencia del TPIY podemos afirmar que el término de conflicto prolongado se asimila a la intensidad del conflicto, es decir, a la gravedad de los ataques, aumento de hostilidades, extensión de los ataques en el territorio, incremento de las fuerzas gubernamentales o de los insurgentes, rebeldes, etc., cfr. Sentencia del TPIY (Trial Chamber), de 30 de noviembre de 2005, *Prosecutor v. Limaj et al.* IT-03-66-T, pára. 90. En cualquier caso habrá que estudiar caso por caso, para decidir si una contienda armada es prolongada; G. WERLE. 2005, *loc cit*, pág. 454, entiende que no debe interpretarse solamente como un elemento meramente temporal el término “conflicto prolongado”.

1.4. Requisitos de los crímenes de guerra.

1.4.1. *Existencia de un conflicto armado.*

Para hablar de un crimen de guerra debe existir un conflicto armado¹⁰⁴⁰, ya sea de índole internacional o no¹⁰⁴¹, por lo que es preciso delimitar este término. Antiguamente, en lugar de utilizarse el término conflicto armado se empleaba la expresión *guerra*. Concretamente, siguiendo a FERNÁNDEZ-FLORES y DE FUNES, las normas consuetudinarias se referían al término *guerra* sin definirlo, suponiendo que al hablar del mismo todo el mundo sabrían a qué se refiere. Con la aprobación en el año 1907 de la III Convención relativa a la ruptura de las hostilidades se hace, de manera indirecta, una mención al concepto de *guerra*, determinando que las hostilidades no deberán comenzar sin una declaración previa, de lo que se deduce que sólo constituye la guerra aquella que se ha iniciado por dichos cauces, de una forma regular o reglamentaria. El término siguió sin definirse a lo largo de los años, por lo que hubo que acudir a criterios doctrinales para afirmar que la *guerra* es la lucha armada entre Estados para un fin particular¹⁰⁴². En la actualidad, la definición de guerra todavía sigue sin establecerse convencionalmente¹⁰⁴³, pero lo más importante es que la evolución del derecho internacional humanitario y de las contiendas armadas ha provocado un cambio, consistente en modificar el término *guerra* y utilizar uno más amplio, el de *conflicto armado*, tampoco definido en instrumento internacional alguno.

¹⁰⁴⁰ Cfr. F. PIGNATELLI y MECA 2003, “La sanción de...”, *loc cit*, pág. 158 a 177; J. L. FERNÁNDEZ FLORES y DE FUNES. 2001, “El derecho de ...”, *loc cit*, pág. 357 a 385; G. WERLE. 2005, *loc cit*, pág. 450 a 466; cfr. J.L. RODRÍGUEZ VILLASANTE y PRIETO. 2007, “Ámbito de aplicación...”, *loc cit*, pág. 151 a 190; cfr. M^a D. BOLLO AROCENA. 2004, *loc cit*, pág. 209 y ss.

¹⁰⁴¹ G. METTRAUX. 2005, *loc cit*, pág. 30.

¹⁰⁴² J.L. FERNÁNDEZ-FLORES y DE FUNES. 2001, “El derecho de...”, *loc cit*, pág. 365 y 366. De otra parte, OPPENHEIM sostuvo que la guerra en cualquier caso era una contienda o lucha violenta mediante el uso de la fuerza armada entre dos o más Estados, cfr. L. OPPENHEIM. 1961, *loc cit*, Tomo II, Vol. I, pág. 208 y 209.

¹⁰⁴³ Y. DINSTEIN. 2008, “*War, Aggression and self-defence*”, Cambridge: Cambridge University Press, pág. 4; cfr. G. METTRAUX. 2005, *loc cit*, pág. 31.

Los crímenes de guerra y el derecho internacional humanitario están ligados entre sí, ya que las normas de esta rama del derecho, las cuales podría decirse que son especiales, excepcionales y temporales, regulan una situación especial y concreta, el conflicto armado¹⁰⁴⁴. Por otra parte, los crímenes de guerra sólo pueden cometerse en el contexto de un conflicto armado, ya sea de índole internacional o no, así lo dispone el art. 8.2 del ECPI en sus apartados a), b), c) y e). Por ello se hace preciso determinar qué es un conflicto armado. Pues bien, siguiendo un criterio doctrinal, para FERNÁNDEZ-FLORES y DE FUNES hay un conflicto armado cuando hay un enfrentamiento armado, sea entre fuerzas de dos o más Estados, con declaración o sin ella, y cuando se enfrentan fuerzas de un Estado contra los pueblos que luchan contra su dominación colonial y la ocupación extranjera y contra los regímenes racistas¹⁰⁴⁵. Para RODRÍGUEZ VILLASANTE, el conflicto armado implica una acción violenta persistente, integrada por la lucha armada entre dos o más partes en el conflicto con intención hostil¹⁰⁴⁶. Siguiendo un criterio jurisprudencial, el Tribunal Penal Internacional para Yugoslavia en el caso *Tadic* sostuvo que un conflicto armado existe siempre que hay un recurso a la fuerza armada entre Estados o una situación de violencia prolongada entre autoridades gubernamentales y grupos armados organizados o entre tales grupos dentro de un Estado¹⁰⁴⁷. Del criterio jurisprudencial anterior se puede deducir que existen diversos tipos de conflictos armados, los internacionales o interestatales y los no internacionales o internos, ya sean éstos entre las Fuerzas Armadas de un Estado y grupos armados organizados o entre ellos entre sí. Asimismo, la Corte Penal Internacional en el caso *Lubanga* sostuvo que en una misma región pueden coexistir conflictos de distinta naturaleza, es decir, mixtos¹⁰⁴⁸.

¹⁰⁴⁴ G. WERLE. 2005, *loc cit*, pág. 450.

¹⁰⁴⁵ J.L. FERNÁNDEZ-FLORES y DE FUNES. 2001, “El derecho de...”, *loc cit*, pág. 367 y 368.

¹⁰⁴⁶ J.L. RODRÍGUEZ VILLASANTE y PRIETO, 2007, “Ámbito de aplicación...”, *loc cit*, pág. 155.

¹⁰⁴⁷ Caso *Tadic* IT-94-1-AR72, Decision on the defence motion for interlocutory appeal on jurisdiction, 2 October 1995, par. 70; en el mismo sentido, cfr. Sentencia del TPIY (trial Chamber), de 16 de noviembre de 2005, *Prosecutor v. Sefer Halilovic*, IT-01-48-T, par. 24.

¹⁰⁴⁸ cfr. Sentencia de la CPI de 14 de marzo de 2012, *Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*, ICC-01/04-01/06, pára. 540; G. WERLE. 2005, *loc cit*, pág. 459, quien propugna la existencia

1.4.1.1. Conflictos armados internacionales.

Surgen cuando un Estado ejerce cualquier tipo de violencia armada contra otro Estado en el ámbito protegido del derecho internacional, resultando irrelevante la extensión de la fuerza ejercida, ya que el derecho internacional humanitario empezará a aplicarse desde el *primer tiro*, quedando fuera del ámbito de aplicación las meras amenazas. También hemos de precisar que ciertos conflictos internos pueden degenerar en contiendas internacionales. En primer lugar, porque un tercer Estado se implique directamente en la misma ejerciendo un control general sobre una de las partes en contienda. Este control general iría más allá del *control efectivo* estipulado por la CIJ¹⁰⁴⁹, requiriéndose un plus en la mera financiación o apoyo logístico, siendo necesario la instrumentalización de los grupos armados mediante la coordinación y planificación de las operaciones militares¹⁰⁵⁰. En segundo lugar, porque una de las partes en conflicto se haya convertido en un Estado propio. Con respecto a esta última hipótesis es preciso indicar que la parte secesionista deberá reunir las características propias de todo Estado según el derecho internacional, es decir, existencia de una población, de un territorio definido, de un gobierno y la capacidad para mantener relaciones con otros Estados soberanos¹⁰⁵¹. Si la parte secesionista reúne estos presupuestos, la contienda doméstica podrá convertirse en un conflicto internacional. Las principales normas internacionales humanitarias que regulan estos conflictos son los Convenios de Ginebra de

de los denominados conflictos mixtos, es decir, aquellos conflictos armados que se desarrollan en una misma región y son internacionales e internos, dependiendo de los actores implicados y del acto cometido; cfr. K. AMBOS. 2012, “The first Judgment of the International Criminal Court (*Prosecutor v. Lubanga*): A comprehensive analysis of the legal issues”, en *International Criminal Law Review* n° 12, pág. 129.

¹⁰⁴⁹ Cfr. Sentencia de la CIJ, de 27 de junio de 1986, caso *Nicaragua v. Estados Unidos*, relativa a las actividades militares y paramilitares en y contra Nicaragua, pára. 115; cfr. Sentencia de la CIJ, de 19 de diciembre de 2005, caso *Congo v. Uganda*, Actividades Armadas en el territorio del Congo, pára. 53.

¹⁰⁵⁰ Cfr. G. WERLE. 2005, *loc cit*, pág. 582; G. METTRAUX. 2005, *loc cit*, pág. 57; cfr. M. BOOT. 2002, *loc cit*, pág. 554; cfr. Sentencia del TPIY (Trial Chamber), de 31 de marzo de 2003, *Prosecutor v. Naletilic and Martinovic*, IT-98-34-T, pára. 189; cfr. Sentencia de la CPI de 14 de marzo de 2012, *Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*, ICC-01/04-01/06, pára. 541.

¹⁰⁵¹ Cfr. M. DIEZ DE VELASCO. 2002, *loc cit*, pág. 219 y ss.; *Prosecutor v. Slobodan Milosevic*, IT-02-54-T, decisión on motion for judgment of acquittal 16 June 2004, pára. 85 y ss.; cfr. G. METTRAUX. 2005, *loc cit*, pág. 58; cfr. Artículo 1 de la Convención sobre los derechos y deberes de los Estados de la Conferencia Interamericana de Montevideo de 26 de diciembre de 1933; cfr. M^a. D. BOLLO AROCENA. 2004, *loc cit*, pág. 214 a 221.

1949 y el Protocolo Adicional I, los cuales establecen un mecanismo de represión penal universal por la comisión de las infracciones graves del DIH previstas en los mismos. Resulta significativo indicar que con la aprobación del Protocolo Adicional I se realizó *de facto* una ampliación de las clases de conflictos armados internacionales, toda vez que con base en el art. 1.4 del PAI además de aplicarse el referido Protocolo a las situaciones previstas en el art. 2 común de los Convenios de Ginebra, también era de aplicación en aquellos conflictos que conllevaban una lucha armada contra la dominación colonial y la ocupación extranjera y, contra los regímenes racistas en el ejercicio del derecho de los pueblos a la libre determinación. Así pues, podemos afirmar que los conflictos armados internacionales se pueden dividir en: interestatales, internacionales por extensión y de situación de ocupación bélica¹⁰⁵².

1.4.1.2. Conflictos armados no internacionales.

Los mismos pueden dividirse en ordinarios, generalizados, globalizados y prolongados. En el *ordinario* se incluirían las clásicas guerras civiles dentro de un Estado. A causa de la inexistencia de protección alguna sobre las víctimas en dichas contiendas, se incluyó en los Convenios de Ginebra del año 1949 el art. 3 común aplicable a los conflictos armados que no sean de índole internacional y que surjan en el territorio de una de las Altas Partes contratantes. Normalmente, las partes en conflicto serán las fuerzas armadas gubernamentales y otra serie de grupos armados organizados, los cuales pueden ser denominados por el gobierno como rebeldes, sediciosos, insurgentes o grupos disidentes¹⁰⁵³. Es posible que el conflicto se desarrolle entre grupos armados organizados sin la participación de las fuerzas armadas estatales, desarrollándose las actividades bélicas en un territorio concreto sin estar sometido al control estatal¹⁰⁵⁴. Lo antedicho se debe a que el art. 3 común a los Convenios de Ginebra no especifica quiénes son las partes contendientes,

¹⁰⁵² J.L. RODRÍGUEZ VILLASANTE y PRIETO, 2007, “Ámbito de aplicación...”, *loc cit*, pág. 158 y 159.

¹⁰⁵³ *Ibidem*, pág. 161.

¹⁰⁵⁴ J. PEJIC. 2011, “The protective scope of Common article 3: more than meets the eye”, en *Revista Internacional de la Cruz Roja*, Vol. 93, nº 881, pág. 5.

por lo que podrían ser tanto las fuerzas armadas gubernamentales como grupos armados organizados. En el caso de que la contienda armada fuese entre grupos armados organizados, el Protocolo Adicional II no sería en principio de aplicación, al no participar en la contienda las fuerzas armadas gubernamentales, sin perjuicio de que pudiesen aplicarse las normas derivadas del derecho humanitario consuetudinario¹⁰⁵⁵.

El conflicto armado interno *generalizado* es aquél que se produce cuando surgen enfrentamientos armados entre las fuerzas armadas de un Estado y fuerzas armadas disidentes o grupos armados organizados con un mando responsable que ejerce el control operativo sobre una parte del territorio del Estado, pudiendo aplicarse con ello las normas del derecho internacional humanitario. Estos requisitos aparecen contemplados en el art. 1.1 del PAII. Este tipo de conflicto requiere de unos presupuestos más exigentes que los conflictos internos del art. 3 común a los Convenios de Ginebra de 1949¹⁰⁵⁶. La contienda armada debe llevarse a cabo en el territorio de un Estado Parte. Dentro de este tipo de conflicto armado doméstico podrían incardinarse aquellas situaciones en las que diversos grupos armados organizados de distintos territorios luchan contra las fuerzas armadas gubernamentales de un Estado¹⁰⁵⁷.

El conflicto armado interno *globalizado* abarca una dimensión internacional, al participar fuerzas multinacionales de otros Estados o incluso de Organizaciones Internacionales. El conflicto armado no deja de ser doméstico, sin embargo su globalización se produce por la participación de

¹⁰⁵⁵ *Ibidem*, pág. 6.

¹⁰⁵⁶ A. CULLEN. 2008, "The Definition of Non-International Armed Conflict in the Rome Statute of the International Criminal Court: An Analysis of the Threshold of Application Contained in Article 8(2)(f)", en *Journal of Conflict and Security Law*, Vol. 12, n° 3, pág. 441; un ejemplo clásico de conflicto armado interno del art. 3 común a los Convenios de Ginebra de 1949, es el ataque al Cuartel Militar de La Tablada (República de la Argentina) ocurrido los días 23 y 24 de enero de 1989, cfr. Comisión Interamericana de Derechos Humanos Informe n° 55/97 de 18 de noviembre de 1997, caso 11.137 *Juan Carlos Abella*, pára. 147 y ss.

¹⁰⁵⁷ Cfr. Sentencia del SCSL (Trial Chamber), de 2 de marzo de 2009, *Prosecutor v. Sessay, Kallon y Gbao*, SCSL-04-15-T, pára. 10, en donde se refleja como el grupo armado organizado del RUF (Sierra Leona) y el grupo armado organizado del NPFL (Liberia) se coaligaron para derrocar al Gobierno de Sierra Leona.

otras fuerzas, sin que constituya una contienda armada internacional¹⁰⁵⁸. En este tipo de conflicto las normas aplicables serán el art. 3 común y el derecho internacional humanitario consuetudinario.

El conflicto armado interno *prolongado* tiene su origen en el art. 8.2.f) del ECPI, que tipifica como crímenes de guerra determinadas conductas que sólo pueden darse en una contienda armada prolongada entre las autoridades gubernamentales y grupos armados organizados o entre tales grupos. Estos conflictos no requieren el necesario control sobre una determinada parte del territorio de un Estado, ni la existencia de un mando responsable, sólo se requiere que haya un enfrentamiento armado prolongado entre las partes en contienda¹⁰⁵⁹. Por prolongado deberíamos entender todo conflicto armado de larga duración que alcanza cierta intensidad y pone en peligro los intereses de la comunidad internacional, lo que justifica una cierta intromisión en la soberanía estatal¹⁰⁶⁰.

Asimismo, existen determinadas situaciones que no reúnen el umbral necesario para considerarlas como conflicto armado, nos referimos a los disturbios y tensiones internas, tales como los motines u otros actos esporádicos y aislados de violencia¹⁰⁶¹. En todo caso no hay duda de que

¹⁰⁵⁸ Cfr. J. PEJIC. 2011, *loc cit*, pág. 6; cfr. R. GEISS y M. SIEGRIST. 2011, “¿El conflicto armado en Afganistán ha afectado las normas relativas a la conducción de las hostilidades?”, en *Revista Internacional de la Cruz Roja*, Vol. 93, nº 881, pág. 4.

¹⁰⁵⁹ J.L. RODRÍGUEZ VILLASANTE y PRIETO, 2007, “Ámbito de aplicación...”, *loc cit*, pág. 162; en sentido contrario se expresa SCHABAS, quien sostiene que los crímenes de guerra previstos en el art. 8.2.e) del ECPI traen causa del PAII, por lo que deben reunir los presupuestos de dicho texto internacional, cfr. W. A. SCHABAS. 2012, “An Introduction...”, *loc cit*, pág. 143; también en sentido contrario, cfr. A. CULLEN. 2008, *loc cit*, pág. 444, al considerar que los crímenes de guerra previstos en el art. 8.2.e) del ECPI se aplican a los conflictos armados internos del art. 3 común a los Convenios de Ginebra de 1949, principalmente porque reflejan el derecho consuetudinario existente y por la utilización del término “otras violaciones de las leyes...” empleado en el art. 8.2.e) del ECPI, que equivaldría a equiparar ambos tipos de contienda armada sin necesidad de establecer umbrales distintos.

¹⁰⁶⁰ G. WERLE. 2005, *loc cit*, pág. 454.

¹⁰⁶¹ Y. MOMTAZ. 1998, “Las normas humanitarias mínimas aplicables en período de disturbios y tensiones interiores”, en *Revista Internacional de la Cruz Roja*, Vol. 147, pág. 493 a 501; cfr. Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe nº 55/97 de 18 de noviembre de 1997, caso 11.137 *Juan Carlos Abella*, pára. 154 y ss., donde califican los hechos ocurridos en el Cuartel de La Tablada como hechos sujetos al DIH, por las acciones de los atacantes, participación directa de las Fuerzas Armadas y por la naturaleza y grado de violencia de los hechos en cuestión. Se trató de una operación militar contra un objetivo militar

estaríamos ante un conflicto interno, pero no sería armado, por lo que el DIH no podría aplicarse. En la práctica dichas situaciones constituyen una zona gris difícil de delimitar, toda vez que es el propio Estado quién afirma o no la existencia del conflicto armado. Estas situaciones pueden provocar que las auténticas víctimas del conflicto queden desprotegidas, por lo que sería necesario delimitar estas situaciones. Pero lo más importante es que la calificación de la situación no debería dejarse al arbitrio exclusivo del Estado afectado, debiendo participar de una forma más activa la Asamblea General o el Consejo de Seguridad de Naciones Unidas.

Las normas de carácter humanitario que se aplican en las contiendas armadas internas son, en todo caso, el art. 3 común a los Convenios de Ginebra del año 1949, y en determinadas situaciones, el Protocolo Adicional II. A diferencia de lo estipulado para los conflictos armados internacionales, en las normas humanitarias que regulan los conflictos internos no existe un mecanismo de represión penal universal para la comisión de infracciones graves de dichos instrumentos internacionales, por un simple motivo, no existen tales infracciones graves. Sin embargo, con la aprobación del Estatuto de la CPI podríamos afirmar que a día de hoy sí existen violaciones graves de las normas básicas del derecho internacional humanitario en las contiendas armadas internas, como se demuestra con el art. 8.2. c) y e) del Estatuto de la CPI. El principal problema es que este Convenio no ha sido ratificado por algunos de los Estados de mayor peso político y económico de la comunidad internacional, entre otros los EE.UU o China, no siéndoles de aplicación el mismo. A pesar de ello, lo anterior no significa que los crímenes tipificados en el Estatuto de la CPI no hayan podido cristalizar en derecho consuetudinario¹⁰⁶², toda vez que muchos de ellos ya han sido considerados como crímenes internacionales en otras normas internacionales. Por ejemplo, el art. 3 común de los Convenios de Ginebra de 1949 fue tipificado como crimen

¹⁰⁶² Cfr. A. CULLEN. 2008, *loc cit*, pág. 443 y 444, entiende que los crímenes de Guerra del art. 8.2 del ECPI reflejan el derecho consuetudinario existente; J.M. HENCKAERTS. 2009, “The grave...”, *loc cit*, pág. 692, considera que los crímenes de guerra del ECPI forman parte del derecho consuetudinario.

internacional en el art. 4 del Estatuto del TPIR y en el art. 3 del Estatuto del SCSL¹⁰⁶³. Aun entendiendo tales conductas como crímenes de guerra con base en el derecho consuetudinario, no existe norma convencional alguna que obligue a la persecución universal de estos crímenes. La única posibilidad es que mediante la jurisdicción universal facultativa los Estados se atribuyan competencia suficiente para juzgarlos y castigarlos¹⁰⁶⁴.

1.4.1.3. Conflictos armados mixtos.

Este tipo de conflicto armado tendría lugar cuando en un mismo territorio coexisten contiendas armadas internacionales y no internacionales. Dependiendo de las partes beligerantes y de la zona de combate en donde se desarrollan las hostilidades nos podríamos encontrar ante un tipo u otro de contienda armada. Un ejemplo sería cuando las fuerzas armadas de un Estado combaten en una parte de su territorio contra un grupo armado organizado, siendo esta contienda de naturaleza doméstica; mientras que en otra parte distinta del territorio combaten contra otro grupo armado organizado diferente que está controlado por otro Estado, pudiendo adquirir esta contienda una dimensión internacional. En cualquier caso, los crímenes de guerra que se hayan podido cometer lo serán en el seno de un conflicto armado internacional o en el seno de uno no internacional.

1.4.2. *Conexión entre el conflicto armado y el crimen de guerra.*

No todo delito cometido durante una contienda armada puede ser considerado como un crimen de guerra. Es necesario un nexo o causa de relación entre el crimen en sí y el conflicto armado¹⁰⁶⁵. Según WERLE sólo existe un crimen de guerra cuando la conducta de que se trata está en una

¹⁰⁶³ Cfr. J.M. HENCKAERTS y L. DOSWALD-BECK. 2007, *loc cit*, norma 156, pág. 667 y 668.

¹⁰⁶⁴ *Ibidem*, norma 157, pág. 683 y ss.

¹⁰⁶⁵ G. METTRAUX. 2005, *loc cit*, pág. 38; cfr. M^a D. BOLLO AROCENA. 2004, *loc cit*, pág. 228; cfr. M. BOOT. 2002, *loc cit*, pág. 550 y ss.

relación funcional con un conflicto armado¹⁰⁶⁶. Asimismo, la jurisprudencia del Tribunal Penal Internacional para Yugoslavia ha manifestado que el crimen de guerra debe estar en estrecha o evidente relación con el conflicto¹⁰⁶⁷ y que la existencia del conflicto armado debe ser de fundamental importancia para la capacidad del autor de cometer el delito, para su decisión de cometerlo, para el modo de cometerlo o para la finalidad del acto¹⁰⁶⁸. Este nexo imprescindible ha sido reflejado en los Elementos de los Crímenes relativos a los tipos penales de crímenes de guerra del Estatuto de la CPI, los cuales suelen establecer que «*la conducta haya tenido lugar en el contexto de un conflicto armado internacional y haya estado relacionada con él*». Los comportamientos que se lleven a cabo sin la conexión requerida con el conflicto armado podrán ser delitos ordinarios o incluso otros crímenes internacionales, pero en ningún caso crímenes de guerra¹⁰⁶⁹. Como guía básica para acreditar que un delito está relacionado con una contienda armada, se pueden enumerar los siguientes hechos: que el responsable sea un combatiente, que la víctima sea parte de la población civil o una persona protegida, que el acto tenga por finalidad obtener una ventaja militar o que el comportamiento sea llevado a cabo dentro de las funciones de un mando militar¹⁰⁷⁰. El conflicto armado debe haber jugado un papel sustancial en la capacidad del responsable para cometerlo, para realizarlo de una manera concreta o en relación al propósito del mismo¹⁰⁷¹. También, hemos de significar que el crimen de guerra no es necesario que se ejecute en el área de combate o en sus proximidades, solo se requiere que esté relacionado

¹⁰⁶⁶ G. WERLE. 2005, *loc cit*, pág. 461.

¹⁰⁶⁷ Sentencia del TPIY (Trial Chamber) de 16 de noviembre de 1998, *Prosecutor v. Delalic*, IT-96-21-T, pára. 193; Sentencia del TPIY (Trial Chamber), de 7 de mayo de 1997, *Prosecutor v. Tadic*, IT-94-1-T, pára. 573; Sentencia del TPIY (Appeal Chamber), de 12 de junio de 2002, *Prosecutor v. Kunarac et al*, IT-96-23/1-A, pára. 402; Sentencia del TPIY (Trial Chamber) de 1 de septiembre de 2004, *Prosecutor v. Brdjanin* IT-99-36-T, pára. 121; Sentencia del TPIY (Trial Chamber), de 3 de marzo de 2000, *Prosecutor v. Blaskic*, IT-95-14-T, pára. 69.

¹⁰⁶⁸ Sentencia del TPIY (Appeal Chamber), de 12 de junio de 2002, *Prosecutor v. Kunarac et al*, IT-96-23/1-A, pára. 58.

¹⁰⁶⁹ G. METTRAUX. 2005, *loc cit*, pág. 38 y 39.

¹⁰⁷⁰ Sentencia del TPIY (Appeal Chamber), de 12 de junio de 2002, *Prosecutor v. Kunarac et al*, IT-96-23/1-A, pára. 59.

¹⁰⁷¹ G. METTRAUX. 2005, *loc cit*, pág. 39.

con las hostilidades o con las partes del territorio controladas por una parte beligerante¹⁰⁷².

El Tribunal Penal Internacional para Ruanda ha afirmado que puede ser condenado por crímenes de guerra toda persona que forme parte de las fuerzas armadas o sirva o esté vinculado a ellas de otra forma¹⁰⁷³. También el citado tribunal *ad hoc* manifestó en el caso *Akayesu* que la Fiscalía tendría que demostrar y probar a la Cámara que *Akayesu* era un miembro de las fuerzas armadas con mando militar en las partes beligerantes o que actuase como un oficial público, agente o manteniendo cualquier otra forma autoridad pública o *de facto* representación gubernamental, para apoyar o satisfacer los esfuerzos de la guerra¹⁰⁷⁴. De lo anterior se deduce que la responsabilidad penal y la conexión necesaria con la contienda armada no es sólo para los miembros de las fuerzas armadas beligerantes, sino que cualquier persona que haya podido participar directa o indirectamente en dicho conflicto puede ser perfectamente responsable por tales crímenes de guerra. Como base legal para justificar lo anterior podemos citar el art. 29 del GIV, el cual dispone que «*Las Partes en conflicto en cuyo poder haya personas protegidas es responsable del trato que les den sus agentes, sin perjuicio de las responsabilidades individuales en que se pueda incurrir*». Siguiendo a PICTET, por “agentes” tenemos que entender cualquier persona que esté al servicio de las Partes Contratantes, es decir, de las partes en contienda, incluidos empleados públicos, jueces, miembros de organizaciones policiales, miembros de fuerzas armadas, etc.¹⁰⁷⁵ En suma, el contexto del conflicto armado debe entenderse como un elemento normativo del tipo, debiendo los tribunales correspondientes determinar si existe tal contienda armada o no para poder apreciar los tipos penales de crímenes de

¹⁰⁷² Sentencia del TPIY (Trial Chamber), de 3 de marzo de 2000, *Prosecutor v. Blaskic*, IT-95-14-T, pára. 69 y 70; G. METTRAUX. 2005, *loc cit*, pág. 41.

¹⁰⁷³ Sentencia del TPIR (Trial Chamber), de 21 de mayo de 1999, *Prosecutor v. Kayishema y Ruzindana* ICTR-95-1-T, pára. 174 y ss.

¹⁰⁷⁴ Sentencia del TPIR (Trial Chamber), de 2 de septiembre de 1998, *Prosecutor v. Akayesu*, ICTR-96-4-T, pára. 640, en donde se afirma que los civiles pueden ser responsables penales bajo el art. 4 del Estatuto del TPIR.

¹⁰⁷⁵ J.S. PICTET, 1958, “Commentary IV...”, *loc cit*, pág. 211.

guerra y, además, sólo se requerirá que el autor haya tenido conocimiento de las circunstancias del hecho que establezcan su existencia¹⁰⁷⁶.

1.4.3. *El elemento subjetivo del tipo.*

En todo crimen de guerra el autor del mismo, quien podrá ser un combatiente¹⁰⁷⁷ o un civil¹⁰⁷⁸, tendrá que tener conocimiento de las circunstancias de hecho que resultan del conflicto armado¹⁰⁷⁹. Así pues, la contienda armada, además de ser un elemento objetivo del tipo, debe reflejarse en la consciencia del responsable penal. No es necesario que el autor del crimen tenga conocimiento de las circunstancias en las que se basa el conflicto armado, es decir, si es de carácter internacional o no¹⁰⁸⁰. El dolo que se requiere normalmente en los crímenes de guerra es el genérico, que deberá abarcar tanto el conocimiento de las circunstancias de hecho que establezcan la cualificación de la persona o bien protegido por las normas del derecho internacional humanitario, como el de la existencia de un conflicto armado. En relación a los crímenes de guerra tipificados en el art. 8 del ECPI, éstos con carácter general deben cometerse dolosamente, tal y como se deduce del art. 30 de dicho Estatuto, aunque de los elementos de los crímenes de guerra podría defenderse que algunos crímenes pueden ser cometidos imprudentemente, como el reclutar niños menores de 15 años, al incluirse como elemento subjetivo del tipo el término *debiera haber sabido*. En nuestro ordenamiento jurídico los crímenes de guerra contemplados en los art. 609 a 613 del CP

¹⁰⁷⁶ F. PIGNATELLI y MECA. 2003, “La sanción de...”, *loc cit*, pág. 178 y 179.

¹⁰⁷⁷ A. GIL GIL. 2003, “Persecución penal nacional de crímenes internacionales en América Latina y España”, Editores: K. AMBOS y E. MALARINO, Fundación Konrad Adenauer, pág. 350. Hemos de precisar que actualmente los crímenes de guerra pueden ser cometidos tanto por civiles como por militares o personas movilizadas, cfr. G. METTRAUX. 2005, *loc cit*, pág. 42.

¹⁰⁷⁸ Cfr. Sentencia del TPIY (Trial Chamber), de 29 de noviembre de 2002, *Prosecutor v. Vasiljevic*, IT-98-32-T, pára. 57; cfr. H.H JESCHEK. 1982, “War Crimes”, en *Encyclopedia of Public International Law*, Editor: Bernhardt, pág. 294; M^a D. BOLLO AROCENA. 2004, *loc cit*, pág. 240, considera que los civiles pueden cometer crímenes de guerra si están vinculados con una de las partes en la contienda; cfr. Sentencia del TPIY (Trial Chamber) de 16 de noviembre de 1998, *Prosecutor v. Delalic*, IT-96-21-T, pára. 241, en donde se manifiesta que no es necesario que los responsables penales sean miembros de las Fuerzas Armadas o tengan el título de combatientes.

¹⁰⁷⁹ M^a D. BOLLO AROCENA. 2004, *loc cit*, pág. 233.

¹⁰⁸⁰ G. WERLE. 2005, *loc cit*, pág. 465 y 466.

deben cometerse dolosamente, incluido el dolo eventual. Según la Corte Penal Internacional los crímenes internacionales de su competencia no pueden ser cometidos mediante el denominado *dolus eventualis*¹⁰⁸¹, aspecto criticable¹⁰⁸², sobre todo examinando la sentencia del caso *Lubanga*, en donde se utilizan términos tales como riesgo y probabilidad, los cuales nos conducirían al dolo eventual¹⁰⁸³. En cualquier caso, el Tribunal Penal Internacional para Yugoslavia mantiene una posición diferente, ya que entiende que determinados crímenes de guerra, principalmente el homicidio, pueden ser cometidos mediante *recklessness*, es decir, mediante una imprudencia consciente, no requiriéndose un dolo de primer o segundo grado¹⁰⁸⁴.

1.4.4. Gravedad del hecho punible.

El último requisito necesario para la existencia de un crimen de guerra es que el acto llevado a cabo debe reunir una gravedad determinada, es decir, no vale cualquier infracción del derecho internacional humanitario, solamente serán crímenes de guerra aquellos actos que entrañen una gravedad tal que pongan en peligro o lesionen bienes jurídicos relevantes o valores importantes

¹⁰⁸¹ Cfr. J.L. RODRÍGUEZ VILLASANTE Y PRIETO. 2000, “Los principios generales del derecho penal en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional”, en *Revista Española de Derecho Militar*, nº 75, pág. 417 y ss.; cfr. Sentencia del TPIY (Trial Chamber), de 31 de julio de 2003, *Prosecutor v. Stakic*, IT-97-24-T, pára. 587; cfr. H. OLÁSULO ALONSO. 2009, “*The criminal responsibility of senior political and military leaders as principals to international crimes*”, Oxford: Hart Publishing, pág. 282 y 283. Al respecto hay que significar que en el caso Bemba la CPI indicó que el dolo eventual no tenía acogida en el art. 30 de su estatuto, toda vez que no se ha recogido literalmente en dicho precepto, cfr. *Prosecutor v. Jean Pierre Bemba*, confirmation of charges de 15 de junio del 2006, ICC-01/05-01/08-424, pára. 362 a 369. Asimismo, en la sentencia de Lubanga se vuelve a excluir el dolo eventual, por lo que puede afirmarse que en el Estatuto de la Corte Penal Internacional no rige dicha forma de dolo, hecho desde mi punto de vista erróneo; cfr. Sentencia de la CPI de 14 de marzo de 2012, *Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*, ICC-01/04-01/06, pára. 1011; cfr. K. AMBOS. 2012, “The first Judgment...”, *loc cit*, pág. 149.

¹⁰⁸² Cfr. K. AMBOS. 2012, “The first Judgment...”, *loc cit*, pág. 149, quien está a favor de la exclusión del dolo eventual en el Estatuto de la CPI; de otra parte, WERLE considera que ciertos crímenes internacionales podrían cometerse mediante dolo eventual o *recklessness*, cfr. G. WERLE. 2005, *loc cit*, pág. 593, este autor acude a la jurisprudencia del TPIY caso *Strugar*, Sentencia del TPIY (Trial Chamber), *Prosecutor v. Strugar*, IT-01-42-T, pára. 236.

¹⁰⁸³ Sentencia de la CPI de 14 de marzo de 2012, *Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*, ICC-01/04-01/06, pára. 1012; cfr. Voto Particular de la juez V.D.WYNGAERT, de fecha 18 de diciembre de 2012, ICC-01/04-02/12, pára. 38.

¹⁰⁸⁴ Cfr. Sentencia del TPIY (Trial Chamber), de 26 de febrero de 2001, *Prosecutor v. Kordic and Cerkez*, IT-95-14/12-T, pára. 229; Sentencia del TPIY (Trial Chamber), de 16 de noviembre de 1998, *Prosecutor v. Delalic*, IT-96-21-T, pára. 439.

para la comunidad internacional y para el derecho internacional humanitario¹⁰⁸⁵. Este criterio es razonable ya que muchos crímenes de guerra están vinculados a la jurisdicción universal, toda vez que éstos han sido considerados como ilícitos que ponen en peligro la paz y seguridad de la comunidad internacional. Entiendo que el crimen de guerra deberá consistir en una vulneración grave del derecho internacional humanitario, dando lugar con ello a la posibilidad de aplicar la jurisdicción universal para el enjuiciamiento del mismo. Sin embargo, cuando un Estado decide tipificar dentro de su ordenamiento jurídico un determinado hecho, el cual no es grave, como crimen de guerra, considero que si bien no habría impedimento alguno para ello, no es menos cierto que no podría ser objeto de persecución universal, al no reunir la gravedad suficiente. Ello se justificaría por la necesaria uniformidad que deben revestir los crímenes que pueden ser objeto de enjuiciamiento con base en el principio *cosmopolita*. La gravedad del comportamiento podemos deducirla por la forma en que fue ejecutado el hecho criminal, los métodos usados, su reiteración, los valores protegidos, la posición de poder o superioridad del responsable, las consecuencias del acto en la víctima, los motivos del responsable o el contexto de los crímenes¹⁰⁸⁶. Asimismo, no debemos confundir que el comportamiento reprochable sea grave con la necesidad de que el mismo sea cometido a gran escala o de forma sistemática, requisitos que podrían conducirnos a un crimen internacional distinto, como son los crímenes de lesa humanidad¹⁰⁸⁷. Como conclusión, huelga reseñar que para considerar los crímenes de guerra como crímenes internacionales, aquéllos deberán reunir los presupuestos establecidos por el TPIY en su jurisprudencia, entre los que se encuentran la gravedad del hecho punible¹⁰⁸⁸.

¹⁰⁸⁵ Cfr. G. METTRAUX. 2005, *loc cit*, pág. 50.

¹⁰⁸⁶ Sentencia del TPIY (Appeal Chamber), de 24 de marzo de 2000, *Prosecutor v. Aleksovski*, IT-95-14/1-A, pára 36 y ss.; cfr. G. METTRAUX. 2005, *loc cit*, pág. 51.

¹⁰⁸⁷ Cfr. M^a D. BOLLO AROCENA. 2004, *loc cit*, pág. 234 y 235, como bien apunta esta autora pueden existir infracciones graves del DIH que exijan que se cometan a gran escala, como por ejemplo la prevista en el art. 50 GI al disponer: «*la destrucción y apropiación de bienes no justificadas por necesidades militares y ejecutadas a gran escala...*».

¹⁰⁸⁸ Cfr. *Prosecutor v. Tadic*, Decisión of the defence motion for interlocutory appeal on jurisdiction del TPIY, 2 October 1995, pára. 94 y *Prosecutor v. Kvočka et al*, IT-98-30/1-PT, Decision on preliminary motions filed by Mlado Radic and Miroslav Kvočka Challenging jurisdiction, 1 April 1999, pára. 9.

2. La persecución universal de las infracciones graves del DIH.

2.1. Antecedentes.

La aprobación de los Convenios de Ginebra de 1949 se debió al fracaso que supusieron los anteriores convenios del año 1929 sobre los heridos y enfermos de los Ejércitos en campaña y el del tratamiento de los prisioneros de guerra¹⁰⁸⁹. Ambos instrumentos internacionales no procuraron herramientas suficientes para castigar las atrocidades cometidas durante la 2ª Guerra Mundial¹⁰⁹⁰. Evidentemente, la causa principal se debió al comportamiento de los Estados beligerantes, pero no podemos obviar el hecho de que dichos convenios no ofrecieron bastante protección a la población civil y al resto de personas protegidas frente a los nuevos comportamientos criminales.

El Convenio de Ginebra de 22 de agosto de 1864 para mejorar la suerte de los militares heridos en campaña, no establecía obligación alguna de represión penal por la comisión de cualquier acto que violase las disposiciones del instrumento internacional. Únicamente se establecía en el art. 8 del convenio la obligación de los Comandantes en Jefe de los ejércitos beligerantes de fijar los detalles de ejecución del convenio, según las instrucciones de sus Gobiernos. Nótese que no se incorpora obligación de castigar o enjuiciar las violaciones del convenio internacional, dejándose a los Comandantes de los ejércitos la facultad de establecer algún tipo de protocolo o instrucción para castigar tales quebrantamientos¹⁰⁹¹.

Posteriormente, el Convenio de Ginebra de 6 de julio de 1906 para mejorar la suerte de los militares heridos y enfermos de los ejércitos en campaña, sí estableció cierta regulación sobre la represión de determinados comportamientos. Así, en el art. 28 del Convenio se fijaba el compromiso de los Estados parte de proponer a sus poderes legislativos la adopción de las

¹⁰⁸⁹ Cfr. T. J. MURPHY. 1984, *loc cit*, pág. 27.

¹⁰⁹⁰ Cfr. Y. SANDOZ. 2009, "The history...", *loc cit*, pág. 673.

¹⁰⁹¹ *Ibidem*, pág. 658 y ss.

normas penales militares pertinentes para reprimir en tiempo de guerra los actos de pillaje y los malos tratos realizados en las personas protegidas (heridos y enfermos). Obsérvese que el compromiso es de actualizar las leyes penales militares para reprimir, únicamente en tiempo de guerra, ciertas infracciones, pero no para perseguirlas una vez hubiese acabado el conflicto. Estas disposiciones supusieron un avance en la materia pero no configuraron una obligación de perseguir penalmente ciertos delitos para los Estados parte¹⁰⁹².

El Convenio de Ginebra de 27 de julio de 1929 para mejorar la suerte de los heridos y enfermos de los ejércitos en campaña, supuso un avance en la persecución de ciertas violaciones del DIH. El art. 29 del convenio comprendía la obligación de los Estados de actualizar sus leyes penales para reprimir, en tiempo de guerra, todo acto contrario a las disposiciones del instrumento internacional. Ahora se podían castigar penalmente cualquier infracción del convenio, aspecto loable, sin embargo se limitaba dicho castigo a que fuese durante el tiempo de guerra. Igualmente, el art. 30 regulaba el principio de beligerancia, por el que las partes beligerantes podían reprimir cualquier violación del convenio que se denunciase.

2.2. Cuestiones generales sobre la jurisdicción instaurada en los Convenios de Ginebra de 1949 y en el Protocolo Adicional I de 1977.

En este contexto surgieron los Convenios de Ginebra de 1949, a fin de instaurar unos mecanismos de protección mayores que los configurados con anterioridad, estableciéndose una regulación más exhaustiva del *status* de las personas protegidas, las prohibiciones de los convenios y las consecuencias penales que acarrea la comisión de las infracciones graves del DIH, es decir, aquellos crímenes de guerra que alcanzaban tal umbral de gravedad que debían ser reprimidos por cualquier Estado Parte. La finalidad por la que solo se redujo el sistema de represión universal a las infracciones graves del DIH se

¹⁰⁹² *Ibidem*, pág. 664 y ss.

debió a evitar que órganos judiciales de otros Estados pudieran inmiscuirse en decisiones que sólo concernirían al Estado implicado y sus ciudadanos¹⁰⁹³.

Los art. 49 CGI, 50 CGII, 129 CGIII y 146 CGIV de los Convenios de Ginebra de 1949 regulan lo que hemos denominado jurisdicción universal¹⁰⁹⁴ absoluta¹⁰⁹⁵ y obligatoria¹⁰⁹⁶, ya que en los mismos se dispone que «*Cada una de las partes tendrá la obligación de buscar a las personas acusadas de haber cometido, o mandado cometer, cualquiera de las infracciones graves, debiendo hacerlas comparecer ante sus propios tribunales, sea cual fuere la nacionalidad de ellas (...)*». Como bien puede deducirse, los Estados Parte de estos convenios tienen una obligación que cumplir en virtud del principio *pacta*

¹⁰⁹³ G. METTRAUX. 2005, *loc cit*, pág. 55; Sentencia del TPIY (Appeal Chamber), de 20 de febrero de 2001, *Prosecutor v. Delalic et al*, IT-96-21-A, pára. 79.

¹⁰⁹⁴ Cfr. X. PHILIPPE. 2006, “Los principios de...”, *loc cit*, pág. 5; cfr. G. METTRAUX. 2005, *loc cit*, pág. 54.

¹⁰⁹⁵ Cfr. F. PIGNATELLI y MECA. 2003, “La sanción de...”, *loc cit*, pág. 64, quien sostiene que es necesaria la presencia del responsable en el territorio del Estado que pretende juzgarlo.

¹⁰⁹⁶ Cfr. R. O'KEEFE. 2009, “The grave breaches...”, *loc cit*, pág. 814, asimismo, este autor recalca la importancia de los Convenios de Ginebra como punto de inflexión en la justicia universal para la persecución de crímenes de guerra, al ser un instrumento internacional único hasta el momento; cfr. A. ZIMMERMANN. 2006, *loc cit*, pág. 349; C. PÉREZ GONZÁLEZ. 2009, “La responsabilidad penal...”, *loc cit*, pág. 154 y E. ORIHUELA CALATAYUD. 2005, “Crímenes de guerra y justicia universal: avances y retrocesos en la lucha contra la impunidad”, en *Derechos y Libertades antes las nuevas amenazas a la seguridad global*, Editora: C. Ramón Chornet, Valencia: Tirant Lo Blanch, pág. 175; J.B. ACOSTA ESTÉVEZ. 2007, *loc cit*, pág. 17 y ss.; J. JORGE URBINA. 2008, “Crímenes de guerra...”, *loc cit*, pág. 259; G. WERLE. 2005, *loc cit*, pág. 144; no podemos dejar de lado la interpretación llevada a cabo por JESCHECK sobre los preceptos citados, quien sostuvo que «*According to the Geneva Conventions of 1949, signatory States are not only empowered to punish war crimes, but also are obliged to do so, unless the accused is extradited to another signatory State. The duty to punish attaches not only to the States to which the accused owes his allegiance or to the injured State, but to all the signatory States; this duty even extends to neutrals in armed conflict, and exists without regard to the nationality of the perpetrator or victim or the place where the crime took place*»; cfr. H.H. JESCHECK. 1982, “War Crimes...”, *loc cit*, pág. 294 a 297; cfr. *Prosecutor v. Tadic*, Decisión of the defence motion for interlocutory appeal on jurisdiction del TPIY, 2 October 1995, pára. 80, en donde se indicó que la jurisdicción instaurada en los Convenios de Ginebra de 1949 era obligatoria; M^a. D. BOLLO AROCENA. 2004, *loc cit*, pág. 381; cfr. Y. SANDOZ. 1999, “Penal Aspects...”, *loc cit*, pág. 414; cfr. G. BOAS *et al.* 2011, *loc cit*, pág. 227; existen resoluciones judiciales de tribunales penales internacionales que reconocen la jurisdicción universal sobre las infracciones graves del DIH, cfr. Sentencia de la ECCC, de 26 de julio de 2010, *Prosecutor v. KAINING Guek Eav alias Duch*, ECCC, 001/18-07-2007/ECCC/TC, pára. 403; cfr. *Prosecutor v. Dusko Tadic*, Decision on the defence motion for interlocutory appeal on jurisdiction, 2 October 1995, pára. 80; F. M. MARIÑO MENÉNDEZ. 2009, *loc cit*, pág. 53; cfr. J. PUEYO LOSA. 2006, “El principio de jurisdicción universal y el Estatuto de la Corte Penal Internacional”, en *El Derecho Internacional Humanitario ante los retos de los conflictos armados actuales*, Coord. J. L. RODRÍGUEZ VILLASANTE y PRIETO, Fundación Rafael del Pino, Cruz Roja Española, Barcelona: Marcial Pons, pág. 182; J.M. HENCKAERTS. 2009, “The grave...”, *loc cit*, pág. 698; D. FLECK. 2009, “Shortcomings of...”, *loc cit*, pág. 851.

sunt servanda, regulado en el art. 26 de la Convención de Viena de 1969. Sin embargo, cabe hacer hincapié en otro aspecto relevante, que no es otro que la naturaleza consuetudinaria que han adquirido los Convenios de Ginebra¹⁰⁹⁷, por lo que todos los Estados tienen la obligación de juzgar a los presuntos responsables de haber cometido las infracciones graves reguladas en los art. 50 CGI, 51 CGII, 130 CGIII y 147 CGIV¹⁰⁹⁸. Esta obligación de represión universal se reafirma por lo establecido en el art.1 común a los Convenios de Ginebra de 1949, que manifiestan el compromiso de los Estados de *respetar y hacer respetar* los mismos¹⁰⁹⁹.

En aplicación de los preceptos citados, los Estados tienen en primer lugar, la obligación de tipificar en su ordenamiento jurídico las infracciones graves del DIH, asociar a tales comportamientos punibles las penas correspondientes y dotar a sus órganos judiciales de competencia suficiente (principalmente jurisdicción universal) para enjuiciar estos actos ilícitos¹¹⁰⁰. En segundo lugar, si lo prefieren, podrán extraditar al responsable a otro Estado que tenga cargos suficientes contra el mismo. Todo lo anterior confirma la idea de que la jurisdicción universal consagrada en estos instrumentos internacionales es primaria¹¹⁰¹ y concurrente, no siendo un corolario de la regla *aut dedere aut iudicare*, ya que al no requerirse la ausencia de extradición para ejercer la jurisdicción penal, ésta debe aplicarse preferentemente, antes incluso que la propia extradición, la cual sería subsidiaria¹¹⁰². En cualquier caso, el

¹⁰⁹⁷ Cfr. V. CHETAİL. 2003, *loc cit*, pág. 235 a 269; el Informe del Secretario General, S/25704 de 3 de mayo de 1993, pára.35; Opinión Consultiva de la CIJ *sobre la legalidad de la amenaza o el empleo de las armas nucleares* de 19 de julio de 1996, pára. 86; Opinión Consultiva de la CIJ sobre las consecuencias jurídicas de la construcción de un muro en el territorio Palestino ocupado, de fecha 13 de julio del 2004, pára. 157; J.M. HENCKAERTS. 2009, “The grave...”, *loc cit*, pág. 684.

¹⁰⁹⁸ A. CASSESE. 2003, “Is the bell...”, *loc cit*, pág. 591; J.M. HENCKAERTS. 2009, “The grave...”, *loc cit*, pág. 697.

¹⁰⁹⁹ Cfr. J.B. ACOSTA ESTÉVEZ. 2007, *loc cit*, pág. 21.

¹¹⁰⁰ Cfr. R. O’KEEFE. 2009, “The grave breaches...”, *loc cit*, pág. 816; X. PHILIPPE. 2008, “Las sanciones por...”, *loc cit*, pág. 4.

¹¹⁰¹ *Ibidem*, pág. 821.

¹¹⁰² En sentido contrario PIGNATELLI y MECA, quien sostiene que la jurisdicción universal consagrada en los Convenios de Ginebra de 1949 surge con arreglo a la regla *aut dedere aut iudicare*, cfr. F. PIGNATELLI y MECA. 2003, “La sanción de...”, *loc cit*, pág. 63; también Y. DINSTEIN. 1998, “The Universality principle...”, *loc cit*, pág. 23, al entender que la

Estado tendría el derecho de elección sobre si prefiere juzgar al responsable o extraditarlo, siempre que exista un Estado que haya formulado cargos penales contra el mismo¹¹⁰³.

Un aspecto relevante es el hecho de que la jurisdicción universal instaurada en los Convenios de Ginebra de 1949 es concurrente¹¹⁰⁴. Esta afirmación encuentra su fundamento en los propios convenios, los cuales manifiestan que «*Cada una de las Partes Contratantes tendrá la obligación de buscar a las personas acusadas de haber cometido, o mandado cometer, cualquiera de las infracciones graves...*». El mandato referido se dirige a cada Estado Parte, no a uno en concreto o a otros que puedan tener ciertos vínculos o nexos con el hecho punible. Por ello, si un Estado tiene conocimiento de la comisión de una infracción grave del DIH debe iniciar una causa penal para investigarla.

Hasta aquí todo es correcto y normal, el problema surge a causa de la evolución de la noción de crimen de guerra, incorporándose en ésta, además de las infracciones graves del DIH, otros tipos de violaciones graves que ya no están incardinadas en el sistema de persecución universal consagrado en los meritados Convenios de Ginebra. Los Estados deberían por iniciativa propia y con base en su potestad soberana considerar la necesidad de implementar en su ordenamiento jurídico penal aquellas otras violaciones graves del DIH como crímenes de guerra y dotar a sus tribunales de la competencia suficiente para juzgarlos, incluso bajo el principio de justicia universal. Esta necesidad se ve amparada a causa de la aprobación del Estatuto de la CPI, en cuyo art. 8 se regulan los crímenes de guerra tanto en conflictos armados internacionales como en internos, enunciándose un catálogo de hechos punibles muy amplio que debería ser objeto también de represión penal en el ámbito doméstico, en

jurisdicción universal es obligatoria en los convenios de Ginebra de 1949, pero que también es alternativa con la regla *aut dedere aut iudicare*.

¹¹⁰³ Cfr. G. WERLE. 2005, *loc cit*, pág. 145.

¹¹⁰⁴ Cfr. Y. DINSTEIN. 1998, “The Universality principle...”, *loc cit*, pág. 26, este autor entiende que la concurrencia de jurisdicciones surge de la universalidad de represión instaurada en los Convenios e Ginebra de 1949.

aplicación, entre otros, del título jurisdiccional universal, para cumplir con el principio de complementariedad¹¹⁰⁵. La posibilidad apuntada anteriormente está vinculada a la jurisdicción universal facultativa. Sin embargo, considero necesario reiterar la norma 157 del estudio de derecho internacional humanitario consuetudinario llevado a cabo por el CICR, en la que se dispone que «*Los Estados tienen derecho a conferir a sus Tribunales nacionales jurisdicción universal en materia de crímenes de guerra*». La norma no se refiere a una obligación de los Estados. Sucede todo lo contrario. Se considera que a causa del principio de soberanía estatal y de conformidad con el derecho internacional, si lo cree oportuno un Estado puede conferir a sus tribunales jurisdicción universal para enjuiciar crímenes de guerra.

2.3. Criterios para determinar la jurisdicción competente.

Si bien es cierto que ni los Convenios de Ginebra de 1949 ni su Protocolo Adicional I de 1977 establecen unas reglas de competencia a la hora de perseguir las infracciones del DIH que deban ser punibles, no es menos cierto que pueden seguirse determinados criterios razonables que ayudarían a solventar posibles conflictos de jurisdicción entre jurisdicciones nacionales, poniéndose en peligro ciertos derechos fundamentales, como es el *non bis in idem*. De todo punto parece lógico que sea el Estado del *locus delicti* el preferente en conocer del crimen de guerra, bien por cuestiones procesales¹¹⁰⁶, económicas e incluso soberanas (mantenimiento de la seguridad y respeto de las leyes en su territorio). Si tal Estado no pudiese *eficazmente* (ausencia total de órganos judiciales independientes e imparciales, intromisión del poder ejecutivo en la justicia, participación directa o indirecta de altos cargos del Estado en los crímenes de guerra, entre otras causas¹¹⁰⁷) juzgar dichos hechos

¹¹⁰⁵ Cfr. S. MENDOZA CALDERÓN. 2007, “La aplicación de...”, *loc cit*, pág. 128; cfr. E. ORIHUELA CALATAYUD. 2000, “Aplicación del derecho...”, *loc cit*, pág. 252; G. WERLE. 2005, *loc cit*, pág. 146.

¹¹⁰⁶ Cfr. J. CEREZO MIR. 1998, *loc cit*, pág. 240, quien acude a la práctica de la prueba penal y la eficacia de la sanción penal como motivos para entender justificada la preferencia del Estado del *locus delicti*.

¹¹⁰⁷ Principalmente, el art. 17 del ECPI determina las causas que pueden conllevar que una investigación judicial no sea eficaz, cfr. Cfr. X. PHILIPPE. 2006, “Los principios de...”, *loc*

punibles, deberían terceros Estados proceder a ello. Considero que en ausencia del Estado del *locus delicti* serían preferentes para juzgar estos delitos los Estados que tuviesen alguna conexión con los mismos, principalmente de nacionalidad con las víctimas o con el responsable del crimen de guerra, y en defecto de todo lo anterior, cualquier Estado en aplicación de la justicia universal, siempre que tenga capacidad y asegure un proceso con todas las garantías jurídicas¹¹⁰⁸. Todo lo precitado trae causa de la jurisdicción concurrente de los meritados instrumentos internacionales¹¹⁰⁹. En definitiva, podrían aplicarse de manera analógica los criterios de jurisdicción instaurados en los tratados internacionales de represión de ciertos actos punibles, como por ejemplo los de lucha contra el terrorismo¹¹¹⁰. La jurisdicción concurrente en la persecución de las infracciones graves del DIH es un corolario de la universalidad de los instrumentos internacionales que regulan tales ilícitos¹¹¹¹, por lo que habrá que tenerse en cuenta determinados principios básicos del derecho penal (principio de legalidad, cosa juzgada, fraude de ley, entre otros) a fin de garantizarse un procedimiento penal justo, imparcial e independiente. Cada órgano judicial tendría que aplicar criterios de cooperación judicial con el resto de órganos judiciales que conociesen de los mismos hechos, a fin de determinar qué jurisdicción es la preferente, todo ello siendo posible en virtud del principio de reciprocidad, aparte de otros posibles criterios convencionales¹¹¹².

cit, pág. 7 a 11; cfr. E. ORIHUELA CALATAYUD. 2000, “Aplicación del derecho...”, *loc cit*, pág. 239 y 240 y Cfr. W. A. SCHABAS. 2010, “The International...”, *loc cit*, pág. 335 y ss.

¹¹⁰⁸ J. JORGE URBINA. 2008, “Crímenes de guerra...”, *loc cit*, pág. 264 y 265. Asimismo, la *praxis* seguida por la comunidad internacional a la luz de los instrumentos internacionales aprobados es otorgar en primer lugar competencia al Estado del *locus delicti*, en segundo lugar al de la nacionalidad del responsable, en tercer lugar al de la nacionalidad de las víctimas y en cuarto lugar a cualquier otro Estado, bien en virtud de la regla *aut dedere aut iudicare* al estar presente en su territorio o bien sin sujeción a dicha máxima, al instaurarse una jurisdicción universal absoluta -como ejemplo podemos citar el art. 6 de la Convención de 1997 de represión de atentados terroristas con bombas, aunque dicho tratado no consagra la denominada jurisdicción absoluta-; cfr. S. MENDOZA CALDERÓN. 2007, “La aplicación de...”, *loc cit*, pág. 129.

¹¹⁰⁹ Cfr. Y. DINSTEIN. 1998, “The Universality principle...”, *loc cit*, pág. 23.

¹¹¹⁰ Cfr. Art. 6 del Convenio Internacional para la represión de atentados terroristas con bombas, de 15 de diciembre de 1997.

¹¹¹¹ Y. DINSTEIN. 1998, “The Universality principle...”, *loc cit*, pág. 26.

¹¹¹² Cfr. I. BLANCO CORDERO. 2007, “Report General...”, *loc cit*, pág. 117, como bien indica este autor, en el ámbito regional europeo podría ser de aplicación el Convenio europeo sobre transferencia de procesos en materia penal de 15 de mayo de 1972.

3. El Estatuto de la Corte Penal Internacional.

3.1. Complementariedad de la Corte Penal Internacional respecto de las jurisdicciones nacionales.

La creación de la CPI está basada en un ideal de justicia y en la convicción de que ante los crímenes más atroces que preocupan y perjudican a la comunidad internacional, la impunidad es inaceptable¹¹¹³, ya que tales crímenes constituyen una amenaza para la paz, la seguridad y el bienestar de la humanidad, según reza el preámbulo del Estatuto de la CPI. La instauración de una Corte Penal Internacional permanente no conlleva que los tribunales nacionales dejen de enjuiciar y perseguir a criminales de guerra, toda vez que la competencia que tiene atribuida la Corte Penal Internacional es complementaria de las nacionales¹¹¹⁴. En suma, los Estados siguen siendo los principales actores en la persecución de los crímenes internacionales, quedando la jurisdicción de la Corte Penal Internacional circunscrita a aquellas situaciones en las que se ha determinado una falta de voluntad o capacidad estatal para perseguirlos¹¹¹⁵.

¿Qué significa una jurisdicción complementaria de las nacionales? La respuesta a la pregunta planteada hay que enfocarla teniendo en cuenta la

¹¹¹³ Cfr. O. SOLERA. 2002, “Jurisdicción complementaria y justicia penal internacional”, en *Revista Internacional de la Cruz Roja*, Vol. 845; C. ESCOBAR HERNÁNDEZ, “La progresiva...”, *loc cit*, pág. 257 y ss.; M. BENZING. 2003, “The complementarity regime of the International Criminal Court: International Criminal Justice between State sovereignty and the fight against impunity”, en *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, Vol. 7, pág. 592 y ss.; C.K. HALL. 2010, “The role of universal jurisdiction in the International Criminal Court complementarity system”, en *Complementarity and the exercise of universal jurisdiction for core international crimes*, Editor: M. BERGSMO, FICHL Publication Series n° 7, pág. 201 y ss.

¹¹¹⁴ Cfr. X. PHILIPPE. 2006, “Los principios de...”, *loc cit*, pág. 7 y ss., este autor define la complementariedad como aquel principio funcional destinado a otorgar jurisdicción a un órgano subsidiario cuando el principal no puede ejercer su primacía de jurisdicción; cfr. E. ORIHUELA CALATAYUD. 2000, “Aplicación del derecho...”, *loc cit*, pág. 240; cfr. X. MEDELLÍN URQUIAGA *et al* 2009, *loc cit*, pág. 51.

¹¹¹⁵ J. STIGEN. 2010, *loc cit*, pág. 133; Cfr. E. ORIHUELA CALATAYUD. 2000, “Aplicación del derecho...”, *loc cit*, pág. 245, defiende la postura de que la CPI no tiene un alcance universal, por lo que los Estados seguirán teniendo un papel principal en la persecución de los crímenes recogidos en dicho Estatuto; además, la competencia de la CPI no alcanza a todos los hechos punibles que pueden ser perseguidos y castigados mediante la justicia universal.

opinión que tenían los Estados en el momento en que se estaba discutiendo la creación de la Corte Penal Internacional. El principal escollo que se encontró el Comité Especial encargado de la redacción del Estatuto de la CPI, fue que los Estados tenían miedo a perder parte de su soberanía, en concreto, el hecho de que un delito cometido en su territorio no pudiera ser juzgado por sus tribunales. Por ello, una de las soluciones que se plantearon fue el de la aprobación de una jurisdicción complementaria, la cual conlleva que cuando un Estado Parte no puede, no quiere o está impedido para enjuiciar a un presunto criminal de guerra, la CPI se encargará de conocer del asunto. De esta forma se salvaba el problema de la soberanía de los Estados, ya que la Corte Penal Internacional podría conocer de tales crímenes, residiendo la competencia principal para conocer de éstos en los tribunales nacionales; todo ello, sin perjuicio de la competencia originaria que tiene la CPI en aplicación del art. 13 del ECPI¹¹¹⁶. Así pues, la cuestión de la complementariedad opera como eje transversal de todo el texto penal, estando presente tanto en el preámbulo como en el articulado¹¹¹⁷. El equilibrio entre la soberanía nacional y la competencia de la Corte Penal Internacional viene determinada por las reglas relativas a su competencia y las cuestiones de admisibilidad de un asunto, así como con la inhibición del Fiscal de la Corte a favor de las jurisdicciones nacionales¹¹¹⁸.

Ahora bien, la cuestión principal a resolver es si en el Estatuto de la CPI hay algún precepto que obligue a los Estados a aplicar la jurisdicción universal. Expresamente, no¹¹¹⁹. Aun así, el hecho de que explícitamente no se indique nada al respecto en el Convenio de Roma, no conlleva que tácitamente pueda entenderse que los Estados Parte del mismo tengan derecho a perseguir los crímenes internacionales del Estatuto en aplicación de la justicia universal. Con respecto a las infracciones graves del DIH, éstas atraerán la jurisdicción

¹¹¹⁶ Cfr. W. A. SCHABAS. 2010, “The International...”, *loc cit*, pág. 297 y ss., como bien afirma este autor, la CPI será competente para conocer de ciertas situaciones remitidas por el CSNU o por los Estados Parte, no de casos particulares.

¹¹¹⁷ C. QUESADA ALCALÁ. 2005, *loc cit*, pág. 316.

¹¹¹⁸ *Ibidem*, pág. 318.

¹¹¹⁹ En el mismo sentido, K. AMBOS. 2003, “Implementación del Estatuto...”, *loc cit*, pág. 27, quien sostiene que los Estados Parte del Estatuto de la CPI tienen el derecho de implementar la jurisdicción universal, pero no la obligación.

universal obligatoriamente, no así el resto de violaciones graves del DIH, que solo determinarán la facultad de los Estados Parte de perseguirlas. Sería contradictorio que los Estados Parte en aplicación del derecho convencional tuviesen ciertas obligaciones y en virtud del Convenio de Roma solo tuviesen una facultad. Eso sí, a fin de cumplir con el principio de complementariedad resultaría necesario que los tribunales estatales pudiesen juzgar todos los crímenes de competencia de la CPI, para que ésta no se saturase con causas que pudiesen ventilarse en sede nacional¹¹²⁰. Lo anterior implicará que los Estados tengan que atribuir competencia a sus órganos judiciales para conocer de las violaciones graves del DIH cometidas en contiendas armadas internacionales e internas, entre ellas, la jurisdicción universal. El Estatuto de la CPI no prohíbe el ejercicio de la jurisdicción universal. Si acudimos al art. 17 del ECPI, podemos observar que no especifica qué tipo de jurisdicción estatal determinará la inadmisibilidad del asunto. Esto conlleva la posibilidad de que los Estados actúen legítimamente aplicando la jurisdicción universal, permitiéndose la misma en el Convenio de Roma¹¹²¹. El único precepto que significa una jurisdicción distinta a la universal es el art. 18 del ECPI, el cual indica que el Fiscal de la Corte cuando inicie una investigación la notificará a todos los Estados Parte y a «*aquellos Estados que ejercerían normalmente la jurisdicción sobre los crímenes de que se trate*». Por “normalmente” deberíamos entender aquellos Estados que tiene vínculos notables con el crimen cometido, a saber, los del *locus delicti* y los de la nacionalidad del criminal y la víctima¹¹²².

La relación entre el principio de complementariedad y la justicia universal es notable. Ambos tienden a evitar la impunidad de los responsables

¹¹²⁰ Cfr. X. MEDELLÍN URQUIAGA *et al* 2009, *loc cit*, pág. 52, quienes sostienen que la CPI solo conocerá de aquellos crímenes internacionales que alcancen un umbral determinado de gravedad, bien por el *status* de los responsables penales bien por la cantidad de perjudicados o víctimas de los hechos; cfr. L. YANG. 2005, “On the principal of complementarity in the Rome Statute of the International Criminal Court”, en *Chinese Journal of International Law*, Vol. 4, n° 1, pág. 125.

¹¹²¹ C.K. HALL. 2010, *loc cit*, pág. 207.

¹¹²² N. NSEREKO. 2008, “Article 18. Preliminary rulings regarding admisibility”, en *The Rome Statute of the International Criminal Court*, Editor: O. TRIFFTERER, pág. 627 y 631; C.K. HALL. 2010, *loc cit*, pág. 210.

de cometer crímenes internacionales sometiéndoles a un proceso penal, y ambos entrarán en juego, normalmente, cuando la jurisdicción del Estado del *locus delicti* no haya procedido a investigar eficazmente la comisión de tales comportamientos punibles¹¹²³. El ejercicio de la jurisdicción universal por los Estados Parte del Convenio de Roma, ayudaría a la Corte Penal Internacional a disminuir sus investigaciones y centrarse en las causas de mayor relevancia, de ahí la importancia de que se implemente en los ordenamientos nacionales las medidas oportunas para perseguir los crímenes de guerra del Convenio de Roma de forma universal. A este respecto y siguiendo el estudio elaborado por HALL, hemos de significar que al menos 38 Estados han incorporado el título jurisdiccional universal en su ordenamiento para perseguir los crímenes internacionales del Convenio de Roma, incluyendo el título jurisdiccional universal territorial o basado en el *iudex apprehensionis*¹¹²⁴.

¹¹²³ J. STIGEN. 2010, *loc cit*, pág. 133; C.K. HALL. 2010, *loc cit*, pág. 202; la connotación de subsidiariedad referida no es de aplicación en la persecución de las infracciones graves del DIH, que se rigen por los Convenios de Ginebra de 1949 que contemplan una jurisdicción universal primaria.

¹¹²⁴ C.K. HALL. 2010, *loc cit*, pág. 218 y ss.; entre los Estados relacionados estarían La República de Argentina (*Ley de implementación del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional del 2007*), Australia (*International Criminal Court -Consequential Amendments-Act 2002*), Azerbaiyán (*Criminal Code of the Azerbaijan Republic 2005, arts. 12.3 and 13.3*), Bélgica (*Loi relative à la répression des violations graves de droit international humanitaire 23 March 1999*), Bosnia y Herzegovina (*Criminal Code of Bosnia and Herzegovina 2003, art. 12*), Burkina Faso, Burundi (*Loi portant répression du crime de génocide, des crimes contre l'humanité et des crimes de guerre, Loi 1-0004 du 8 mai 2003, art. 24*), Canadá (*Crimes Against Humanity and War Crimes Act 2000, c. 24*), Cabo Verde (*Penal Code, art.4*), Colombia (*Ley 599 de 2000, del Código Penal, art. 16.6*), Costa Rica (*Ley 8.272/2003, de represión penal como castigo por los crímenes de guerra y de lesa humanidad, art. 7*), Croacia (*Law on the Application of the Statute of the International Criminal Court and on the Prosecution of Criminal Acts against the International Law on War and Humanitarian Law, Number: 01-081-03-3537/2, Zagreb, 24 October 2003, art. 10.2*), Chipre (*Law amending the Rome Statute for the Establishment of the International Criminal Court, Law of 2002, No. 23 (III)/2006, sect. 6*), Estonia (*Penal Code, 6 June 2001, art. 7.1*), Finlandia (*Penal Code of Finland, 39/1889, sects. 7 and 8*), Georgia (*Law on amendments to the Criminal Code 2003, against humanity to the Criminal Code*), Alemania (*Code of International Crimes, 26 June 2002, sect. 1*), Irlanda (*International Criminal Court Act, 2006, sect. 12*), Kenia (*International Crimes Act, 2008, Sects. 6 and 8*), Corea del Sur (*2008 Act on the Punishment on Crimes under the Jurisdiction of the International Criminal Court, art. 3*), Letonia (*Criminal Law, 2004, Sect. 4*), Lituania (*Criminal Code, 2000, art. 7*), Macedonia (*Criminal Code of the Republic of Macedonia, art. 119*), Malta (*Criminal Code, arts. 5.1.h*), México (*Código Penal, art. 2.1*), Montenegro (*Criminal Code, art. 137*), Países Bajos (*International Crimes Act, sect. 2*), Nueva Zelanda (*International Crimes and International Criminal Court Act 2000, sect. 2*), Noruega (*New chapter 16-1 in Penal Code adopted in 2008*), Panamá (*Código Penal de Panamá, Ley No.14, of 18 Mayo 2007, arts. 19 and 20.4*), Portugal (*Ley n.º 31/2004*), Samoa (*International Criminal Court Act 2007, sect. 13*), Serbia (*Criminal Code 2005, art.9*), Suráfrica (*Implementation of the Rome Statute of the International Criminal Court Act, 2002*,

Otro asunto relevante es si los Estados Parte del Convenio de Roma tienen la obligación de perseguir los crímenes internacionales tipificados en el mismo. Ciertamente, los Estados Parte tienen la obligación de perseguir todos los crímenes internacionales cometidos en su territorio, a causa de lo dispuesto en el preámbulo del Convenio de Roma, que recuerda «(...) *que es deber de todo Estado ejercer su jurisdicción penal contra los responsables de crímenes internacionales*»¹¹²⁵. Esta obligación no excluye la posibilidad de que los Estados Parte apliquen el título jurisdiccional universal, ya que esto no se prohíbe, tratándose en todo caso de un derecho. Cuestión distinta es si la obligación antedicha puede trasladarse al resto de Estados no parte. Entiendo que no, ya que la misma ha sido conformada exclusivamente por los Estados Parte. Una interpretación en contra podría desvirtuar lo dispuesto en el art. 34 del Convenio de Viena de 1969 sobre el derecho de los Tratados, al no ser esta obligación una norma de derecho consuetudinario. El Estatuto de la CPI no incluye dicha obligación en su texto al ser innecesario, toda vez que si el Estado Parte no persigue tales crímenes, la Corte Penal Internacional procederá a ello completando las lagunas o defectos de la jurisdicción nacional¹¹²⁶. Ahora bien, que el Estatuto de la CPI no contemple norma alguna relativa al deber de perseguir, no implica que en virtud de otros convenios internacionales los

18 July 2002, sect. 4.3.b and .c), Timor-Leste Penal (*Code Penal 2009, art. 8.b*), Trinidad y Tobago (*The International Criminal Court Act, 2006, sect. 8*), Uruguay (*Ley 18.026, de cooperación con la Corte Penal Internacional en materia de lucha contra el genocidio, los crímenes de guerra y de lesa humanidad, art.4.2*) y Mali (*Penal Code, 2001*).

¹¹²⁵ A. GIL GIL. 2010, “Justicia Transicional en España”, en *Justicia de Transición, justicia penal internacional y justicia universal*, Coord. J. TAMARIT SUMALLA, Barcelona: Atelier, pág. 163; A. SEIBERT-FOHR. 2003, “The relevance of the Rome Statute of the International Criminal Court for amnesties and truth commissions”, en *Max Planck Yearbook United National Law*, Vol. 7, pág. 558, esta autora reconoce que aunque no hay en el ECPI precepto alguno que imponga tal obligación a los Estados Parte, ello habrá que deducirlo del derecho convencional y del derecho consuetudinario; G. WERLE. 2011, *loc cit*, pág. 144, quien considera que la obligación de perseguir crímenes internacionales ha cristalizado en derecho consuetudinario respecto de los Estados del *locus delicti* y del *iudex apprehensionis*, el resto tendrá el derecho de perseguir tales comportamientos punibles; M. M. EL ZEIDY. 2002, “The principle of complementarity: A new machinery to implement international criminal law”, en *Michigan Journal of International Law*, Vol. 23, pág. 947 y 948; K. AMBOS. 2009, “El marco jurídico...”, *loc cit*, pág. 38.

¹¹²⁶ A. SEIBERT-FOHR. 2003, “The relevance...”, *loc cit*, pág. 560.

Estados tengan ciertas obligaciones y deberes, que incluso habrían cristalizado en derecho consuetudinario¹¹²⁷.

3.2. ¿Puede la Corte Penal Internacional perseguir crímenes de guerra bajo el principio de jurisdicción universal?

La jurisdicción universal es una potestad, y en ocasiones obligación, que tienen los Estados, siendo ellos únicamente quiénes pueden o no ejercerla de conformidad con el derecho internacional¹¹²⁸. Sin embargo, la Corte Penal Internacional no es un Estado, es una institución permanente facultada para ejercer su jurisdicción sobre personas respecto de los crímenes de trascendencia internacional de conformidad con el ECPI y tendrá carácter complementario de las jurisdicciones penales nacionales, *ex art. 1 del ECPI*. De acuerdo con lo anterior, hemos de afirmar que la Corte Penal Internacional no tiene capacidad para aplicar el principio de jurisdicción universal¹¹²⁹, al no ser un Estado. Algún autor entiende que podría sostenerse la existencia de una supuesta delegación de los Estados Parte a la Corte Penal Internacional para que esta aplique la jurisdicción universal en los supuestos previstos en el art. 13.b) del ECPI¹¹³⁰. Otros, sí reconocen jurisdicción universal a la Corte Penal¹¹³¹, al tratarse de un sujeto de derecho internacional. ESCOBAR HERNÁNDEZ considera que la Corte Penal sí tiene jurisdicción universal al venir contemplada en el art. 13. b) del Estatuto de la CPI¹¹³², el cual establece que la Corte Penal «*conocerá de los crímenes regulados en el art. 5 cuando el CSNU, actuando con arreglo a lo dispuesto en el Capítulo VII de la Carta de*

¹¹²⁷ Cfr. Obligaciones derivadas de los Convenios de Ginebra de 1949 (art. 49 CGI, 50 CGII, 129 CGIII y 146 CGIV), del Convenio contra la tortura de 1984 (art. 4), Convenio de la prevención y sanción del genocidio de 1948 (art. 5), las cuales imponen obligaciones que forman parte del derecho consuetudinario.

¹¹²⁸ Entendemos que la jurisdicción obligatoria de los Convenios de Ginebra debe ser ejercida por toda la comunidad internacional, sin embargo la jurisdicción universal facultativa, sólo podrá ser llevada a cabo por los Estados que se hayan atribuido la competencia suficiente.

¹¹²⁹ E. LA HAYE. 2008, “*War crimes in internal armed conflicts*”, New York: Cambridge University Press, pág. 226.

¹¹³⁰ Cfr. O. BEKOU y R. CRYER. 2007, “The international criminal court and universal jurisdiction: a close encounter?”, en *International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 56, pág. 51 y ss.

¹¹³¹ Cfr. C. ESCOBAR HERNÁNDEZ. 2000, “Algunas reflexiones...”, *loc cit*, pág. 171 a 203.

¹¹³² *Ibidem*, pág. 181.

Naciones Unidas, remita al Fiscal una situación en que parezca haberse cometido uno o varios de esos crímenes». Del precepto anterior se deduce que no es necesario que el crimen se haya cometido en el territorio de un Estado Parte o su comisión haya sido llevada a cabo por un nacional del mismo. Sólo se requiere que el Consejo de Seguridad de Naciones Unidas, al entender que una determinada situación pone en peligro la seguridad y paz de la comunidad internacional, la remita al Fiscal de la Corte, dando igual la nacionalidad del autor o el territorio en dónde se haya cometido el delito¹¹³³. Si bien es cierto que el precepto analizado es conflictivo, al dejar abierta una vía al Consejo de Seguridad para incitar el enjuiciamiento de determinados crímenes internacionales, no es menos cierto que esta vía se asemejaría al principio de justicia universal, sin llegar a serlo. En mi opinión, nos encontramos ante una jurisdicción *sui generis*, con origen en el alcance universal de las decisiones del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas. Más bien podríamos hablar de una competencia universal, en lugar de una jurisdicción universal. En virtud de esta jurisdicción *sui generis* de alcance universal, la Corte Penal Internacional podrá conocer de crímenes internacionales cuyas normas de atribución de competencia le impedían a ello.

4. Consideraciones sobre la persecución universal de las violaciones graves del derecho internacional humanitario cometidas durante una contienda armada no internacional.

Actualmente, los conflictos armados más abundantes se producen en el mismo seno del Estado, es decir, estaríamos ante conflictos armados internos. Lo anterior conlleva que las violaciones graves del DIH que se cometan en estas contiendas armadas sólo podrán ser juzgadas por los tribunales del Estado territorial del *locus delicti*, por otros extranjeros en virtud del principio de

¹¹³³ Cfr. W. A. SCHABAS. 2010, “The International...”, *loc cit*, pág. 300. La remisión de la situación a la CPI determinará que el CSNU debe jugar en el mismo plano y con las mismas reglas que la CPI, es decir, no puede remitir situaciones que no sean de competencia de la CPI, ni puede pretender que se investiguen hechos cometidos por menores de 18 años, ni puede extender la competencia material del ECPI; cfr. Res. del CSNU 1593 (2005), de 31 marzo; cfr. *Situation in Darfur, Sudan*, Decision on application under the Rule 103 (ICC-02/05), 4 february 2009, pára. 31.

personalidad, por la Corte Penal Internacional si reúnen los presupuestos necesarios y por los tribunales *ad hoc* que se puedan crear para reprimirlos, como sucedió en Ruanda¹¹³⁴. Una excepción a lo dicho es que los Estados se atribuyan una jurisdicción universal facultativa para reprimir estas violaciones graves del DIH cometidas en contiendas armadas internas. Antaño se consideró que los crímenes de guerra eran territorio propio de los conflictos armados internacionales¹¹³⁵, incluso se dudó de que las violaciones graves del DIH cometidas en conflictos armados internos originasen responsabilidad penal¹¹³⁶. Todo esto cambió reconociéndose sin mayores problemas que la violación del art. 3 común y de ciertos preceptos del Protocolo Adicional II conllevarían responsabilidad penal¹¹³⁷, siendo considerados crímenes de guerra¹¹³⁸. Efectivamente, parece lógico que un mismo comportamiento reprochable y antijurídico sea considerado crimen de guerra con independencia del contexto bélico en el que nos encontremos¹¹³⁹. Ciertamente, no todos los comportamientos punibles en una contienda armada internacional son sancionables en una doméstica¹¹⁴⁰. Sin embargo, los tribunales *ad hoc* en ocasiones han manifestado que ciertas normas fundamentales de los conflictos armados internacionales pueden aplicarse en uno interno¹¹⁴¹.

4.1. El art. 3 común a los Convenios de Ginebra de 1949.

Las normas convencionales aplicables en los conflictos armados internos tienen su punto de partida en el art. 3 común a los Convenios de Ginebra, el cual resulta esencial a la hora de comprender el actual derecho

¹¹³⁴ E. LA HAYE. 2008, *loc cit*, pág. 216.

¹¹³⁵ G. METTRAUX. 2005, *loc cit*, pág. 130.

¹¹³⁶ T. MERON. 1995, “International Criminalization...”, *loc cit*, pág. 559.

¹¹³⁷ *Ibidem*, pág. 561.

¹¹³⁸ Cfr. G. METTRAUX. 2005, *loc cit*, pág. 131; cfr. E. LA HAYE. 2008, *loc cit*, pág. 317 y ss.; Y. SANDOZ. 2009, “The history...”, *loc cit*, pág. 677.

¹¹³⁹ Cfr. Y. SANDOZ. 2009, “The history...”, *loc cit*, pág. 678.

¹¹⁴⁰ Cfr. *Prosecutor v. Hadzihasanovic*, IT-01-47-AR72, Decision on interlocutory appeal challenging jurisdiction in relation to command responsibility 16 July 2003, pára. 12; cfr. G. METTRAUX. 2005, *loc cit*, pág. 131.

¹¹⁴¹ Cfr. Sentencia del TPIY (Appeal Chamber), de 20 de febrero de 2001, *Prosecutor v. Delalic et al*, IT-96-21-A, pára. 161; Cfr. G. METTRAUX. 2005, *loc cit*, pág. 132.

internacional humanitario¹¹⁴², ya que en aquél se recogen los principios básicos y elementales de esta rama del derecho. El art. 3 común se limita a una serie de comportamientos tasados que han de cometerse en el seno de un conflicto armado no internacional¹¹⁴³. El ámbito de aplicación personal es amplio ya que protege a la población civil y a las personas que han depuesto las armas o están fuera de combate, incluidos los detenidos, llegando a sostenerse que en caso de duda sobre la condición de una persona se la tendrá que considerar civil y por ende sujeta al referido art. 3 común¹¹⁴⁴. En síntesis, este precepto protege a las personas protegidas por el sistema de infracciones graves del DIH, así como a las personas protegidas por el Protocolo Adicional II¹¹⁴⁵. La CIJ llegó a definir el referido art. 3 común como aquellas *consideraciones elementales de humanidad*¹¹⁴⁶. Este precepto básico¹¹⁴⁷, podemos afirmar que forma parte del derecho consuetudinario¹¹⁴⁸, constituyendo una norma de *ius cogens* por la materia y valores que regula, afectando a la comunidad internacional su correcta aplicación. La violación del art. 3 común constituye un crimen de guerra que origina responsabilidad penal¹¹⁴⁹. Los injustos contenidos en el art. 3 común han sido tipificados en el art. 8.2.c) del ECPI, por lo que estaríamos ante un crimen de guerra susceptible de ser perseguido mediante la jurisdicción

¹¹⁴² J. S. PICET. 1952, “*Commentary Geneva Convention for the amelioration of the condition of the wounded and sick in armed forces in the field*”, Geneva: International Committee of the Red Cross, pág. 38, este autor llega a afirmar que el art. 3 común a los convenios de Ginebra es uno de los preceptos más importantes de los referidos convenios.

¹¹⁴³ Cfr. G. METTRAUX. 2005, *loc cit*, pág. 138.

¹¹⁴⁴ Cfr. *Ibidem*, pág. 136.

¹¹⁴⁵ Sentencia del TPIR (Trial Chamber), de 2 de septiembre de 1998, *Prosecutor v. Akayesu*, ICTR-96-4-T, pára. 629.

¹¹⁴⁶ Sentencia de la CIJ, de 26 de noviembre de 1986, caso *Nicaragua v. United States of America*, pára. 218.

¹¹⁴⁷ Cfr. G. METTRAUX. 2005, *loc cit*, pág. 134; el TPIR ha sostenido que tal artículo forma una especie de convención en miniatura que debe ser observada en todo momento por los Estados, cfr. Sentencia del TPIR (Trial Chamber), de 21 de mayo de 1999, *Prosecutor v. Kayishema y Ruzindana*, ICTR-95-1-T, pára. 165.

¹¹⁴⁸ E. LA HAYE. 2008, *loc cit*, pág. 52; M. PÉREZ GONZÁLEZ. 2006, “La protección de...”, *loc cit*, pág. 16; Sentencia del TPIR (Trial Chamber), de 2 de septiembre de 1998, *Prosecutor v. Akayesu*, ICTR-96-4-T, pára. 608 «*It is today clear that the norms of Common Article 3 have acquired the status of customary law in that most States, by their domestic penal codes, have criminalized acts which if committed during internal armed conflict, would constitute violations of Common Article 3*». Resulta apropiado indicar que la mayoría de los Estados han criminalizado en su ordenamiento jurídico los comportamientos prohibidos en el citado art. 3 común.

¹¹⁴⁹ *Prosecutor v. Tadic*, Decision of the defence motion for interlocutory appeal on jurisdiction del TPIY, 2 October 1995, pára. 134; L. MOIR. 2009, *loc cit*, pág. 766.

universal facultativa. En suma, las conductas reprochables del meritado precepto han evolucionado hasta convertirse en un crimen internacional. Sin perjuicio de que la finalidad de este precepto es garantizar un umbral mínimo de respeto a determinadas personas en una contienda armada doméstica, la jurisprudencia del TPIY ha manifestado que las violaciones del art. 3 común también pueden cometerse en conflictos armados internacionales¹¹⁵⁰.

4.2. Violaciones graves del Protocolo Adicional II.

Las violaciones graves del DIH que han cristalizado en derecho consuetudinario se encuentran tipificadas en el art. 8.2.c) y e) del ECPI¹¹⁵¹. Lo antedicho conlleva que todos los Estados tienen el derecho de enjuiciar la comisión de tales crímenes de guerra, aun cuando los mismos no hayan sido cometidos en su territorio y el responsable y víctima de los mismos no se nacional suyo. En definitiva, los Estados pueden aplicar la jurisdicción universal facultativa para perseguir estas violaciones graves del DIH cometidas en contiendas armadas domésticas¹¹⁵². La posición mantenida tiene su fundamento en el hecho de que ciertos preceptos del Protocolo Adicional II tienen una eficacia *erga omnes* y son normas imperativas. Sin embargo, la naturaleza consuetudinaria del PAII en su conjunto no ha sido confirmada por ningún tribunal internacional, siendo además muy debatida¹¹⁵³. Ahora bien, el Tribunal Penal Internacional para Ruanda en el caso *Akayesu* afirmó que era cierto que la totalidad del Protocolo Adicional II todavía no había alcanzado el *status* de norma consuetudinaria, pero también que no era menos cierto que existían determinados preceptos del mismo que sí podían haber cristalizado en normas de derecho consuetudinario¹¹⁵⁴. Entre tales principios se encontrarían el respeto por la dignidad humana, el respeto del principio de distinción y la

¹¹⁵⁰ Sentencia del TPIY (Appeal Chamber), de 20 de febrero de 2001, *Prosecutor v. Delalic et al*, IT-96-21-A, pára. 150; D. FLECK. 2009, “Shortcomings of...”, *loc cit*, pág. 839.

¹¹⁵¹ J.M. HENCKAERTS. 2009, “The grave...”, *loc cit*, pág. 690.

¹¹⁵² T. MERON. 2006, “The humanization...”, *loc cit*, pág. 137.

¹¹⁵³ E. LA HAYE. 2008, *loc cit*, pág. 53.

¹¹⁵⁴ Sentencia del TPIR (Trial Chamber), de 2 de septiembre de 1998, *Prosecutor v. Akayesu*, ICTR-96-4-T, pára. 609; cfr. G. METTRAUX. 2005, *loc cit*, pág. 139, quien defiende que varios preceptos del PAII son normas consuetudinarias en esencia.

prohibición de atacar a la población civil. El Tribunal *ad hoc* citado reconoció que el art. 4 del PAII formaba parte del derecho consuetudinario¹¹⁵⁵. El precepto citado evidencia la clara influencia que tiene en el derecho internacional humanitario el denominado derecho internacional de los derechos humanos, ya que en aquél se incorporan una serie de derechos esenciales que aparecen regulados en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Tales derechos sólo surtirán efecto entre aquellas personas que no participan directamente en las hostilidades o que han dejado de participar en ellas, por ejemplo, los heridos y enfermos. Igualmente, se advierte una manifiesta influencia del art. 3 común de los Convenios de Ginebra en el art. 4 del PAII, aunque puede apreciarse que la lista de actos prohibidos es más amplia en el Protocolo Adicional II que en el citado art. 3 común, lo que denota el progreso del DIH en esta materia¹¹⁵⁶. Los actos prohibidos en toda circunstancia, en relación con las personas protegidas por el art. 4 del PAII, son en su mayoría infracciones punibles en las legislaciones domésticas y muchos de ellos han sido tipificados en el art. 8.2.c) y e) del ECPI¹¹⁵⁷. Por ello, entiendo que el contenido básico de este artículo formaría parte del derecho consuetudinario. Igualmente, el art. 6 del PAII tiene una clara influencia del derecho internacional de los derechos humanos y está contenido, en parte, en el art. 8.2.c).iv) del ECPI. Lo anterior, unido a los valores que protege el art. 6 del PAII y los instrumentos internacionales en los que también se recogen estas garantías penales básicas, refrendaría la naturaleza consuetudinaria de esta norma¹¹⁵⁸.

¹¹⁵⁵ Sentencia del TPIR (Trial Chamber), de 2 de septiembre de 1998, *Prosecutor v. Akayesu*, ICTR-96-4-T, pára. 610; cfr. M. PÉREZ GONZÁLEZ. 2006, “La protección de...”, *loc cit*, pág. 17.

¹¹⁵⁶ J. S. PICET. 1987, “*Commentary on the Additional Protocols of 8 June 1977 to the Geneva Conventions of 12 August 1949*”, Geneva: International Committee of the Red Cross, pág. 1368 y 1372.

¹¹⁵⁷ Conviene significar que ciertos actos, entre ellos, la prohibición del terrorismo o las amenazas de realizar los actos prohibidos en el art 4 del PAII, no se han tipificado en el Estatuto de la CPI. Sin embargo, la mayoría de los comportamientos prohibidos en el art. 4 del PAII sí han sido tipificados en el Convenio de Roma, con la consecuente protección penal que garantiza esta medida a la población civil.

¹¹⁵⁸ Por ejemplo, el derecho a un proceso equitativo, es decir, imparcial, aparece contemplado en el art. 14 del PIDCP, en el art. 6 del CEDH, en el art. 8 de la Convención Americana de Derechos Humanos, en el art. 7 de la Carta Africana de Derechos Humanos, en el art. 10 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y en el art. 47 de la Carta de los Derechos

En cuanto a las violaciones graves del DIH cometidas en contiendas armadas internas y relacionadas con la vulneración del principio de distinción, conviene indicar que este principio constituye una de las piezas angulares del derecho internacional humanitario, a saber, la protección de la población civil frente a las contiendas armadas y las hostilidades que se derivan de la misma¹¹⁵⁹. La única forma existente para que la población civil pierda su protección es que participen directamente en las hostilidades. Por desgracia, la población civil normalmente suele ser objeto de numerosos ataques, convirtiéndose en uno de los principales objetivos de las partes en contienda¹¹⁶⁰. La forma en que han reaccionado algunos Estados ante ciertas acusaciones de atacar a la población civil durante conflictos armados internos, nos demuestra la importancia de esta norma y la compulsión que la misma puede ejercer¹¹⁶¹. El Consejo de Seguridad de Naciones Unidas en numerosas

Fundamentales de la Unión Europea. Asimismo, el juicio equitativo o imparcial no puede ser objeto de suspensión, cfr. Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, Observación General núm. 29. En cuanto a la *opinio iuris*, múltiples Estados han criminalizado la imposición de condenas de muerte o privativas de libertad mediante juicios imparciales, a consecuencia de actos cometidos durante una contienda armada interna. Por ejemplo, Alemania mediante el Código Penal Internacional de 2002 (art. 8.1.7), Irlanda mediante la *Geneva Conventions Act as amended* (1962), Section 4(1) and (4), Países Bajos mediante la *International Crimes Act* (2003), Article 6(1)(d); Noruega mediante *Military Penal Code as amended* (1902), § 108, España mediante el art. 611.3º del Código Penal.

¹¹⁵⁹ Cfr. J. JORGE URBINA. 2000, “*Protección de las víctimas de los conflictos armados. Naciones Unidas y derecho internacional humanitario*”, Valencia: Tirant Lo Blanch, pág. 232 y ss.; cfr. J.M. HENCKAERTS y L. DOSWALD-BECK, 2007, *loc cit*, pág. 3 y ss., quienes establecen como primera norma de derecho consuetudinario humanitario que «*las partes en conflicto deberán distinguir en todo momento entre personas civiles y combatientes. Los ataques solo podrán dirigirse contra combatientes. Los civiles no deben ser atacados*».

¹¹⁶⁰ Cfr. E. LA HAYE. 2008, *loc cit*, pág. 57.

¹¹⁶¹ E. LA HAYE. 2008, *loc cit*, pág. 58; cfr. *Prosecutor v. Tadic*, Decision of the defence motion for interlocutory appeal on jurisdiction del TPIY, 2 October 1995, pára. 101 y ss., según el TPIY, en la guerra civil española las partes en conflicto negaron en todo momento que ellos hubiesen atacado a la población civil, en el conflicto de Nigeria ocurrió un tanto de lo mismo, al igual que en el conflicto de Chechenia. En el conflicto armado interno del Congo del año 1964, el Gobierno legítimo del país se obligó a cumplir los principios básicos del DIH derivados de los Convenios de Ginebra, en concreto, la protección de la población civil. En el conflicto armado interno de Nigeria del año 1967, el gobierno del país promulgó la norma “*operational code of conduct for nigerian armed forces*”, en donde se indicó que las Fuerzas Armadas estaban obligadas a respetar las normas de los Convenios de Ginebra y a cumplir el principio de respetar a la población civil durante las acciones armadas. Incluso con posterioridad a la promulgación del PAII, en el conflicto existente en El Salvador, en el año 1988, el FMLN del Salvador se comprometió a respetar durante las acciones armadas lo dispuesto en el art. 3 común de los Convenios de Ginebra y el Protocolo Adicional II a dichos convenios; o en la contienda acaecida en Uganda, en el año 1986, en donde también se promulgó un código de conducta militar que tenían que observar las Fuerzas Armadas del país, relativo a la disciplina militar y debido comportamiento hacia la población civil (prohibición de

ocasiones se ha pronunciado sobre la obligación que tienen las partes en conflicto en las contiendas armadas internas de respetar los principios básicos del derecho internacional humanitario (prohibición de ataques indiscriminados contra la población civil, ataques sobre el personal de Naciones Unidas, sobre objetivos no militares, sobre áreas seguras y ciudades indefensas)¹¹⁶². La doctrina del Consejo de Seguridad, en relación con los últimos conflictos armados internos es uniforme y general, condenando los ataques sobre la población civil¹¹⁶³ y calificando tales comportamientos como graves violaciones del DIH que originan la responsabilidad penal. Lo antedicho demuestra que las violaciones graves de los preceptos relativos al principio de distinción, entre los cuales estarían el art. 11, 13, 16 y 17 del PAII, formarían parte del derecho consuetudinario¹¹⁶⁴, pudiendo por ello ser juzgados estos comportamientos punibles mediante la jurisdicción universal facultativa.

cualquier abuso, insulto, maltrato, asesinato...). Todo lo precitado afirma la idea de que las partes en conflicto en una contienda interna (entre las que se encuentra, normalmente, el Estado) se sienten obligadas a cumplir lo establecido en el art. 13 del PAII.

¹¹⁶² Las resoluciones del CSNU son numerosas, podemos citar en relación al conflicto de la antigua Yugoslavia, las siguientes: Res. 769 del CSNU de 7 de agosto de 1992, Res. 770 del CSNU de 13 de agosto de 1992, Res. 802 del CSNU de 25 de enero de 1993 y Res. 1009 del CSNU de 10 de agosto de 1995; en el conflicto de Ruanda la Res. 912 del CSNU de 21 de abril de 1994, Res. 935 del CSNU de 1 de julio de 1994; del conflicto de Somalia la Res. 794 del CSNU de 3 de diciembre de 1993; del conflicto de Liberia la Res. 950 de 21 de abril de 1994, la Res. 1001 de 30 de junio de 1995; del conflicto de Angola la Res. 804 de 29 de enero de 1993, la Res. 1237 de 7 de mayo de 1999; del conflicto de Afganistán la Res. 1193 de 28 de agosto de 1998, la Res. 1214 de 8 de diciembre de 1998, Res. 1894 (2009) de 11 de noviembre del CSNU, pára. 2. Asimismo, el CSNU se ha pronunciado sobre las consecuencias que se derivan de atacar a la población civil, las cuales pueden constituir una amenaza para la paz y la seguridad internacional, cfr. Res. 1894 (2009) de 11 de noviembre del CSNU, pára. 3. La AGNU también se pronunció sobre esta cuestión, en la Res. 2444 (XXIII) de 19 de diciembre de 1968, sobre el respeto de los derechos humanos en los conflictos armados, indicó que «*está prohibido lanzar ataques contra la población civil como tal*»; del mismo modo, en la Res. 2675 (XXV) de 9 de diciembre de 1970, afirmó que «*las poblaciones civiles como tales no deberán ser objeto de operaciones militares*». Como puede observarse, ya desde antes de la aprobación del PAII, la Asamblea General entendía que en el desarrollo de los conflictos armados internos se tenían que respetar una serie de normas esenciales cuya finalidad es salvaguardar a la población civil del flagelo de las hostilidades. Además, el Secretario General de las Naciones Unidas, también ha condenado en numerosas ocasiones los ataques producidos contra la población civil en el seno de una contienda armada interna, como ocurrió en los conflictos de Ruanda, Kosovo, Sierra Leona y Sudán, cfr. UN Doc. S/1994/640 de 31 de mayo; Doc. UN. S/1994/1125 de 4 de octubre, en relación al conflicto de Ruanda; Doc. UN. S/1998/834 de 4 de septiembre y Doc. UN. S/1999/779 de 12 de julio en relación al conflicto de Kosovo; Doc. UN. S/1998/836 de 30 de julio en relación al conflicto de Sierra Leona y, Un Doc. UN. S/2004/947 de 3 de diciembre, en relación al conflicto del Sudán.

¹¹⁶³ Cfr. E. LA HAYE. 2008, *loc cit*, pág. 63.

¹¹⁶⁴ El TPIY se ha pronunciado al respecto en diversas sentencias, cfr. Sentencia del TPIY (Trial Chamber), de 14 de enero de 2000, *Prosecutor v. Kupreskic et al*, IT-95-16-T, pára. 521,

4.3. Jurisdicción universal facultativa sobre las violaciones graves del derecho internacional humanitario cometidas en un conflicto armado interno.

Durante la elaboración de los Convenios de Ginebra los Estados se negaron a regular un sistema de represión penal universal en relación a las infracciones graves del DIH cometidas en un conflicto interno, ya que ello podría conllevar una intromisión ilegítima en la soberanía estatal. De ahí que surgiese la creación del art. 3 común, precepto que intentó paliar los defectos normativos relativos a las contiendas armadas domésticas¹¹⁶⁵. Las infracciones y violaciones graves del DIH en los conflictos armados internos no fue criminalizada, a diferencia de las cometidas en una contienda internacional¹¹⁶⁶. A pesar de lo indicado existen ciertos instrumentos internacionales que conceden jurisdicción universal a los Estados para perseguir determinadas violaciones graves del DIH. De una parte, la Convención de Nueva York de 1994 sobre la seguridad del personal de las Naciones Unidas y del personal asociado, en su art. 10.4 prevé la jurisdicción universal territorial de carácter supletoria o subsidiaria, dependiendo del caso. De otra parte, el art. 16 y 22 del Protocolo II a la Convención sobre protección de bienes culturales de 1954, faculta a los Estados a perseguir a los responsables de los injustos contenidos en el convenio cometidos en una contienda armada no internacional si están presentes en su territorio, con independencia de su nacionalidad y del lugar en

en donde indicó que la protección de los civiles en tiempos de guerra, ya sea por una contienda internacional o interna constituye la piedra angular del actual derecho humanitario; cfr. Sentencia del TPIY (Appeal Chamber), de 29 de julio de 2004, *Prosecutor v. Blaskic*, IT-95-14-A, pára. 109, en donde sostuvo que hay una prohibición absoluta en el derecho internacional consuetudinario de atacar a la población civil; cfr. *Prosecutor v. Pavle Strugar*, IT-01-42-PT, Trial Chamber decision on defence preliminary motion challenging jurisdiction, 7 June 2002, pára. 21; confirmada posteriormente por la Appeal Chamber decision on interlocutory appeal de 22 de noviembre del 2002, IT-01-42-AR72, pára. 10, afirmó que no había dudas de que el art. 51 y 52 del PAI y el art. 13 del PAII constituía una reafirmación y reformulación, no mucho antes de la acusación interpuesta, de la existencia de ciertas normas de derecho internacional consuetudinario, que prohíben los ataques sobre personas y bienes civiles.

¹¹⁶⁵ R. CRYER *et al* 2008, *loc cit*, pág. 227; cfr. T. MERON. 1995, “International Criminalization...”, *loc cit*, pág. 554.

¹¹⁶⁶ E. LA HAYE. 2008, *loc cit*, pág. 224; R. CRYER *et al* 2008, *loc cit*, pág. 230.

donde hayan cometido la infracción, se trataría de una jurisdicción universal territorial y corregida al no afectar a todas las infracciones del Protocolo¹¹⁶⁷.

Sin embargo, si efectuamos una lectura pausada del contenido del art. 3 común y de ciertos preceptos del Protocolo Adicional II, podemos observar que el contenido básico de éstos aparece contemplado en los Convenios de Ginebra de 1949 y en el Protocolo Adicional I. En virtud de todo esto, no podemos dejarnos guiar exclusivamente por una interpretación restrictiva, sesgada y limitada de los principales convenios del DIH. Tenemos que pensar que muchas normas de los conflictos armados internos son actualmente parte del derecho consuetudinario, y además, normas imperativas y obligatorias para todas las partes en conflicto, derivándose de ello la posibilidad de que los Estados se atribuyan una jurisdicción universal para reprimir tales comportamientos atroces. Los Estados tienen el derecho de juzgar las violaciones graves del DIH cometidas en conflictos armados no internacionales, principalmente, los comportamientos tipificados en el art. 8.2.c) y e) del ECPI. No se trataría de una obligación, sino de una facultad¹¹⁶⁸, toda vez que no hay norma internacional alguna que lo prohíba¹¹⁶⁹. Además, la aprobación del Estatuto de la CPI y la tipificación como crímenes

¹¹⁶⁷ E. LA HAYE. 2008, *loc cit*, pág. 227; J. M. GARCÍA LABAJO. 2007, *loc cit*, pág. 704.

¹¹⁶⁸ Cfr. M^a. D. BOLLO AROCENA. 2004, *loc cit*, pág. 381; como apunto el Juez RÖLING, una de las principales diferencias entre las infracciones graves del DIH y aquellas otras que no lo son, es que las primeras obligan a los Estados a reprimirlas y las segundas sólo conllevan una facultad o potestad para ello, cfr. B.V.A. RÖLING. 1960, “The law of war...”, *loc cit*, pág. 342. El TPIY llegó a sostener que la costumbre internacional podría conllevar que el sistema de represión universal obligatoria de los Convenios de Ginebra llegase a ser de aplicación a los conflictos armados internos, cfr. *Prosecutor v. Dusko Tadic*, Decision on the defence motion for interlocutory appeal on jurisdiction, 2 October 1995, pára. 80, el TPIY sostuvo que el sistema de justicia universal obligatorio no era de aplicación a los conflictos armados internos, pero con respecto a otro tipo de jurisdicción no obligatoria dejó las puertas abiertas. Este hecho es relevante toda vez que en virtud del art. 8 del Estatuto del TPIR los tribunales nacionales tenían jurisdicción para conocer de las violaciones graves del DIH cometidas en Ruanda en un determinado período de tiempo (único requisito impuesto, sin hacer mención alguna a la nacionalidad de la víctima o del responsable penal, así como del lugar de comisión del hecho punible); cfr. M^a. D. BOLLO AROCENA. 2004, *loc cit*, pág. 382; M. BOTHE. 1994, “War crimes in non international armed conflicts”, en *Israel Yearbook of Human Rights*, Vol. 24, pág. 247 y; C. MEINDERSMA. 1995, “Violations of Common Article 3 of the Geneva Conventions as Violations of the Laws or Customs of War under Article 3 of the Statute of the International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia”, en *Netherlands International Law Review*, Vol. XLII, pág. 375 y ss.

¹¹⁶⁹ *Prosecutor v. Dusko Tadic*, Decision on the defence motion for interlocutory appeal on jurisdiction, 2 October 1995, pára. 80.

internacionales de determinados crímenes de guerra cometidos en contiendas armadas no internacionales, refrendaría la facultad de los Estados para perseguir universalmente estos injustos. Nos encontraríamos ante una aceptación universal de esta potestad¹¹⁷⁰, aunque la *praxis* de los Estados no sea bien distinta, ya que no suelen aplicar la jurisdicción universal facultativa para perseguir estos crímenes de guerra.

Como se ha sostenido, la jurisdicción universal es un título jurisdiccional excepcional que solamente puede utilizarse para determinados hechos punibles, normalmente, los crímenes internacionales que perjudican a la comunidad internacional. Las violaciones graves del DIH que son constitutivas de crímenes de guerra cometidas en conflictos armados internos ponen en peligro, amenazan y perjudican a la sociedad internacional, de igual forma que los llevados a cabo en contiendas armadas internacionales, de ahí que no deba resultar extraño la posibilidad de que los Estados se atribuyan competencia universal para enjuiciar estos crímenes. Evidentemente, este tipo de jurisdicción debe ser supletoria respecto de la competencia territorial que debe aplicar el Estado del *locus delicti*, pero en el supuesto en que los mismos no sean perseguidos por cualquier circunstancia (falta de medios económicos, materiales o personales, falta de interés de político, etc.), terceros Estados podrían perseguirlos. La legitimación para perseguirlos deberá estar contemplada en la legislación interna, ya que actualmente el derecho internacional convencional no contempla de forma global la justicia universal en relación con los crímenes de guerra en contiendas armadas domésticas, a excepción del referido párrafo 3º del art. 146 del GIV¹¹⁷¹, de la Convención de Nueva York de 1994 sobre la seguridad del personal de las Naciones Unidas y del personal asociado y del Protocolo II a la Convención sobre protección de bienes culturales de 1954¹¹⁷², los cuales se refieren a unos delitos concretos. El

¹¹⁷⁰ C. KREß. 2009, “Reflections on...”, *loc cit*, pág. 794 y ss.

¹¹⁷¹ Hemos de significar que dentro de las medidas oportunas para hacer cesar aquellas otras violaciones del DIH distintas de las infracciones graves, evidentemente deberían incluirse medidas judiciales, aparte de cualquier otra que los Estados considerasen oportuna; cfr. T. MERON. 2006, “The humanization...”, *loc cit*, pág. 126.

¹¹⁷² J. M. GARCÍA LABAJO. 2007, *loc cit*, pág. 706.

único precepto internacional del que podría derivarse cierta legitimación, lo encontramos en el art. 9 del Estatuto del TPIY y en el art. 8 del Estatuto del TPIR, los cuales contemplan la jurisdicción concurrente de los tribunales internacionales *ad hoc* y los tribunales nacionales¹¹⁷³. El cumplimiento del derecho internacional humanitario no depende exclusivamente de los tribunales internacionales, éstos no pueden sustituir a los tribunales estatales que son quienes tienen la competencia primaria para juzgar tales violaciones graves del DIH¹¹⁷⁴. En cumplimiento de lo dispuesto en el Preámbulo del Estatuto de la CPI y a fin de homogeneizar la legislación penal interna del Estado con lo dispuesto en dicho Estatuto, se han aprobado por los Estados Parte numerosas leyes que implementan los crímenes de guerra contemplados en el Convenio de Roma dentro de su ordenamiento jurídico, atribuyéndose incluso una jurisdicción universal, normalmente con base en el *iudex apprehensionis*¹¹⁷⁵.

En resumen, los Estados tienen derecho a atribuirse jurisdicción para conocer de las violaciones graves del DIH cometidas en un conflicto armado no internacional, incluyendo la jurisdicción universal facultativa, además de

¹¹⁷³ Asimismo, tenemos que tener en cuenta que la legitimación que podría deducirse de los Estatutos del TPIY y del TPIR, con base en la jurisdicción concurrente, está limitada a las violaciones graves cometidas en dichos territorios y durante un período de tiempo muy determinado. Por ello, no es base suficiente dicha jurisdicción concurrente para defender una legitimación expresa del derecho internacional para perseguir tales crímenes, aunque no podemos omitir la importancia del precepto, el cual sí apunta a ciertos cambios en la persecución de las violaciones graves del DIH en las contiendas armadas no internacionales. A mayor abundamiento, la resolución del Institute of International Law de 26 de agosto del 2005, establece que la jurisdicción universal puede ser utilizada para la persecución de graves violaciones del DIH ocurridas en el seno de contiendas armadas internas, que recordemos son actualmente más usuales que las internacionales. Asimismo, hemos de recordar que es una obligación de los Estados el reprimir las violaciones del art. 3 común, todo ello en virtud de lo dispuesto en el art. 1 de los Convenios de Ginebra (el compromiso de las partes de *respetar y hacer respetar el convenio en todas circunstancias*), el cual es de aplicación a los conflictos no internacionales, tal y como indicó la CIJ en el caso *Nicaragua Nicaragua v. United States of America*, sentencia de la CIJ, de 26 de noviembre de 1984, pára. 114; cfr. T. MERON. 2006, “The humanization...”, *loc cit*, pág. 126; E. LA HAYE. 2008, *loc cit*, pág. 225.

¹¹⁷⁴ T. MERON. 1995, “International Criminalization...”, *loc cit*, pág. 555; cfr. J. M. GARCÍA LABAJO. 2007, *loc cit*, pág. 706, quien en relación a ciertas infracciones sobre la protección de bienes culturales defiende la primacía de los tribunales nacionales para juzgarlas frente a otras instancias judiciales, con base en el Protocolo II de 1999 de protección de bienes culturales.

¹¹⁷⁵ Cfr. Nueva Zelanda, International Crimes and International Criminal Court Act 2000, section 8.1.c); Australia, International Criminal Court Act 2002, art. 8.2.c); Trinidad y Tobago, International Criminal Court Act 2006, section 8.1.c); Canada, Crimes Against Humanity and War Crimes Act 2000, section 8; Surafrica, International Criminal Court Act 2002, art 4.3 y 5; Países Bajos, International Crimes Act 2003, section 2.

otros títulos jurisdiccionales de carácter extraterritorial¹¹⁷⁶. En particular, los crímenes de guerra de los que podría conocer un Estado a través de la justicia universal serían los contemplados en el art. 8.2 c) y e) del ECPI, toda vez que las normas internacionales que prohíben estos comportamientos han alcanzado el *status* de *ius cogens*, teniendo una eficacia *erga omnes*¹¹⁷⁷, por lo que cualquier persona que cometiese tales comportamientos punibles sería responsable penal de los mismos¹¹⁷⁸. Ahora bien, la jurisdicción universal facultativa para los crímenes de guerra cometidos en contiendas armadas internas, entiendo que debería estar sujeta a los siguientes presupuestos:

- i. Que no exista procedimiento penal alguno en curso en el territorio en donde se cometió el hecho punible, en el territorio de la nacionalidad de alguna de las víctimas o del responsable del crimen o en un tribunal penal internacional; se trataría de una jurisdicción universal subsidiaria. En el caso de que se niegue la extradición del responsable, nos hallaríamos ante una jurisdicción universal territorial supletoria.
- ii. Que no haya sido ya juzgado el responsable. El proceso penal radicado ha tenido que ser efectivo, imparcial y no estar sujeto a fraude de ley, es decir, con la finalidad de buscar la impunidad del responsable.
- iii. Que el acusado esté presente en el territorio del Estado que pretende juzgarlo¹¹⁷⁹; se trataría de una jurisdicción universal territorial.

¹¹⁷⁶ Cfr. M^a. D. BOLLO AROCENA. 2004, *loc cit*, pág. 383.

¹¹⁷⁷ A. CULLEN. 2008, *loc cit*, pág. 444; G. WERLE. 2005, *loc cit*, pág. 440.

¹¹⁷⁸ G. WERLE. 2005, *loc cit*, pág. 447.

¹¹⁷⁹ Cfr. A. CASSESE. 2003, "Is the bell...", *loc cit*, pág. 593; E. LA HAYE. 2008, *loc cit*, pág. 255.

CAPÍTULO OCTAVO: LÍMITES DE LA JURISDICCIÓN UNIVERSAL.

Un sistema ideal de justicia mundial conllevaría la completa impunidad de los responsables de crímenes internacionales, siendo juzgados con todas las garantías penales correspondientes. Esto, por causas evidentes, es un mero deseo muy difícil de conseguir, de ahí la creación de una Corte Penal Internacional que persiga estos injustos cuando fallen las instancias nacionales, circunstancia muy habitual por desgracia. Ante esta perspectiva, huelga afirmar que las potestades de los tribunales nacionales en aplicación de la jurisdicción universal no son ilimitadas, al tener que respetar ciertos principios del derecho internacional, entre los que podemos destacar la inmunidad de los Jefes de Estado o altos cargos políticos, el principio *non bis in ídem* y la institución de la prescripción. El Estado que pretenda aplicar la jurisdicción universal deberá observar estas reglas, al tratarse de un órgano jurisdiccional estatal que actúa en el mismo plano de jerarquía que el resto de Estados.

1. La inmunidad de jurisdicción.

1.1. Introducción.

El principio de jurisdicción universal constituye una de las herramientas más importantes para impedir la impunidad de los crímenes internacionales¹¹⁸⁰. En muchas ocasiones se ha cuestionado si la verdadera responsabilidad de los crímenes internacionales radica en las personas que los han llevado a cabo o en las personas que los han incitado u ordenado cometer. En definitiva, los

¹¹⁸⁰ Cfr. A. SÁNCHEZ LEGIDO. 2004, *loc cit*, pág. 336 a 379; H. HORMAZABAL MALARÉE. 2000, “La inmunidad del Jefe de Estado”, en *Crimen Internacional y Jurisdicción Universal, El caso Pinochet*, Coord. M. GARCÍA ARÁN, Valencia: Tirant Lo Blanch, pág. 163 a 176; S. WIRTH. 2002, “Immunity for core crimes? The ICJ’s judgment in the Congo v. Belgium case”, en *European Journal of international law*, Vol. 13, nº 4, pág. 877 a 893; A. CASSESE. 2002, “When may senior state officials be tried for international crimes? Some comments of the Congo v. Belgium case”, en *European Journal of international law*, Vol. 13, nº 4, pág. 853 a 875; Doc. UN. A/CN.4/596 “Inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado” y J. JORGE URBINA. 2005, “Las inmunidades de jurisdicción penal de los órganos del Estado en el contexto de la represión de las violaciones del derecho internacional humanitario”, en *Revista Española de Derecho Militar*, Vol. 86, pág. 315 a 362.

grandes líderes o dirigentes políticos/militares que con su comportamiento o actitud han permitido, incitado o encomendado la comisión de tales injustos. En este punto juega un papel importante la denominada inmunidad jurisdiccional penal de los representantes de Estado, la cual actúa como límite al principio de justicia universal¹¹⁸¹, impidiendo que se enjuicie al presunto responsable sólo por el hecho de ostentar una jefatura de Estado o un alto cargo del mismo. La definición de inmunidad está vinculada al concepto de jurisdicción, toda vez que aquélla es una excepción a ésta¹¹⁸². La inmunidad funciona como barrera o impedimento para el ejercicio de la jurisdicción por parte de un Estado¹¹⁸³, particularmente, con respecto a la competencia jurisdiccional y la competencia de ejecución¹¹⁸⁴. La finalidad de la inmunidad es evitar que un Estado pueda ejercer su jurisdicción contra la persona que disfruta de la misma. Así pues, se trata de una prerrogativa de la cual gozan determinadas autoridades de un Estado, en concreto, los Jefes de Estado, Jefes de misión diplomática, agentes diplomáticos, Ministros de Asuntos Exteriores, cónsules, etc. Todas las autoridades precitadas representan a un Estado dentro del territorio de otro tercero¹¹⁸⁵.

La inmunidad del Jefe de Estado se remonta al siglo XVI¹¹⁸⁶, reconociéndose a éste el privilegio de no tener que responder penalmente por los actos que cometía u ordenaba, fueren cuales fueren los mismos. Normalmente, se fundamentaba en tratados internacionales firmados entre Estados, de ahí que las raíces de la inmunidad se encuentren en el derecho internacional¹¹⁸⁷. Las sociedades necesitaban que sus representantes no tuviesen impedimentos legales para poder entablar relaciones con otras semejantes, por ello ofrecían una protección penal. Ahora bien, si no resulta

¹¹⁸¹ I. BLANCO CORDERO. 2007, "Report General...", *loc cit*, pág. 137.

¹¹⁸² A. ZAHAR y G. SLUITER. 2008, *loc cit*, pág. 503.

¹¹⁸³ Cfr. I. BANTEKAS y S. NASH. 2007, *loc cit*, pág. 100.

¹¹⁸⁴ Un. Doc. AGNU A/CN.4/596, pára. 15.

¹¹⁸⁵ Cfr. Sentencia de la CIJ, de 14 de febrero de 2002, caso *Arrest Warrant*, pára. 51.

¹¹⁸⁶ H. HORMAZABAL MALARÉE. 2000, *loc cit*, pág. 165.

¹¹⁸⁷ Cfr. R. CRYER *et al* 2008, *loc cit*, pág. 422; B. BROOMHALL. 2003, "International Justice...", *loc cit*, pág. 129.

extraño sostener que esta figura forma parte del derecho consuetudinario¹¹⁸⁸, constituyendo asimismo una norma *erga omnes*, no podemos decir lo mismo en relación a su posible naturaleza *ius cogens*, toda vez que dicha inmunidad, como veremos, está sujeta a posibles excepciones¹¹⁸⁹.

De esta manera, la inmunidad de las altas autoridades gubernamentales se ha implementado en diversos tratados internacionales. Por ejemplo, el art. 31 y 39.2 de la Convención de Viena, de 18 de abril de 1968, sobre relaciones diplomáticas, garantiza la inmunidad de jurisdicción penal del Estado receptor del agente diplomático. El art. 43 de la Convención de Viena, de 24 de abril de 1963, sobre relaciones consulares otorga inmunidad de jurisdicción penal al funcionario consular. Por último, el art. 31 de la Convención sobre las Misiones Especiales, de 16 de diciembre de 1969, concede inmunidad jurisdiccional a los representantes de Estado y miembros del personal diplomático. Así pues, puede apreciarse que la comunidad internacional tiende a garantizar la inmunidad de las altas representaciones estatales en su territorio. En cuanto al derecho interno, normalmente se respeta esta inmunidad¹¹⁹⁰. Se debe significar que en relación al Jefe de Estado, sólo el art. 21.1 de la Convención de 16 de diciembre de 1969 sobre misiones especiales, establece una pequeña regulación, al indicar que «*El Jefe del Estado que envía, cuando encabece una misión especial, gozará en el Estado receptor o en un tercer Estado de las facilidades y de los privilegios e inmunidades reconocidas por el derecho internacional a los Jefes del Estado en visita oficial*». Sin embargo, a pesar de la escasa regulación obrante en el ordenamiento internacional es

¹¹⁸⁸ Cfr. W. A. SCHABAS. 2010, “The International...”, *loc cit*, pág. 449.

¹¹⁸⁹ T. STEIN. 2006, “Limits of International law Immunities for Senior Officials in criminal procedure”, en *The Fundamental Rules of the International Legal Orders (ius cogens and obligations erga omnes)*, Editores: C. TOMUSCHAT y J.M. THOUVENIN, Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, pág. 249; la CIJ en el momento de resolver sobre la inmunidad de jurisdicción del Ministro de Asuntos Exteriores del Congo, afirmó que tenía que aplicar la costumbre internacional para decidir sobre el caso, ya que no había convenios internacionales al respecto, cfr. Sentencia de la CIJ, de 14 de febrero de 2002, caso *Arrest Warrant*, pára. 52.

¹¹⁹⁰ Un ejemplo de lo referido es el caso español, cuyo art. 21.2 de la LOPJ dispone que «*Se exceptúan los supuestos de inmunidad de jurisdicción y de ejecución establecidos por las normas del Derecho Internacional Público*». Del precepto mencionado se deduce que los tribunales españoles no son competentes para enjuiciar un crimen internacional cometido por una persona protegida internacionalmente mediante la inmunidad, siendo, en principio, los tribunales competentes los del país de dicha persona.

costumbre internacional que el Jefe de Estado, el Jefe de Gobierno y el Ministro de Asuntos Exteriores gocen de inmunidad jurisdiccional, toda vez que sus actos mientras están al frente del Estado se consideran actos soberanos y en virtud de ello, cualquier actuación judicial contra los mismos podría considerarse como una intromisión en los asuntos internos de un Estado soberano¹¹⁹¹. Lo referido arroja muchas dudas. La mayoría de los crímenes más atroces se han cometido desde las cúspides del poder y con el consentimiento de los más altos representantes del Estado, quiénes tienen el deber de proteger a su pueblo y no de flagelarlo con la comisión de crímenes internacionales. Por ello, si consideramos que la inmunidad de las personalidades antedichas es absoluta podrían quedar impunes los crímenes cometidos, constituyendo una salvaguarda inconcebible tal inmunidad¹¹⁹². Ciertamente, aquí radica el principal problema de la inmunidad, ya que constituye un barrera que hace que la persona sea inviolable penalmente ante los tribunales nacionales mientras ocupe el cargo oficial que le concede tal inmunidad. Todo lo contrario ocurre con los tribunales penales internacionales, es decir, con la jurisdicción penal internacional.

1.2. Antecedentes de la irrelevancia del cargo oficial ante tribunales penales internacionales.

El primer antecedente sobre la irrelevancia del cargo oficial lo constituye el Tratado de Versalles de 1919, en cuyo art. 227 se preveía el enjuiciamiento del Kaiser Guillermo II¹¹⁹³. Más tarde, el Estatuto del TMIN volvió a omitir la relevancia del cargo del presunto criminal en su art. 7¹¹⁹⁴ y el art. 6 del Estatuto del TMILO también mantuvo la misma posición. Estos preceptos sirvieron para condenar a un Jefe de Estado, el Almirante K. Dönitz, quién sucedió a Hitler tras su muerte y hasta el fin de la guerra nueve

¹¹⁹¹ G. WERLE. 2005, *loc cit*, pág. 287.

¹¹⁹² Cfr. G. WERLE. 2005, *loc cit*, pág. 286 y 287.

¹¹⁹³ T. STEIN. 2006, *loc cit*, pág. 251.

¹¹⁹⁴ F. PIGNATELLI y MECA. 2003, “El Estatuto...”, *loc cit*, pág. 60, el art. 7 del Estatuto del TMIN establecía que «La posición oficial de los acusados, sea como jefes de estado o como funcionarios de responsabilidad en dependencias gubernamentales, no será considerada como excusa eximente para librarles de responsabilidad o mitigar el castigo».

días después¹¹⁹⁵. Los preceptos anteriores se convirtieron en Principios de Derecho Internacional mediante la Resolución 95 (I), de 11 de diciembre de 1946, de la AGNU¹¹⁹⁶, de ahí su importancia. Además, la sentencia del TMIN confirmó la irrelevancia del cargo oficial del acusado por crímenes internacionales¹¹⁹⁷. El Proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad de 1996 también incorporó el principio de irrelevancia del cargo oficial, aspecto que nos conduciría a pensar que el mismo podría en dicho momento, es decir, en el año 1996, haberse convertido en una norma consuetudinaria, todo ello en relación con la justicia penal internacional¹¹⁹⁸.

Los estatutos de los tribunales penales internacionales *ad hoc* siguieron la misma posición que el Estatuto del TMIN. Tanto el art. 7.2 del Estatuto del TPIY como el art. 6.2 del Estatuto del TPIR regularon la irrelevancia del cargo oficial¹¹⁹⁹. Así pues, podemos afirmar que para la justicia penal internacional tiene poca importancia el cargo que ocupa el responsable en el momento en el cual cometió el crimen internacional, prevaleciendo en todo caso los bienes jurídicos protegidos que se han lesionado o puesto en peligro¹²⁰⁰. De acuerdo con tales disposiciones se llegó a condenar al Primer Ministro del gobierno provisional ruandés, *J. Kambanda*¹²⁰¹ y se sostuvo acusación contra un Jefe de Estado en ejercicio, *Slovan Milosevic*¹²⁰². Asimismo, el Tribunal Penal

¹¹⁹⁵ A. SÁNCHEZ LEGIDO. 2004, *loc cit*, pág. 341.

¹¹⁹⁶ J. JORGE URBINA. 2005, “Las inmunidades...”, *loc cit*, pág. 333 y 334.

¹¹⁹⁷ Cfr. “Judgment of Nüremberg”. 1947, *loc cit*, pág. 221.

¹¹⁹⁸ El art. 7 del PCCPSH establecía que «*El carácter oficial del autor de un crimen contra la paz y seguridad e la humanidad, incluso si actuó como Jefe de Estado o de gobierno, no le eximirá de responsabilidad criminal ni atenuará su castigo*». La CDI comentó sobre dicho principio que «*sería paradójico que los individuos que son, en ciertos aspectos, los mayores responsables de los crímenes previstos en el Código puedan invocar la soberanía del Estado y ocultarse detrás de la inmunidad que les confieren sus funciones, tanto más cuando se trata de crímenes odiosos que atentan contra la conciencia de la humanidad, violan algunas de las reglas más fundamentales del derecho internacional y amenazan la paz y seguridad internacional*», Un. Doc. A/51/10, pára. 57.

¹¹⁹⁹ Dichos preceptos de manera idéntica afirman que «*El cargo oficial que desempeñe el inculgado, ya sea de Jefe de Estado o de Gobierno, o de funcionario responsable del gobierno, no le eximirá de responsabilidad penal ni le atenuará la pena*».

¹²⁰⁰ A. ZAHAR y G. SLUITER. 2008, *loc cit*, pág. 504.

¹²⁰¹ Sentencia del TPIR (Trial Chamber), de 4 de septiembre de 1998, *Prosecutor v. J. Kambanda*, ICTR-97-23-S, pára. 44.

¹²⁰² *Prosecutor v. S. Milosevic*, acusación de fecha 24 de mayo de 1999 (TPIY).

Internacional para Yugoslavia en el caso *Blaskic*¹²⁰³ afirmó que la regla en virtud del cual un Estado tiene derecho a exigir que los actos realizados por uno de sus órganos en el marco de sus funciones oficiales sea atribuido al Estado, de forma que el individuo quede inmune «*está establecido en el derecho internacional y está basado en la soberanía igualitaria de los Estados (par in parem non habet imperium). Las pocas excepciones relacionadas con dicho principio surgen de normas internacionales que prohíben los crímenes de guerra, los crímenes contra la humanidad y el genocidio. Bajo dichas normas, los responsables de tales delitos no pueden invocar inmunidad de jurisdicción nacional o internacional incluso si cuando perpetraron dichos crímenes actuaban bajo actos oficiales*». También el Estatuto del Tribunal Especial de Sierra Leona, en su art. 6.2, reconoce la posibilidad de juzgar a una autoridad estatal. Sin ir más lejos en el caso *Charles Taylor*, la Sala de Apelaciones señaló que el principio de la inmunidad de los Estados surge de la igualdad de los Estados soberanos, careciendo de relevancia para los tribunales penales internacionales que no son órganos del Estado sino que derivan sus mandatos de la comunidad internacional¹²⁰⁴. Igualmente, el Estatuto del Tribunal Especial de Timor Oriental (art. 2.1) y el Estatuto del ECCC (art. 29) reconocen la irrelevancia del cargo oficial del acusado.

Por último, el Estatuto de la CPI también regula la irrelevancia del cargo oficial en el art. 27¹²⁰⁵. De este precepto parece desprenderse la idea de

¹²⁰³ Sentencia del TPIY (Trial Chamber), de 3 de marzo de 2000, *Prosecutor v. Blaskic*, IT-95-14-T, pára. 41.

¹²⁰⁴ *Prosecutor v. Charles Taylor*, relativa a la inmunidad de jurisdicción, decisión 31 de mayo de 2004, pára. 43 a 53; P. GAETA. 2009, “Does President Al Bashir enjoy immunity from arrest?”, en *Journal of International Criminal Justice*, n° 7, pág. 317. Conviene significar que el SCSL es un tribunal mixto, creado bajo la aquiescencia de Sierra Leona, es decir, la posibilidad de juzgar a un alto cargo con independencia del cargo que ostenta proviene tanto del derecho internacional como nacional. Se ha procedido a formalizar una renuncia de la concesión de la inmunidad de la cual gozan tales altos cargos del Estado.

¹²⁰⁵ El art. 27 del ECPI establece que «*El presente Estatuto será aplicable por igual a todos sin distinción alguna basada en el cargo oficial. En particular, el cargo oficial de una persona, sea Jefe de Estado o de Gobierno, miembro de un gobierno o parlamento, representante elegido o funcionario de gobierno, en ningún caso la eximirá de responsabilidad penal ni constituirá per se motivo para reducir la pena. 2. Las inmunidades y las normas de procedimiento especiales que conlleve el cargo oficial de una persona, con arreglo al derecho interno o al derecho internacional, no obstarán para que la Corte ejerza su competencia sobre ella*».

que la inmunidad del Jefe de Estado no es obstáculo alguno para que la Corte Penal internacional enjuicie los crímenes internacionales cometidos por éste, mientras estaba al frente del Estado. Empero lo antedicho, si observamos lo establecido en el art. 98 del ECPI, podremos apreciar que tal irrelevancia del cargo no es absoluta, ya que la cooperación con terceros Estados, en relación a la detención o entrega de Jefes de Estado, no podrá llevarse a cabo si el Estado requerido debe incumplir las obligaciones derivadas de la inmunidad de un Estado¹²⁰⁶. A pesar de ello, la Corte Penal Internacional tiene la facultad para enjuiciar a Jefes de Estado, eso sí, según una parte de la doctrina, sólo para aquellos que lo sean de Estados Parte en el Convenio de Roma, toda vez que los Jefes de Estado no Parte, no podrán ser perseguidos por la Corte Penal, al prevalecer la costumbre internacional sobre el convenio a la que en ningún momento renunciaron dichos Estados¹²⁰⁷. Empero lo dicho, en el caso *Al Bashir* la Sala de Cuestiones Preliminares, sostuvo que la posición de la persona acusada como Jefe de un Estado no parte, no afectaba a la jurisdicción de la CPI en el caso a resolver¹²⁰⁸. La Corte Penal Internacional fundamentó su decisión en cuatro argumentos. El primero de ellos, a fin de alcanzar el objetivo establecido en el preámbulo del Estatuto de la CPI relativo a que los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional no quedasen sin castigo¹²⁰⁹. El segundo, se basó principalmente en una lectura somera del art. 27 del Convenio de Roma, sin más explicación¹²¹⁰. El tercero trae causa del art. 21 del ECPI, al sostener que aquellas otras fuentes del derecho internacional distintas al Convenio sólo se aplicarán cuando haya una laguna jurídica en éste y la misma no pueda resolverse mediante criterios de interpretación lógicos y razonables, en concreto, los contemplados en los art.

¹²⁰⁶ A. GIL GIL. 2008, “Informes nacionales...”, *loc cit*, pág. 179; en sentido contrario XIMENA FUENTES. 2000, “Las inmunidades de jurisdicción y el estatuto de la corte penal internacional” en *Ius et Praxis*, año 6 número 2, pág. 424.

¹²⁰⁷ W. A. SCHABAS. 2010, “The International...”, *loc cit*, pág. 450.

¹²⁰⁸ *Prosecutor v. Al Bashir*, ICC-02/05-01/09, Decision on the prosecution application for a warrant of arrest against Omar Hassan Ahmad Al Bashir, 4 March 2009, pára. 41; cfr. P. GAETA. 2009, *loc cit*, pág. 322 y ss.

¹²⁰⁹ *Prosecutor v. Al Bashir*, ICC-02/05-01/09, Decision on the prosecution application for a warrant of arrest against Omar Hassan Ahmad Al Bashir, 4 March 2009, pára. 42.

¹²¹⁰ *Ibidem*, pára. 43.

31 y 32 del Convenio de Viena sobre los Tratados¹²¹¹. Por último, el cuarto fundamento consistió en que en virtud del art. 13.b) del ECPI, el Consejo de Seguridad de Naciones Unidas había formalizado un mandato que debía resolverse mediante los cauces y dentro del marco legal del Convenio de Roma¹²¹². En el caso *Gaddafi*, la Sala de Cuestiones Preliminares volvió a confirmar la doctrina sostenida en el caso *Al Bashir*, entendiendo que al remitir la causa el Consejo de Seguridad los presuntos crímenes cometidos por *Gaddafi* caían dentro de la jurisdicción de la Corte Penal Internacional, dando igual que Libia no fuese un Estado parte del Convenio de Roma¹²¹³.

Pues bien, para la Corte Penal Internacional el art. 27 del Convenio de Roma no impide el enjuiciamiento de Jefes de Estado no Parte, al menos cuando el caso ha sido remitido por el Consejo de Seguridad de Naciones Unidas, quedando pendiente por resolver si la Corte Penal tendría competencia para juzgar Jefes de Estado no Parte sin una remisión expresa del Consejo de Seguridad¹²¹⁴. En este orden de cosas, si la Corte Penal Internacional mantiene el criterio de enjuiciar a cualquier Jefe de Estado, tal decisión podría menoscabar lo previsto en el art. 34 del Convenio de Viena de 1969, sobre el derecho de los tratados. Así pues, dentro de la justicia penal internacional la inmunidad no ofrece una protección absoluta, a diferencia de lo que ocurre en los procesos nacionales, en donde juega un papel capital que puede llegar incluso a impedir el enjuiciamiento del presunto responsable.

¹²¹¹ *Ibidem*, pára. 44.

¹²¹² *Ibidem*, pára. 45.

¹²¹³ *Prosecutor v. Muammar Mohammed Abu Minyar Gaddafi, Saif Al-Islam Gaddafi, Abdulla Al-Senussi*, Decision on the prosecutor's application pursuant to article 58, ICC-01/11, 27 June 2011, pára. 9 y 10.

¹²¹⁴ Tenemos que considerar que los casos de enjuiciamiento de Jefes de Estado o altos cargos estatales por tribunales internacionales, ha sido a causa de la intervención del CSNU o de la propia denegación de inmunidad del Estado, en los casos de los tribunales mixtos o híbridos (SCSL y ECCC). Esta circunstancia legitima tal proceder. Sin embargo, en mi opinión, la CPI no podría juzgar a un Jefe de Estado no Parte, sin la intervención del CSNU o la denegación de inmunidad del Estado susodicho. Si la CPI pudiese conocer de cualquier crimen internacional, dando igual el lugar de comisión y la nacionalidad del responsable en cualquier circunstancia, no hubiesen introducido el art. 13.b) del ECPI, que faculta al CSNU a remitir al Fiscal de la CPI la investigación de una situación concreta, indiferentemente si el Estado es Parte o no del Convenio de Roma. Esto demuestra que para aquellas situaciones de relevancia internacional, donde resulte necesario una investigación penal en un Estado donde no tenga competencia la CPI, será imprescindible la actuación del CSNU.

En este estado de ideas, no podemos olvidarnos del caso resuelto por la CIJ relativo al Ministro de Asuntos Exteriores del Congo, Yerodia *Ndombasi*, siendo uno de los más importantes sobre el asunto en cuestión¹²¹⁵. La justicia belga acordó una orden de detención sobre *Yerodia Ndombasi* por incitación al genocidio y crímenes contra la humanidad mientras ocupaba el cargo de Ministro de Asuntos Exteriores del Congo. Esto provocó la interposición de una demanda del Congo ante la CIJ basándose en la aplicación indebida del principio de justicia universal y en la inmunidad jurisdiccional *ratione personae* de *Yerodia*¹²¹⁶, toda vez que éste ocupaba un alto cargo del Estado congoleño. La CIJ concluyó que «*las funciones de un Ministro de asuntos exteriores son de tal naturaleza que, para toda la duración de su cargo, se beneficia de una inmunidad de jurisdicción penal y de una inviolabilidad total en el extranjero. Esta inmunidad y esta inviolabilidad protegen al interesado contra cualquier acto de autoridad de parte de otro Estado que pueda obstaculizar el ejercicio de estas funciones*»¹²¹⁷. La CIJ además rechazó cualquier diferencia entre actos de *iuri imperii* y actos privados del alto cargo del Estado, aun cuando los crímenes cometidos por el Jefe del Estado se hubiesen realizado en una esfera privada. En efecto, por el mero hecho de ostentar un cargo oficial sería inmune, seguiría protegiéndole la inmunidad *ratione personae*, desplegando su eficacia hasta el momento en el cual dejase el cargo.

En síntesis, la CIJ reconoció la inmunidad de los Ministros de Asuntos Exteriores mientras ostentan su cargo¹²¹⁸, ya que no hay tratado o práctica consuetudinaria que remueva la inmunidad temporal de los mismos mientras están desarrollando su cargo frente a los tribunales de otro Estado. Aun así, consideró ciertas circunstancias que podrían limitar la inmunidad absoluta de los Ministros de Asuntos Exteriores: 1) cuando en el Estado de su nacionalidad

¹²¹⁵ J. FERRER LLORET. 2002, “Impunidad v. Inmunidad de jurisdicción: la sentencia del Tribunal Internacional de Justicia de 14 de febrero de 2002”, en *Anuario de Derecho Internacional*, Vol. XVIII, pág. 305 y ss.

¹²¹⁶ A. CASSESE. 2002, “When may....”, *loc cit*, pág. 853 a 875; S. WIRTH. 2002, *loc cit*, pág. 877 a 893; J. FERRER LLORET. 2002, *loc cit*, pág. 326 y 327.

¹²¹⁷ Sentencia de la CIJ, de fecha 14 de febrero del 2002, caso *Arrest Warrant*, pára. 54.

¹²¹⁸ I. BLANCO CORDERO. 2007, “Report General...”, *loc cit*, pág. 137.

no disfrute del privilegio de inmunidad; 2) cuando su propio Estado le haya retirado la inmunidad; 3) cuando el Ministro de Asuntos Exteriores cese en el cargo; 4) cuando la competencia para juzgarlo se atribuya a un órgano judicial penal internacional¹²¹⁹.

1.3. La relevancia del cargo oficial en los procesos judiciales nacionales.

En relación con los tribunales nacionales, la inmunidad del Jefe de Estado y de los altos cargos oficiales juega un papel fundamental para evitar procederse penalmente contra ellos, ni siquiera utilizando las formas de extraterritorialidad de la ley penal, incluida la jurisdicción universal. La inmunidad frente a los tribunales de otros Estados se fundamenta en dos pilares básicos. El primero de ellos, el principio de igualdad soberana de todos los Estados¹²²⁰, según el cual ningún Estado puede juzgar a otro, al regir el principio *par in parem non habet iudicium/imperium*. El segundo, el mantenimiento de la capacidad funcional de las relaciones interestatales que requiere un mínimo de libertad de acción y movimiento en el exterior por parte de los agentes estatales¹²²¹. En suma, la inmunidad ha sido desarrollada a un nivel inter-estatal, a fin de salvaguardarse la soberanía estatal y evitar interferencias en el ejercicio de la representación estatal que ostentan los Jefes de Estado y altos cargos estatales¹²²². Fuera de este nivel estatal la inmunidad puede quedar vacía de contenido, nos referimos al momento en que intervenga un tribunal penal internacional cuya competencia provenga de la comunidad internacional¹²²³. La soberanía de los Estados no es relevante cuando interviene el Consejo de Seguridad de Naciones Unidas mediante la creación de tribunales penales *ad hoc*¹²²⁴ o remitiendo causas al Fiscal de la CPI, incluso

¹²¹⁹ Cfr. M^a. TORRES PÉREZ. 2002, “Inmunidad de jurisdicción penal e impunidad: el fallo de la Corte Internacional de Justicia de 14 de febrero de 2002”, en *Revista de Derecho*, Noviembre 2002, pág. 2.

¹²²⁰ Cfr. Resolución 2625 (XXV) de la AGNU, de 24 de octubre de 1970; G. WERLE. 2005, *loc cit*, pág. 237; A. ZAHAR y G. SLUITER. 2008, *loc cit*, pág. 503.

¹²²¹ G. WERLE. 2005, *loc cit*, pág. 287; A. BIANCHI. 1999, “Immunity v. Human Rights: The Pinochet case”, en *European Journal of International Law*, Vol. 10, n° 2, pág. 237 y ss.

¹²²² P. GAETA. 2009, *loc cit*, pág. 320.

¹²²³ Cfr. Sentencia de la CIJ, de fecha 14 de febrero del 2002, caso *Arrest Warrant*, pára. 61.

¹²²⁴ W. A. SCHABAS. 2010, “The International...”, *loc cit*, pág. 450.

cuando ésta conoce de crímenes cometidos por Jefes de Estado Parte del Convenio de Roma, ya que los mismos han renunciado, al ratificar el Estatuto de la CPI, a la inmunidad concedida por el derecho internacional a favor de ciertos representantes estatales. La principal razón por la que se ha llegado a esta postura tiene un fundamento esencial, los crímenes internacionales atacan tan gravemente a la sociedad internacional, perjudicando y poniendo en peligro bienes jurídicos vitales de la misma, que resulta necesario que éstos no queden impunes, dando igual el cargo o posición que ostenta el presunto responsable.

1.4. Clases de inmunidad.

1.4.1. *Inmunidad ratione materiae.*

Es aquella que tiene una persona por los actos llevados a cabo mientras ejercía actos soberanos, ostentando un cargo oficial dentro del Estado. Para hablar de este tipo de inmunidad resulta menester mencionar el caso *Pinochet*, ya que supuso uno de los casos más relevantes ante una jurisdicción nacional en el que se alegaba la inmunidad de los Jefes de Estado, a fin de impedir su enjuiciamiento por la presunta comisión de crímenes o delitos internacionales durante el ejercicio de su cargo¹²²⁵. El origen del caso Pinochet trae colación de la solicitud de extradición acordada por el Juzgado Central de Instrucción nº 5, de fecha 3 de noviembre de 1998, al considerar que *Augusto Pinochet* presuntamente había cometido los delitos de terrorismo, torturas y genocidio mientras estaba al frente del Estado chileno durante los años 1976 a 1983. Los tribunales ingleses mantuvieron a lo largo del proceso diversas posturas. La primera fue acordada en la decisión de la *High Court* de 28 de octubre de 1998, donde defendió taxativamente el principio de inmunidad jurisdiccional, en el sentido de que cualquier acto llevado a cabo por un Jefe de Estado en el ejercicio de la autoridad pública gozaría de la prerrogativa de la inmunidad. La única excepción a esta postura consistiría en la comisión de actos privados y no de *iuri imperi*. En estos supuestos sí se podría proceder contra un Jefe de

¹²²⁵ A. SÁNCHEZ LEGIDO. 2004, *loc cit*, pág. 730.

Estado, toda vez que estos actos no representan a la nación ni tienen conexión alguna con ésta. La segunda postura, la cual fue adoptada por la *House of Lords* (Cámara de los Lores) en decisión de fecha 24 de marzo de 1999, indicó que determinadas acciones llevadas a cabo por un Jefe de Estado no podían ser entendidas en el ejercicio de sus funciones oficiales, debido a su gravedad y a que el derecho penal internacional las castiga y obliga a su persecución penal.

A causa de esta decisión se abrió la puerta a la posible extradición de Augusto Pinochet, pudiéndosele juzgar por ciertos actos realizados cuando ostentaba la jefatura del Estado de Chile. Esta postura fue sostenida también por el Juez VANDERMEERSCH del Tribunal de Primera Instancia de Bruselas, en su decisión de 8 de noviembre de 1998, relativa a la competencia de justicia belga para conocer de las querellas presentadas en ese país contra Pinochet¹²²⁶. En el caso *Bouterse*, el Tribunal de Apelación de Ámsterdam mantuvo una idea semejante¹²²⁷. Por último, la tercera posición adoptada por los Tribunales ingleses, en concreto, en la sentencia de fecha 8 de octubre de 1999 del Juez BARTLE del Tribunal de Bow Street, autorizando la extradición de Pinochet, consistió en reconocer la inmunidad parcialmente. Sólo se considerarían enjuiciables aquellos delitos que de conformidad con la ley inglesa estuvieran prohibidos en el momento de su comisión y permitiesen su persecución dando igual el cargo del presunto responsable.

Las principales características de la inmunidad *ratione materiae*, son¹²²⁸:

- i. Dicha prerrogativa se refiere a una cuestión sustantiva o material del derecho, los actos de Estado.

¹²²⁶ El juez mantuvo que los crímenes alegados (tortura, asesinato, toma de rehenes...) no pueden ser considerados como actos de Estado en el ejercicio normal de las funciones de un Jefe de Estado, cuya tarea principal es proteger a sus súbditos, en *American Journal of International Law*, Vol. 93, 1999, pág. 700 y 701.

¹²²⁷ Decisión de 20 de noviembre de 2000, se indicó que «(...) después de todo, la comisión de graves delitos no puede ser considerado como un hecho llevado a cabo por un Jefe de Estado en el ejercicio de sus cargos y deberes».

¹²²⁸ Cfr. A. CASSESE. 2008, "International Criminal...", *loc cit*, pág. 304.

- ii. Cubre la mayoría de actos *de iure* o *de facto* de los agentes estatales.
- iii. No cesa esta inmunidad cuando el titular de la misma ha dejado su cargo estatal. El escudo protector de la inmunidad acompañará siempre a los actos de Estado realizados si los mismos no han sido constitutivos de un crimen internacional, ya que la inmunidad funcional no ampara la violación de normas de *ius cogens*¹²²⁹.
- iv. La inmunidad funcional es *erga omnes*.

1.4.2. Inmunidad *ratione personae*.

Es aquella que tienen ciertas personas sólo por el mero cargo que ostentan, a fin de proteger su persona frente a terceros Estados¹²³⁰. La determinación del alcance personal entraña, esencialmente, la individualización de las categorías de funcionarios del Estado que están comprendidas en ésta y su justificación. También es preciso considerar las circunstancias en que se otorga esta inmunidad. A la luz de la práctica de los Estados y la doctrina, los representantes del Estado que son candidatos al privilegio de inmunidad *ratione personae* podían clasificarse en tres categorías: a) el Jefe de Estado; b) el Jefe de Gobierno y el Ministro de Asuntos Exteriores; y c) otros representantes de alto rango¹²³¹. Esta inmunidad está limitada al período de tiempo en el que se desempeñan las funciones estatales. Su amplio alcance material se justifica por la finalidad de proteger al titular y permitirle que cumpla sus cometidos oficiales¹²³². Una vez que estas personas dejan de ostentar el cargo, la inmunidad *ratione personae* pierde su eficacia y sólo se tendría la prerrogativa de la inmunidad *ratione materiae*, es decir, por los actos llevados a cabo en el ejercicio de sus funciones, actos de *iuri imperii*.

¹²²⁹ S. WIRTH. 2002, *loc cit*, pág. 885.

¹²³⁰ G. WERLE. 2005, *loc cit*, pág. 287 y 288; A. CASSESE. 2008, “International Criminal...”, *loc cit*, pág. 302 y 303; I. BANTEKAS y S. NASH. 2007, *loc cit*, pág. 100 y 101; R. CRYER *et al* 2008, *loc cit*, pág. 423 y 424; T. STEIN. 2006, *loc cit*, pág. 249 y 250.

¹²³¹ I. BANTEKAS y S. NASH. 2007, *loc cit*, pág. 101.

¹²³² Doc. UN. A/CN.4/596, pára. 96 a 98.

Llegados a este punto, tenemos que preguntarnos si la inmunidad *ratione personae* prevalece sobre la comisión de los crímenes internacionales, toda vez que la CIJ no resolvió esta laguna, pasando exclusivamente de puntillas al afirmar que «*tras el examen de la práctica estatal y de la legislación comparada (...) no se ha llegado a deducir la existencia, en derecho internacional consuetudinario, de una excepción cualquiera a la regla que consagra la inmunidad de jurisdicción penal y la inviolabilidad de los ministros de asuntos exteriores en ejercicio, cuando son sospechosos de haber cometido crímenes de guerra o crímenes contra la humanidad*»¹²³³. Por ello, a mi juicio, la inmunidad jurisdiccional *ratione personae* prevalece sobre la facultad de los Estados de perseguir crímenes internacionales en aplicación de la justicia universal. A mayor abundamiento, los Estados pueden aplicar la justicia universal, pero siempre deberán respetar los principios básicos del derecho internacional, entre los que se encuentran la inmunidad jurisdiccional de los Jefes de Estado y altos cargos estatales¹²³⁴. Así pues, un límite considerable para la jurisdicción universal será el privilegio de la inmunidad *ratione personae* de los altos cargos del Estado¹²³⁵.

La práctica estatal sobre la materia ha seguido la misma línea que la mantenida por la CIJ en el asunto *Yerodia Ndombasi*. Por ejemplo, en el caso de Augusto Pinochet, en las opiniones separadas de los Lores ingleses, se afirmó que «*no habría duda alguna de que si el Senador Pinochet fuese todavía Jefe de Estado, el tendría la prerrogativa de la inmunidad*»¹²³⁶, de lo que puede deducirse que la inmunidad absoluta es por razón del cargo de la persona responsable de los delitos, mientras que cuando deja dicho cargo, tal inmunidad desaparece, teniendo éstas límites, como por ejemplo, la comisión de crímenes internacionales. En España también se reconoció la inmunidad de los Jefes de Estado en ejercicio¹²³⁷. Por ejemplo, en el auto de fecha 3 de

¹²³³ Sentencia de la CIJ, de fecha 14 de febrero del 2002, caso *Arrest Warrant*, pára. 58.

¹²³⁴ Cfr. Doc. UN. A/63/237.

¹²³⁵ B. BROOMHALL. 2003, "International Justice...", *loc cit*, pág. 131.

¹²³⁶ Opinión de *Lord Nicholls*.

¹²³⁷ Cfr. J. JORGE URBINA. 2005, "Las inmunidades...", *loc cit*, pág. 344 y 345.

noviembre de 1998, del Juzgado Central de Instrucción nº 5¹²³⁸ y en el auto de fecha 4 de marzo de 1999, de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, la cual no admitió a trámite la querrela presentada contra el líder cubano *Fidel Castro*¹²³⁹. Posteriormente se volvieron a presentar más querellas contra Fidel Castro que fueron inadmitidas por el Juzgado Central de Instrucción núm. 4 de la Audiencia Nacional, mediante auto de fecha 4 de noviembre de 2005 y auto de fecha 13 de diciembre de 2007, lo que constituye una *praxis* constante en nuestro sistema judicial. La inadmisión de las querellas se fundamenta en el Convenio de Viena sobre relaciones diplomáticas y consulares, en los tratados bilaterales existentes y en la costumbre internacional¹²⁴⁰.

En Francia, en el asunto *Gadafi* el Tribunal de Casación, en sentencia de fecha 13 de marzo del 2001, sostuvo la misma postura¹²⁴¹. En Bélgica en el caso *Sharon*, el Tribunal de Casación de Bélgica no hizo lugar a una denuncia penal contra el Primer Ministro de Israel en ejercicio, fundándose en que éste gozaba de inmunidad de jurisdicción penal ante los tribunales de Bélgica¹²⁴².

¹²³⁸ El auto manifiesta que «*Es indiscutible que los Jefes de Estado en funciones gozan de esta inmunidad por la misma razón que el Estado extranjero goza de inmunidad soberana para actos de gobierno de naturaleza no privada. La situación es muy distinta, sin embargo, con respecto a ex Jefes de Estado. El derecho internacional no obliga a su protección, y por lo mismos principios aplicables a la doctrina del acto de Estado, que no se extiende a los crímenes bajo el derecho internacional. En este sentido, todo el derecho penal internacional moderno rechaza, expresamente o implícitamente, las defensas basadas en doctrinas de actos oficiales y en inmunidades de Jefes de Estado o similares*».

¹²³⁹ El auto indicaba que «*Si España reconoce la soberanía del pueblo cubano y mantiene con dicho país relaciones diplomáticas, la jurisdicción penal española no puede atribuirse el conocimiento de los hechos, supuestamente delictivos en cuanto que uno de los querellados es el excelentísimo Sr. Fidel Castro, que representa, frente a España, la soberanía del pueblo cubano*».

¹²⁴⁰ A. GIL GIL. 2008, “*Informes nacionales...*”, *loc cit*, pág. 178.

¹²⁴¹ Se señaló que «*La costumbre internacional se opone a que los jefes de Estado en ejercicio puedan, en ausencia de disposiciones internacionales contrarias que se impongan a las partes implicadas, ser objeto de actuaciones ante las jurisdicciones penales de un Estado extranjero (...) en el estado actual del derecho internacional, e crimen denunciado, cualquiera que sea su gravedad, no forma parte de las excepciones al principio de la inmunidad de jurisdicción de los Jefes de Estado extranjeros en ejercicio, de forma que al pronunciarse de ese modo, la chambre d'accusation ha desconocido el principio mencionado*».

¹²⁴² *H.S.A. et al. v. S.A. et al.*, decisión relativa a la acusación de Ariel Sharon, Amos Yaron y otros, No. P.02.1139.f, 12 de febrero de 2003, reproducida en *International Legal Materials*, vol. 42, No. 3 (2003), pág. 596 a 605, esta resolución indicaba que «*el derecho internacional consuetudinario se opone a la idea de que los jefes de Estado y los jefes de gobierno puedan ser objeto de enjuiciamiento ante los tribunales penales de un Estado extranjero, en ausencia de disposiciones del derecho internacional en contrario que obliguen a los Estados en cuestión*», concluyendo que, en particular, el texto original del párrafo 3 del artículo 5 de la

1.5. Excepciones en sede doméstica a la inmunidad por la comisión de crímenes internacionales.

Un hecho confirmado es que la inmunidad *ratione personae* es un límite infranqueable para las jurisdicciones nacionales que pretenden, en aplicación del principio de justicia universal, enjuiciar a Jefes de Estado o altos cargos estatales, no así la inmunidad *ratione materiae*¹²⁴³ que según vimos en el caso *Pinochet* tiene límites. Según mi parecer, se podrían indicar las siguientes excepciones a la inmunidad cuando son los tribunales nacionales quienes pretenden enjuiciar a los responsables de los crímenes internacionales, en aplicación de la jurisdicción universal:

- i. Cualquier acto realizado por un alto cargo del Estado de *iuris gestionis* o actos privados conlleva que la inmunidad *ratione materiae* desaparezca, toda vez que los mismos no tienen por finalidad servir al Estado, por lo que dicho cargo no puede exonerar de responsabilidad penal alguna.
- ii. Si en relación a los actos constitutivos de un crimen internacional se alega que los mismos eran *actos de Estado*, deberá evaluarse por el tribunal correspondiente esta circunstancia. Desde mi punto de vista, poca acogida puede tener esta alegación, toda vez que el respeto por determinados derechos es un hecho obligatorio para todo Estado, de ahí, que la represión violenta sobre la población civil o determinados métodos de ataque en el seno de un conflicto armado no puedan ampararse en el denominado *acto de Estado*. Evidentemente, es un acto emanado del Estado, en concreto, puede que incluso del mismo Jefe de Estado, pero aquél puede ser llevado a cabo en violación de las más

Ley de 1993 «sería contrario al principio de derecho penal internacional consuetudinario relativo a la inmunidad jurisdiccional si se interpretara en el sentido de que su finalidad es dejar de lado la inmunidad sancionada por dicho principio, y que esa ley interna no puede tener tal finalidad, sino que en cambio debe entenderse sólo como impidiendo que el carácter oficial de una persona absuelva a la persona de responsabilidad penal por los crímenes enumerados en la ley».

¹²⁴³ S. WIRTH. 2002, *loc cit*, pág. 888; cfr. A. CASSESE. 2008, “International Criminal...”, *loc cit*, pág. 310.

elementales normas internacionales, surgiendo la responsabilidad criminal correspondiente¹²⁴⁴.

- iii. En el caso de que la persona sospechosa de haber cometido un crimen internacional no ostente el cargo que le otorgaba inmunidad, podrá ser juzgado.
- iv. En el supuesto de que el presunto responsable siga ostentando un alto cargo de Estado sólo podría procederse contra él en aplicación de la justicia penal internacional o cuando la legislación del propio país le haya retirado la inmunidad de la que disfrutaba.

1.6. Inmunidad versus crímenes internacionales de ius cogens.

La figura de la inmunidad puede entrar en conflicto con la naturaleza *ius cogens* de los crímenes internacionales. La naturaleza *ius cogens* de los crímenes internacionales conlleva que los Estados tengan la obligación de cumplir con la norma imperativa al efecto, es decir, la prohibición de cometerse crímenes internacionales, pudiéndose perseguir universalmente estos delitos, bien potestativamente o, en ciertos casos, obligatoriamente. Dicho esto, los Convenios de Ginebra de 1949 obligan a los Estados a perseguir las infracciones graves del DIH cometidas y el Convenio sobre la prevención y sanción del genocidio de 1948, en su art. 4 no contempla la excepción del cargo oficial¹²⁴⁵. Aquí podemos apreciar el conflicto existente entre la inmunidad y determinados crímenes internacionales, ya que estaría prevaleciendo una norma que no es imperativa sobre una obligación internacional¹²⁴⁶. La concesión de la inmunidad podría estar originando un

¹²⁴⁴ A. ZAHAR y G. SLUITER. 2008, *loc cit*, pág. 505, quienes sostienen que los crímenes internacionales han desarrollado una excepción a las inmunidades por actos oficiales.

¹²⁴⁵ Dicho precepto establece que «*las personas que hayan cometido genocidio...serán castigadas, ya se trate de gobernantes, funcionarios o particulares*».

¹²⁴⁶ Cfr. F. JIMÉNEZ GARCÍA. 2002, “Justicia universal e inmunidades estatales: justicia o impunidad: ¿una encrucijada dualista para el Derecho internacional?”, en *Anuario de Derecho internacional*, XVIII, pág. 117 y ss., quien defiende la idea de que no puede reconocerse inmunidad de jurisdicción alguna en virtud de la naturaleza del crimen cometido por el acusado, lo que no impide que la persona del representante del Estado goce de inmunidad ejecución o inviolabilidad en sus visitas oficiales. Añade este autor que podría llevarse a cabo un procedimiento penal en ausencia del imputado, es decir, una juicio en rebeldía, salvaguardándose al mismo tiempo su inmunidad. Lo antedicho en mi opinión no sería posible

incumplimiento del derecho internacional. Una hipótesis ideal consistiría en que los Estados cumplieren con sus obligaciones internacionales adecuando su legislación interna a lo previsto en los instrumentos internacionales referidos, en el sentido de que las legislaciones domésticas retirasen la inmunidad a los altos cargos estatales acusados de haber cometido crímenes internacionales. La realidad jurídica es bien distinta. La *praxis* estatal es indiferente al posible incumplimiento del derecho internacional, ya que es habitual la concesión de inmunidades a los Jefes de Estado y altos cargos estatales¹²⁴⁷. Así pues, la práctica estatal actúa en contra de la hipótesis planteada, no pudiendo crearse una norma *in statu nascendi* que permita en sede doméstica juzgar a Jefes de Estado o altos cargos estatales en activo.

Otro aspecto destacable es el hecho de que no podemos confundir impunidad con inmunidad. Los tribunales estatales desde el momento en que cese en su cargo el Jefe de Estado o alto cargo estatal podrán enjuiciarlo, de ahí que la inmunidad no conlleve impunidad. La inmunidad penal deviene por ello en una restricción de la persecución penal, pero no en una excepción¹²⁴⁸. Habrá que estar caso por caso para dilucidar si es posible ejercer la competencia penal o no, siempre respetando el derecho internacional, principal límite en el ejercicio de la justicia universal por parte de los tribunales nacionales.

En definitiva, los tribunales nacionales tienen pocas opciones de enjuiciar a los Jefes de Estado y altos cargos estatales que ocupen sus cargos oficiales por la comisión de crímenes internacionales¹²⁴⁹. La inmunidad *ratione persone* sigue siendo una barrera infranqueable para las jurisdicciones nacionales. Los tribunales estatales deberán esperar a que cesen en su cargo los

en nuestro sistema procesal, pero a mayor abundamiento, la práctica de un juicio en rebeldía del imputado vulneraría determinados derechos fundamentales del mismo, al no estar presente en el juicio.

¹²⁴⁷ A. GIL GIL. 2008, “Informes nacionales...”, *loc cit*, pág. 184.

¹²⁴⁸ I. BLANCO CORDERO. 2007, “Report General...”, *loc cit*, pág. 138.

¹²⁴⁹ Conviene recordar que la inmunidad de jurisdicción de los Jefes de Estado y altos cargos estatales, según la práctica de nuestros tribunales, se extiende a los presuntos partícipes en un supuesto delito cometido por aquéllos, cfr. R. CARNERO CASTILLA. 2003, “La inmunidad de jurisdicción de los Jefes de Estado y de Gobierno extranjeros en la Audiencia Nacional española”, en *Anuario hispano-luso-americano de Derecho Internacional*, Vol. 16, pág. 296 y ss.

Jefes de Estado y altos cargos estatales para que puedan aplicar el principio de justicia universal y así evitar el privilegio de la inmunidad. La mejor solución posible es que el Consejo de Seguridad de Naciones Unidas, a fin de mantener la seguridad internacional y el mantenimiento de la paz, constituya un tribunal penal *ad hoc* para enjuiciar estos crímenes o remita tales situaciones a la Corte Penal Internacional. En estas situaciones el principio *par in parem non habet imperium* dejaría de tener eficacia, al ser la propia comunidad internacional quien ha determinado el enjuiciamiento del Jefe de Estado o alto cargo estatal, estando legitimado para ello.

2. *Non bis in idem.*

2.1. *Concepto.*

Desde el momento en que el *ius puniendi* ha dejado de ser un derecho exclusivo de los Estados, pudiendo determinados tribunales internacionales imponer también penas por la comisión de crímenes internacionales, el principio *non bis in idem* debe observarse con toda cautela, a fin de garantizarse un único castigo por la comisión de unos hechos punibles idénticos, al poder existir una dualidad de procedimientos penales a la vez.¹²⁵⁰ La posibilidad que tienen los tribunales estatales de enjuiciar crímenes de guerra, en aplicación de la jurisdicción universal, hace que éstos deban observar, con una medida extrema, que los hechos objeto de investigación no hayan sido ya juzgados o castigados *debidamente* por otras jurisdicciones nacionales o internacionales¹²⁵¹, para así hacerse valer la institución de la *res iudicata*¹²⁵². Resulta menester significar que nuestro estudio se centrará en la garantía del *non bis in idem* desde una perspectiva internacional o interestatal,

¹²⁵⁰ Cfr. Draft convention on jurisdiction with respect to crime, en *American Journal of International Law* 1935, Vol. 29, pág. 602; cfr. A. ZAHAR y G. SLUITER. 2008, *loc cit*, pág. 476.

¹²⁵¹ A. NIETO MARTÍN. 2007, "Introducción: El principio de *ne bis in idem* en el derecho penal europeo e internacional", en *El principio de ne bis in idem en el derecho penal europeo e internacional*, Coord. L. ARROYO ZAPATERO y A. NIETO MARTÍN, Cuenca: Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, pág. 14 y 15.

¹²⁵² Cfr. Draft convention on jurisdiction with respect to crime, en *American Journal of International Law* 1935, Vol. 29, pág. 603.

sin atender a la relación de este principio en el ámbito del derecho penal y el sancionador administrativo de un Estado, que fue el origen del mismo. El verdadero sentido del *non bis in ídem*, puesto en relación con la justicia universal, consiste en el reconocimiento de las sentencias dictadas en el extranjero y la confianza mutua que deben tener los Estados en sus respectivos sistemas de justicia penal¹²⁵³.

El *non bis in ídem* es un principio que encuentra su origen y razón de ser en los ordenamientos nacionales¹²⁵⁴. Se trataría del derecho que tiene toda persona a no ser condenada dos veces por el mismo hecho¹²⁵⁵. Se trata de una garantía que evitará el doble castigo por unos mismos hechos y el doble enjuiciamiento por unos hechos idénticos, en aplicación de la institución de la *res iudicata*¹²⁵⁶. Dicho esto, resulta conveniente aclarar que el *non bis in ídem* abarca una dimensión formal y otra material. La garantía procesal o formal estaría constituida por la *res iudicata*, es decir, la evitación de un nuevo proceso por hechos idénticos ya juzgados, siendo indiferente que la decisión judicial firme sea condenatoria o absolutoria, con base en la máxima *nemo debet bis vexari pro una et aedem causa*¹²⁵⁷. La garantía penal o material sería el propio *non bis in ídem*, a saber, la evitación de un doble castigo por idénticos hechos ya juzgados, con base en la máxima *nemo debet bis punire pro uno delicto*¹²⁵⁸. Algún autor significa que el principio *non bis in ídem* es un

¹²⁵³ A. M^a. SANZ HERMIDA. 2008, “Aplicación transnacional de la prohibición del *bis in ídem* en la Unión Europea”, en *Revista Penal*, núm. 21, pág. 128.

¹²⁵⁴ Draft convention on jurisdiction with respect to crime, *loc cit*, pág. 606 y 609, en dicho estudio se efectúa un análisis pormenorizado de los sistemas penales que aplican el principio *non bis in ídem*, significándose que en el momento en que se desarrolló el mismo (año 1935) solo se detectaron dos Estados que no lo contemplaban, dichos Estados eran la antigua URSS – código penal de 1922- y Suiza –código penal de 1853-.

¹²⁵⁵ D. OEHLER. 1999, “Recognition of foreign penal judgments. The European system”, en *International Criminal Law*, Editor: M. C. BASSIOUNI, New York: Transnational Publishers, pág. 613; G. CONWAY. 2003, “*Ne bis in ídem* in International Law”, en *International Criminal Law Review*, Vol. 3, pág. 222; A.M^a. SANZ HERMIDA. 2008, *loc cit*, pág. 127; M. PÉREZ MANZANO. 2002, “La prohibición constitucional de incurrir en *bis in ídem*”, Valencia: Tirant Lo Blanch, pág. 23; S. OTTAVIANO. 2012, “Las excepciones al *ne bis in ídem* en el derecho internacional”, en *Revista Argentina de Derecho Penal y Procesal Penal*, núm. 2.

¹²⁵⁶ J. LÓPEZ BARJA DE QUIROGA. 2007, *loc cit*, pág. 177 y 178.

¹²⁵⁷ Cfr. A. M^a. SANZ HERMIDA. 2008, *loc cit*, pág. 127; cfr. M. PÉREZ MANZANO. 2002, *loc cit*, pág. 27 y ss.

¹²⁵⁸ Cfr. M. PÉREZ MANZANO. 2002, *loc cit*, pág. 25 y ss.; cfr Sentencia núm. 307/2013, de 4 de marzo, del Tribunal Supremo, en donde manifiesta que «La garantía de no ser sometido a

corolario de la *res iudicata*¹²⁵⁹. En mi opinión podría tratarse de lo contrario. La finalidad de la *res iudicata* no sería otra que garantizar la evitación del *bis in idem* o doble sanción. En definitiva, la garantía formal estaría al servicio de la garantía material.

Desde este momento, podemos observar que estas garantías suponen un franco límite para el ejercicio de la jurisdicción universal, toda vez que los tribunales nacionales no podrán enjuiciar a personas que ya lo han sido por los mismos hechos por otros tribunales estatales, por tribunales *ad hoc* o por la CPI¹²⁶⁰. En nuestro ordenamiento jurídico el *non bis in idem* aparece configurado implícitamente en el art. 23.2.c) y punto 5 de la LOPJ, al requerir estos preceptos, para los casos de aplicación del título jurisdiccional universal y personalidad activa, que «*el delincuente no haya sido absuelto, indultado o penado en el extranjero, o en este último caso, no haya cumplido la condena*».

2.2. Regulación en el derecho internacional.

Actualmente podemos afirmar que el *non bis in idem* está reconocido en el derecho internacional¹²⁶¹, incluso en tratados y resoluciones de finales del

bis in idem se configura, por tanto, como un derecho fundamental que, en su vertiente material, impide sancionar en más de una ocasión el mismo hecho con el mismo fundamento, de modo que la reiteración sancionadora constitucionalmente proscrita puede producirse mediante la sustanciación de una dualidad de procedimientos sancionadores, abstracción hecha de su naturaleza penal o administrativa, o en el seno de un único procedimiento (por todas, 154/1990, de 15 de octubre, F. 3; 204/1996, de 16 de diciembre, F. 2; 2/2003, de 16 de enero, F. 3)».

¹²⁵⁹ Cfr. A. DE LA OLIVA SANTOS. 1991, “*Sobre la cosa juzgada*”, Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces, pág. 23, este autor define la cosa juzgada material como el estado jurídico de una concreta materia o cuestión cuando sobre ella se ha dicho una resolución con fuerza o autoridad de cosa juzgada formal.

¹²⁶⁰ En los países de *common law* se aplica el criterio del *non bis in idem in abstracto*, es decir, solo cuando una persona es juzgada por el mismo delito no por los mismos hechos, cfr. G. CONWAY. 2003, *loc cit*, pág. 228.

¹²⁶¹ C. QUESADA ALCALÁ. 2005, *loc cit*, pág. 351; a pesar de lo manifestado, parte de la doctrina entiende que actualmente es difícil hablar de un principio reconocido por la comunidad internacional, a causa de que cada Estado regula de una manera particular dicha garantía procesal y penal, cfr. V.D. WYNGAERT. 2002, “*Ne bis in idem principle, including the issue of amnesty*”, en A. CASSESE et al., (Eds) *The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary*, Vol. 1, Oxford-New York: Oxford University Press, pág. 705 a 729. Desde mi punto de vista, si bien es cierto que pueden existir ciertas diferencias entre los Estados de la comunidad internacional, a la hora de determinar el alcance de esta garantía procesal y penal, no es menos cierto, que la finalidad principal de la misma es coincidente en

siglo XIX se contemplaba el mismo¹²⁶². El principal problema es que los textos internacionales sobre derecho humanos que lo regulan, lo hacen desde un ámbito intraestatal¹²⁶³, es decir, la protección de los convenios está referida a sentencias nacionales, ya que el reconocimiento de sentencias extranjeras excedería de los límites de estos instrumentos internacionales¹²⁶⁴. En suma, el derecho internacional de los derechos humanos reconoce el *non bis in ídem* en el seno de las actuaciones de un mismo Estado, no entre diversos Estados¹²⁶⁵. El *non bis in ídem* habría pasado a considerarse un derecho humano que debe aplicarse con carácter general¹²⁶⁶.

todas ellas, es decir, evitar un nuevo proceso o condena por unos hechos idénticos ya juzgados; por ello, considero que sí existe dentro del ordenamiento internacional este principio, aunque sería recomendable que las particularidades propias del mismo fuesen coincidentes en todos los ordenamientos jurídicos, a fin de evitar contradicciones o conflictos en la aplicación del mismo; cfr. D. OEHLER. 1999, *loc cit*, pág. 613; cfr. J. LÓPEZ BARJA DE QUIROGA. 2007, *loc cit*, pág. 182; cfr. R. CRYER *et al* 2008, *loc cit*, pág. 67; cfr. A. GIL GIL. 2008, “Informes nacionales...”, *loc cit*, pág. 157; H. SATZGER y J. KAYSER. 2007, “*Ne bis in ídem* en el derecho penal internacional: muchas preguntas a segunda vista”, en *El principio de ne bis in ídem en el derecho penal europeo e internacional*, Coord. L. ARROYO ZAPATERO y A. NIETO MARTÍN, Cuenca: Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, pág. 96.

¹²⁶² La prohibición del doble castigo aparecía en el art. 37 del Tratado de Lima de 1878; en el art. 12 de la Resolución del Institute of International Law hecha en Munich en el año 1883; en el art. 358 del Código de Bustamante y en la Resolución de la International Conference for the Unification of the Penal Law hecha en Varsovia en el año 1927, cfr. Draft convention on jurisdiction with respect to crime, en *American Journal of International Law* 1935, Vol. 29, pág. 610 y 611.

¹²⁶³ I. BLANCO CORDERO. 2007, “Report General...”, *loc cit*, pág. 123; cfr. R. CRYER *et al*. 2008, *loc cit*, pág. 67, este autor sostiene que podría ser legítimo que los Estados pudieran juzgar de nuevo hechos ya sentenciados, eso sí, teniéndose en cuenta las sanciones ya impuestas en el anterior proceso.

¹²⁶⁴ H. SATZGER y J. KAYSER. 2007, *loc cit*, pág. 97. A este respecto es interesante traer a colación la decisión del Comité de Derechos Humanos n° 204/1986 A.P. v. Italia, en donde se sostiene que: «El párrafo 7 del artículo 14 del Pacto, al que se acoge el autor, no garantiza el *non bis in ídem* respecto de las jurisdicciones nacionales de dos o más Estados. El Comité observa que esta disposición prohíbe que se procese a alguien dos veces por el mismo delito sólo respecto de delitos enjuiciados en un Estado dado», Doc. UN. A/43/40, de 28 de septiembre de 1988, pág. 253.

¹²⁶⁵ Cfr. I. BLANCO CORDERO. 2005, “El principio *ne bis in ídem* en la Unión Europea”, en *La Ley*, Año XXVI, núm. 6285, pág. 3 y 4.

¹²⁶⁶ H. SATZGER y J. KAYSER. 2007, *loc cit*, pág. 96 y 97; cfr. R. CRYER *et al*. 2008, *loc cit*, pág. 67. Por ejemplo, como posteriormente veremos, en nuestro ordenamiento jurídico es considerado como un derecho fundamental.

2.2.1. *El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.*

El art. 14.7 del PIDCP¹²⁶⁷ regula el principio *non bis in ídem*, el cual contempla las dos garantías analizadas, la prohibición del doble castigo y del doble proceso, exigiéndose en ambos casos que la resolución judicial condenatoria o absolutoria sea firme¹²⁶⁸. Las Salas Extraordinarias para el enjuiciamiento de los crímenes cometidos durante el período de la Kampuchea democrática en Camboya se han pronunciado al respecto sobre la interpretación del art. 14.7 del PIDCP, indicando que este precepto es inaplicable para los casos enjuiciados por dicho tribunal penal internacional, toda vez que sus efectos se aplican sólo al ámbito doméstico careciendo de validez ante procedimientos internacionales como los del ECCC¹²⁶⁹. Igualmente, el art. 14.7 del PIDCP no parece admitir excepción alguna al derecho formulado¹²⁷⁰. Sin embargo, el Comité de Derechos Humanos ha sostenido que «*es aceptable la reanudación de un proceso justificada por circunstancias excepcionales*¹²⁷¹».

La disyuntiva planteada radica en qué debemos entender por circunstancias excepcionales. Si tales circunstancias juegan a favor del condenado no habría en principio obstáculo alguno. En nuestro ordenamiento jurídico está permitido revisar sentencias firmes condenatorias en aplicación del recurso de revisión, previsto en los art. 954 y ss. de la LECrim. Sin embargo, si las circunstancias referidas juegan en contra de la persona absuelta

¹²⁶⁷ El art. 14.7 del PIDCP dispone que «*Nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un delito por el cual haya sido ya condenado o absuelto por una sentencia firme, de acuerdo con la ley y el procedimiento penal de cada país*».

¹²⁶⁸ M. PÉREZ MANZANO. 2002, *loc cit*, pág. 43.

¹²⁶⁹ *Prosecutor v. IENG Sary's*, decision on IENG Sary's Rule 89 preliminary objections (*ne bis in ídem*, amnesty and pardon), 3 November 2011, case nº 2/19-09-2007/ECCC/TC, pára.6. Tenemos que reseñar que en el caso citado el justiciable alegó la violación del principio *non bis in ídem*, toda vez que anteriormente había sido juzgado en el año 1979 *in absentia* siendo condenado, aunque posteriormente dicha condena fue amnistiada. El ECCC entendió que el juicio del año 1979 no fue imparcial ni independiente, por lo que no tendría validez alguna el mismo.

¹²⁷⁰ S. OTTAVIANO. 2012, *loc cit*.

¹²⁷¹ Observación General núm. 13, de 13 de abril de 1984, pára. 19 y Observación General núm. 32, de 24 de julio de 2007, pára. 56, del Comité de Derechos Humanos; cfr. S. OTTAVIANO. 2012, *loc cit*.

el asunto sería más discutible, toda vez que la persona juzgada y absuelta no debería verse perjudicada por los errores del Estado, salvo si éste ha participado intencionadamente en los mismos, es decir, si se tratase de un proceso fraudulento.

2.2.2. *El Protocolo 7 del Convenio Europeo de Derechos Humanos.*

En el ámbito regional europeo, el Protocolo núm. VII al Convenio Europeo de Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales, en su art. 4 contempla el derecho estudiado¹²⁷². Conviene significar que el Convenio Europeo de Derechos Humanos no contempla la regulación del *non bis in idem* y la *res iudicata*, circunstancia que obligó al Tribunal Europeo de Derechos Humanos a entenderlo comprendido en el art. 6.1 del CEDH, considerando que este precepto contenía el conjunto de garantías procesales y penales derivadas de un Estado de derecho¹²⁷³. Posteriormente, con la aprobación del Protocolo VII al Convenio Europeo de Derechos Humanos se introdujeron definitivamente las garantías penales y procesales estudiadas. Al igual que sucede con el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, las garantías previstas en el art. 4 del Protocolo VII del CEDH solo son aplicables respecto de un único Estado, es decir, tiene un efecto intraestatal y no interestatal¹²⁷⁴. En cualquier caso, podemos observar que el Protocolo VII al Convenio Europeo presenta ciertas diferencias respecto del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. En primer lugar, el Protocolo VII permite la reapertura de un proceso penal si hechos o revelaciones nuevas pudieran afectar al contenido de la sentencia anterior. En segundo lugar, también se

¹²⁷² El art. 4 del Protocolo 7 del CEDH establece que «Nadie podrá ser inculcado o sancionado penalmente por un órgano jurisdiccional del mismo Estado, por una infracción de la que ya hubiere sido anteriormente absuelto o condenado en virtud de sentencia definitiva conforme a la ley y al procedimiento penal de ese Estado. 2. Lo dispuesto en el párrafo anterior no impedirá la reapertura del proceso, conforme a la ley y al procedimiento penal del Estado interesado, si hechos nuevos o nuevas revelaciones o un vicio esencial en el proceso anterior pudieran afectar a la sentencia dictada. 3. No se autorizará derogación alguna del presente artículo invocando el artículo 15 del Convenio».

¹²⁷³ M. PÉREZ MANZANO. 2002, *loc cit*, pág. 46; cfr. Sentencia del TEDH, de 28 de octubre de 1999, caso *Brumaresco v. Rumanía*.

¹²⁷⁴ M. PÉREZ MANZANO. 2002, *loc cit*, pág. 53; I. BLANCO CORDERO. 2005, “El principio...”, *loc cit*, pág. 4.

permite una excepción al *non bis in idem* por la existencia de graves defectos en la tramitación del procedimiento. Estos graves defectos en la tramitación podrían referirse a causas de nulidad de los actos judiciales o a situaciones en las que los procesos judiciales tienen por finalidad sustraer de la justicia al imputado¹²⁷⁵. En nuestro ordenamiento jurídico las sentencias absolutorias no pueden ser objeto de recurso de revisión alguno¹²⁷⁶, por lo que el único mecanismo para obtener una modificación del fallo es la interposición de un recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional. El problema es que el plazo de interposición es de 30 días, plazo muy breve. Supongamos que transcurridos 5 meses desde la firmeza de la sentencia absolutoria se descubren evidencias que acreditan que el proceso judicial fue fraudulento; en principio, no habría instancias judiciales nacionales donde acudir. Recordemos que el art. 18.1 de la LOPJ establece que *«las resoluciones judiciales sólo podrán dejarse sin efecto en virtud de los recursos previstos en las leyes»*. En suma, si no hay recurso posible, la resolución judicial firme con base en el principio de seguridad jurídica, tendría los efectos de cosa juzgada no pudiéndose reabrir proceso alguno nuevo¹²⁷⁷.

2.2.3. Otros convenios regionales en el ámbito de la Unión Europea.

En el ámbito de la Unión Europea existen otros tratados internacionales que regulan esta garantía, tanto en su aspecto formal como material. El Convenio de Aplicación del Acuerdo Schengen (en adelante CAAS), cuyo ámbito de aplicación es reducido, regula esta garantía en los art. 53 a 57. Así, en el art. 54 del CAAS se indica que *«una persona que haya sido juzgada en sentencia firme por una parte contratante no podrá ser perseguida por los mismos hechos por otra Parte contratante, siempre que, en caso de condena, se haya ejecutado la sanción, se esté ejecutando o no pueda ejecutarse ya*

¹²⁷⁵ S. OTTAVIANO. 2012, *loc cit.*

¹²⁷⁶ Cfr. Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 41/1997, de 10 de marzo, FJ 6°.

¹²⁷⁷ Cfr. Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 2/2003, de 16 de enero, FJ 3°, en donde justifican la imposibilidad de efectuar una revisión contra reo para *«evitar que el ciudadano sea víctima de la impotencia o del egoísmo del Estado, evitarle las “vejaciones” que resultarían de una situación de permanente inseguridad y, en fin, no dispensarle un trato incompatible con la condición de “ciudadano de un pueblo libre»*.

según la legislación de la Parte contratante donde haya tenido lugar la condena». En mi opinión, si bien es cierto que el precepto antedicho se haya ubicado en un capítulo que lleva por título “Aplicación del *non bis in ídem*”, no es menos cierto que en realidad lo que está regulando es la *res iudicata*, es decir, la garantía formal analizada. Dicho esto, un aspecto interesante del precepto referido es que el mismo no contempla expresamente supuestos en los que se haya absuelto al imputado, habiendo corregido el Tribunal de Justicia de la Unión Europea esta circunstancia mediante su jurisprudencia. Igualmente, en el art. 55 del CAAS se establecen ciertas excepciones a la *res iudicata*¹²⁷⁸, debiéndose reseñar que en caso de que se apliquen las mismas y resulte del nuevo proceso penal otra condena nueva, ésta deberá tener en cuenta las penas anteriores, deduciéndose los períodos de privación de libertad impuestos y demás sanciones penales aplicadas, *ex art.* 56 del CAAS.

Sin perjuicio de las excepciones previstas en el art. 55 del CAAS, en el art. 54 del mismo se incluye una excepción genérica relacionada con el concepto de “condena ejecutable”. Este término implica que la sanción penal impuesta ha tenido que ser ejecutada, debe estar ejecutándose o con base en la legislación del Estado Parte, aquélla ya no pueda ejecutarse. En este orden de ideas, si una persona condenada escapa del Estado que ha ejercido el *ius puniendi* sin llegar a ejecutarse la pena, podrá ser juzgado en otro Estado Parte por los mismos hechos, al no ser la condena impuesta en el proceso primigenio ejecutable¹²⁷⁹. El Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha interpretado el concepto de condena ejecutable, no comprendiendo el mismo los supuestos de prisión o detención preventiva o condicional, ni cuando un Estado miembro ha librado una orden de detención europea¹²⁸⁰. Asimismo, este tribunal también ha

¹²⁷⁸ Las principales excepciones al derecho de cosa juzgada previstas en el art. 55 del CAAS, son las siguientes: «1.- cuando los hechos contemplados en la sentencia extranjera hayan tenido lugar total o parcialmente en su territorio; 2.- cuando los hechos contemplados en la sentencia extranjera constituyan una infracción contra la seguridad del Estado u otros intereses igualmente esenciales de dicha Parte contratante; 3.- cuando los hechos contemplados en la sentencia extranjera hayan sido cometidos por un funcionario de dicha Parte contratante, incumpliendo las obligaciones de su cargo».

¹²⁷⁹ S. OTTAVIANO. 2012, *loc cit.*

¹²⁸⁰ A. M^a. SANZ HERMIDA. 2008, *loc cit.*, pág. 133; cfr. Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, asunto C-288/05, de 18 de julio de 2007, caso *Kretzinger*.

sostenido que el art. 54 del CAAS podría aplicarse a los hechos juzgados en los que se ha concedido la absolución del imputado, aun cuando no intervenga órgano judicial alguno y no revista la resolución forma de sentencia¹²⁸¹.

En el ámbito del Consejo de Europa también se ha tratado el *non bis in idem*, en particular, en el Convenio núm. 70 sobre la validez internacional de las sentencias penales. El art. 53 de dicho tratado internacional contiene una previsión semejante a las estudiadas, incluyendo la prohibición de un nuevo proceso por los mismos hechos sobre las personas que hayan sido condenadas o absueltas. El precepto contempla tanto la garantía formal como la material analizada, pero lo más relevante es que afirma que el indulto, amnistía o prescripción impide a otros Estados juzgar de nuevo los hechos. Esta circunstancia es crítica, sobre todo en relación a la amnistía. La concesión de amnistías absolutas e incondicionales sobre crímenes internacionales puede ir en contra del derecho internacional. Igualmente, el Convenio núm. 73 del Consejo de Europa, relativo a la transmisión de procedimientos en materia penal, regula el *non bis in idem* en semejantes términos a los expuestos anteriormente.

2.2.4. Convención Americana de Derechos Humanos.

El art. 8.4 de la Convención Americana de Derechos Humanos (en adelante, CADH) establece que «*el inculpado absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos*». Desde mi punto de vista, la redacción del precepto anterior carece de la precisión técnica-jurídica que ostenta el Protocolo VII al Convenio Europeo de Derechos Humanos, por diversos motivos. En primer lugar, solamente se contempla la *res iudicata* sin hacerse referencia alguna al *non bis in idem*. En segundo lugar,

¹²⁸¹ I. BLANCO CORDERO. 2005, “El principio...”, *loc cit*, pág. 11; cfr. Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en los asuntos acumulados C-187/2001 y C-385/2001, de 11 de febrero de 2003 (Petición de decisión prejudicial del *Oberlandesgericht Köln* y *Rechtbank van eerste aanleg te Veurne*): *Hüseyin Güzütok* (Asunto C-187/2001) y *Klaus Brügge* (Asunto C-385/2001), (2003) ECR I-5689, pára. 37.

solamente se contempla la garantía formal estudiada para aquellas personas que han sido absueltas en un proceso, sin referirse a los condenados en anteriores procesos penales. Por último, el precepto antedicho no regula ninguna posible excepción a su contenido. Aun así, hemos de significar que la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha ido construyendo determinadas excepciones a la garantía citada. Por un lado, la cuestión relativa al proceso equitativo puede desembocar en la invalidez del proceso judicial si se demuestra que no se respetaron las garantías esenciales, pudiéndose realizar una persecución nueva. Para la Corte Interamericana resulta indiferente que el imputado haya sido condenado o absuelto, por lo que si el proceso ha incurrido en una vulneración de las garantías esenciales, en definitiva, del proceso equitativo, la resolución de la Corte Interamericana podría desplazar la garantía de cosa juzgada¹²⁸². Esta potestad se emplea tanto a favor del imputado (revisión de condena) como en contra del absuelto, siendo esta última circunstancia muy problemática, al poder extralimitarse la Corte Interamericana de sus funciones¹²⁸³.

Por otro lado, si se advierte que el Estado ha incumplido las obligaciones derivadas de la Carta Americana de Derechos Humanos relativas al deber de investigar y sancionar las violaciones de los derechos contenidos en aquella, podría volverse a repetir el proceso anterior. En mi opinión, la Corte Interamericana al establecer este criterio jurisprudencial puede estar extralimitándose de sus funciones, por lo siguiente. Lo lógico y coherente es que recomiende a los Estados el investigar y enjuiciar los crímenes internacionales cometidos, pero en tanto en cuanto obligue a sancionar, estaría prejuzgando el fallo del tribunal doméstico, el cual debe ser independiente e imparcial. Dicho esto, la Corte Interamericana considera la obligación de investigar y sancionar como una garantía individual de las víctimas y sus familiares, circunstancia por la cual debería efectuarse un nuevo proceso.

¹²⁸² Cfr. Sentencia de la CIDH, de 30 de mayo de 1999, caso *Castillo Petruzzi*, pára. 221; cfr. Sentencia de la CIDH, de 18 de agosto de 2000, caso *Cantoral Benavidez v. Perú*, pára. 138 a 140.

¹²⁸³ S. OTTAVIANO. 2012, *loc cit.*

Atendiendo al criterio jurisprudencial de la CIDH, la violación de las garantías individuales de las víctimas subsistiría hasta en tanto no exista una sentencia condenatoria¹²⁸⁴. Los motivos por los que la Corte Interamericana considera que puede dejarse sin efecto la *res iudicata*, consisten en que «*si aparecen nuevos hechos o pruebas que pueden permitir la determinación de los responsables de violaciones a los derechos humanos, y más aún, de los responsables de crímenes de lesa humanidad, pueden ser reabiertas las investigaciones, incluso si existe una sentencia absolutoria en calidad de cosa juzgada, puesto que las exigencias de la justicia, los derechos de las víctimas y la letra y espíritu de la Convención Americana desplaza la protección del ne bis in idem*¹²⁸⁵». En suma, el interés de la justicia y los derechos de las víctimas pueden dejar sin efecto otro derecho previsto en la Carta Americana de Derechos Humanos, con los perjuicios que ello podría ocasionar al imputado penalmente.

2.2.5. *El non bis in ídem en el derecho penal internacional*

El estudio del *non bis in ídem* realizado hasta el momento ha sido principalmente desde el punto de vista del derecho internacional de los derechos humanos, el cual enfoca esta figura jurídica desde el plano únicamente intraestatal. En el ámbito de la Unión Europea no es menos cierto que hay instrumentos internacionales regionales que pretenden regular este derecho más allá del ámbito interno de cada Estado, es decir, entienden el mismo como una manifestación de la confianza de un Estado hacia lo decidido por otro¹²⁸⁶, consiguiéndose una regulación interestatal. En cualquier caso, lo reseñable de lo hasta ahora visto es que el *non bis in ídem* se configura como una garantía del justiciable cuyo fin es limitar los posibles abusos del poder penal estatal. Ahora bien, una vez analicemos las normas relativas al derecho penal internacional, observaremos que esta garantía puede estar sujeta a

¹²⁸⁴ *Ibidem*.

¹²⁸⁵ Sentencia de la CIDH, de 26 de septiembre de 2006, caso *Almonacid Arellano v. Chile*, pára. 154.

¹²⁸⁶ S. OTTAVIANO. 2012, *loc cit*.

diversas excepciones que pueden dejar sin efecto la misma. Lo referido situaría al justiciable ante un doble riesgo penal, el posible castigo estatal y el internacional, conduciéndonos a situaciones injustas que pondrían en tela de juicio la validez del poder punitivo internacional¹²⁸⁷. Algún autor ha reseñado que la peculiaridad más reseñable del *non bis in ídem* en el derecho penal internacional, por encima incluso de su función de garantía penal y procesal, radica en que sirve para regular las relaciones jurisdiccionales concurrentes o complementarias que puedan surgir entre los órganos judiciales internacionales y nacionales competentes para enjuiciar un crimen internacional¹²⁸⁸. Desde mi punto de vista, esta afirmación no es plenamente acertada. No tenemos que confundir la garantía estudiada con las reglas para resolver los conflictos de jurisdicción existentes. El *non bis in ídem* suele predicarse cuando ya existe una resolución judicial firme anterior, sea absolutoria o condenatoria. El conflicto de jurisdicción surge antes de que haya recaído una sentencia firme sobre los hechos objeto de investigación, al haber dos órganos judiciales que se consideran competentes (conflicto positivo) o incompetentes (conflicto negativo) para conocer de la causa. Por ello, no debemos confundir la garantía del *non bis in ídem* y los principios de preferencia de los tribunales penales internacionales *ad hoc* y el principio de complementariedad de la CPI. Estos últimos principios constituyen la piedra angular para resolver los conflictos de jurisdicción existentes entre órganos judiciales internacionales y nacionales.

El desarrollo del derecho penal internacional ha provocado que el *non bis in ídem* tenga que ser regulado en los principales instrumentos internacionales de esta materia. Lo relevante es que se reconoce y se otorga validez a las sentencias dictadas en el ámbito doméstico¹²⁸⁹, siempre que

¹²⁸⁷ Cfr. D. BERNARD. 2011, “Ne bis in idem? Protector of defendants’ rights or jurisdictional pointsman?”, en *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 9, pág. 865; V. D WYNGAERT y G. STESENS. 1999, “The International non bis in idem Principle: Resolving Some of the Unanswered Questions”, en *International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 48, núm. 4, pág. 779 y ss.

¹²⁸⁸ D. BERNARD. 2011, *loc cit*, pág. 866.

¹²⁸⁹ En sentido contrario opinan diversos autores, cfr. R. CRYER *et al.* 2008, *loc cit*, pág. 68; cfr. G. CONWAY. 2003, *loc cit*, pág. 217 y ss., quienes consideran que las legislaciones nacionales no son homogéneas y pueden existir situaciones en las que no tenga validez el principio *non bis in ídem*.

reúnan unos requisitos mínimos de legalidad, independencia e imparcialidad, a fin de que se garanticen tanto los derechos del acusado como los de las víctimas¹²⁹⁰. Así pues, podemos afirmar que el *non bis in ídem* en el ámbito del derecho penal internacional tiene pleno reconocimiento¹²⁹¹, pudiendo haber cristalizado el mismo en derecho consuetudinario¹²⁹². Ciertamente, la regulación de esta garantía no ha sido uniforme en todo momento, esto puede observarse claramente si acudimos a los instrumentos internacionales al efecto. En un primer momento, los Estatutos de los tribunales *ad hoc* configuraron la garantía de la *res iudicata* de forma idéntica (art. 10 del Estatuto del TPIY y art. 9 del Estatuto del TPIR). Estos preceptos permiten la posibilidad de actuación del tribunal *ad hoc* luego de la intervención de uno doméstico y viceversa¹²⁹³. Esta relación se denomina jurisdicción concurrente, la cual se caracteriza por la primacía del tribunal penal *ad hoc* sobre las instancias judiciales nacionales¹²⁹⁴. Se conforma pues una relación de naturaleza vertical entre los tribunales penales internacionales y los tribunales domésticos, la cual aparece de nuevo en los Estatutos del Tribunal Especial para Sierra Leona y del Tribunal Especial para el Líbano¹²⁹⁵.

La creación de los tribunales penales internacionales híbridos o mixtos también ha conllevado un reconocimiento del *non bis in ídem*. El art. 9 del SCSL regula el *non bis in ídem*, principalmente en su versión de garantía

¹²⁹⁰ I. BLANCO CORDERO. 2007, “Report General...”, *loc cit*, pág. 123; cfr. *Prosecutor v. IENG Sary’s*, decisión on IENG Sary’s Rule 89 preliminary objections (*ne bis in ídem*, amnesty and pardon), 3 november 2011, case n° 2/19-09-2007/ECCC/TC, pára.7, en dónde se declara la invalidez del juicio efectuado al acusado en el año 1979 al no ser el tribunal que juzgó los hechos, independiente, imparcial y justo, por lo que no habría inconveniente alguno en volver a juzgar tales hechos punibles ante el ECCC.

¹²⁹¹ C. QUESADA ALCALÁ. 2005, *loc cit*, pág. 351.

¹²⁹² D. BERNARD. 2011, *loc cit*, pág. 864; K. AMBOS. 1998, “The International Criminal Court and the traditional principles of international cooperation in criminal matters”, en *Finnish Yearbook of International Law*, Vol. IX, pág. 420, quien reconoce que el principio *non bis in ídem* al incorporarse en el Estatuto de la CPI ha conllevado su universalización; en sentido contrario, cfr. A. ZAHAR y G. SLUITER. 2008, *loc cit*, pág. 478, quienes consideran que al no ser vinculante el Estatuto de la CPI para muchos Estados, el art. 20 no puede entenderse como derecho consuetudinario.

¹²⁹³ S. OTTAVIANO. 2012, *loc cit*.

¹²⁹⁴ A. CASSESE. 2008, “International criminal...”, *loc cit*, pág. 339.

¹²⁹⁵ A. ZAHAR y G. SLUITER. 2008, *loc cit*, pág. 477; A. CASSESE. 2008, “International criminal...”, *loc cit*, pág. 341.

formal, es decir, la *res iudicata*¹²⁹⁶. Esta circunstancia es un hecho constante en el derecho penal internacional, toda vez que la concepción de la cosa juzgada procede del *common law* en lugar del derecho continental¹²⁹⁷. Asimismo, el Estatuto del SCSL prevé una primacía del tribunal penal internacional sobre los tribunales domésticos *ex art. 8 del SCSL*. En relación al *non bis in ídem* se contemplan diversas excepciones al mismo, porque el proceso ante los tribunales nacionales de Sierra Leona no fuese independiente o imparcial, porque tenían por finalidad excluir de responsabilidad penal al imputado, porque no se respetó el principio de diligencia debida o porque los hechos fueron calificados y juzgados como un delito ordinario en lugar de un crimen internacional. En este último caso, si el SCSL juzga de nuevo al imputado deberá tener en cuenta las penas impuestas en los anteriores procesos. El art. 5 del STL también regula el *non bis in ídem* en términos similares a los expuestos; incluso, se incorpora una jurisdicción concurrente *ex art. 4 del Estatuto del STL*. Igualmente, en el art. 33 del Estatuto del ECCC se prevé la aplicación del *non bis in ídem*, eso sí, con una peculiaridad, ya que el mismo no aparece expresamente sino que se hace referencia a que se respetarán en los procesos penales que se sustancien las garantías previstas en el art. 14 del PIDCP. Por último, en el art. 11 del Estatuto de los Paneles Especiales de Timor Leste también se regula el *non bis in ídem* en términos parecidos al Estatuto del SCSL.

Como conclusión tenemos que referirnos a la regulación del *non bis in ídem* en el Estatuto de la CPI, en cuyo art. 20 se regula bajo el título de “cosa juzgada” (versión española) y “*ne bis in ídem*” (versión inglesa). Esta garantía penal y procesal se halla encuadrada en la Parte II del Estatuto de la CPI,

¹²⁹⁶ El art. 9 del SCSL dispone que «1. *No person shall be tried before a national court of Sierra Leone for acts for which he or she has already been tried by the Special Court. 2. A person who has been tried by a national court for the acts referred to in articles 2 to 4 of the present Statute may be subsequently tried by the Special Court if: a. The act for which he or she was tried was characterized as an ordinary crime; or b. The national court proceedings were not impartial or independent, were designed to shield the accused from international criminal responsibility or the case was not diligently prosecuted. 3. In considering the penalty to be imposed on a person convicted of a crime under the present Statute, the Special Court shall take into account the extent to which any penalty imposed by a national court on the same person for the same act has already been served.*».

¹²⁹⁷ C. QUESADA ALCALÁ. 2005, *loc cit*, pág. 351.

relativa a la competencia, admisibilidad y derecho aplicable, en lugar de estar incardinada en la Parte III sobre los principios generales del derecho penal¹²⁹⁸. La finalidad de esta garantía en el Estatuto de la CPI se encuentra más cercana a una manifestación del principio de complementariedad, y por ello, un obstáculo procesal para la jurisdicción de la CPI, que a una garantía que forma parte de los principios generales del derecho penal¹²⁹⁹. A diferencia de los tribunales *ad hoc* o híbridos, los cuales suelen tener primacía sobre los hechos a enjuiciar, en el ámbito de la Corte Penal Internacional prima la complementariedad de ésta, es decir, solo juzgará aquellos crímenes internacionales que no hayan podido ser juzgados por los órganos judiciales nacionales. Por ello, en el art. 20.3 del ECPI se indica que «*la Corte no procesará a nadie que haya sido procesado por otro tribunal en razón de hechos también prohibidos en virtud de los art. 6,7 u 8 (...)*», salvo las excepciones que posteriormente trataremos. La primacía de las resoluciones de la Corte Penal se aprecia en la redacción del art. 20.2 del ECPI, en donde se indica que «*nadie será procesado por otro tribunal en razón de uno de los crímenes mencionados en el art. 5 por el cual la Corte ya le hubiere condenado o absuelto*». Este apartado garantiza la *res iudicata* de las resoluciones de la Corte Penal Internacional, eso sí, en relación con los crímenes internacionales. Cuestión distinta es si el injusto del imputado lesionó otra serie de bienes jurídicos que no están protegidos en los tipos penales del Estatuto de la CPI siendo constitutivos de delitos ordinarios. En este supuesto sí podría ser posible un nuevo proceso ante los tribunales nacionales, exclusivamente para depurar la posible comisión de delitos comunes, debiéndose tener en cuenta los hechos declarados probados por la Corte Penal Internacional y también la pena impuesta, a fin de evitar un doble perjuicio al imputado y garantizar en la medida de lo posible el principio de proporcionalidad¹³⁰⁰. En el ámbito interno de la Corte Penal Internacional el art. 20.1 estipula que «*salvo que en el presente Estatuto se disponga otra cosa,*

¹²⁹⁸ S. OTTAVIANO. 2012, *loc cit.*

¹²⁹⁹ D. BERNARD. 2011, *loc cit.*, pág. 875.

¹³⁰⁰ Cfr. C. QUESADA ALCALÁ. 2005, *loc cit.*, pág. 355; cfr. I. TALLGREN. 1999, “Article 20. Ne bis in ídem”, en *Comment on the Rome Statute of the International Criminal Court*, Editorial: Nomos, pág. 422 y ss.

nadie será procesado por la Corte en razón de conductas constitutivas de crímenes por los cuales ya hubiere sido condenado o absuelto por la Corte».

De lo anterior se deduce que un enjuiciamiento fundamentado en una diferente y subsiguiente calificación jurídica, basada en la misma prueba, estaría prohibida¹³⁰¹.

Con respecto a las excepciones al *non bis in ídem* contempladas en el art. 20.3 del ECPI, las mismas consistirán en que los procesos penales ante los tribunales estatales hayan tenido como finalidad sustraer al acusado de su responsabilidad penal por crímenes de la competencia de la Corte o que el proceso no fuese independiente, imparcial o incompatible con la intención de someter a la persona a la acción de la justicia. Un proceso penal que tenga por finalidad evitar la condena mediante la apariencia de un procedimiento justo y equitativo para todas las partes, a fin de asegurarse la protección de la institución de la *res iudicata* (juicios denominados *shame proceedings*¹³⁰² o juicios farsa¹³⁰³) no serían válidos, pudiéndose constituir un nuevo proceso que garantizase los derechos de todas las partes. En los comentarios llevados a cabo por la Comisión de Derecho Internacional relativos al Proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y Seguridad Humana de 1996, en relación al principio *non bis in ídem* se indicó que era posible que un Estado brindase al responsable de la comisión de un crimen internacional la protección suficiente para que éste no fuese juzgado en otro país, ya fuese mediante la imposición de una condena irrisoria o por la absolución en un procedimiento penal, todo ello mediante un simulacro de juicio¹³⁰⁴. De ahí que la *res iudicata* no deba tener una validez absoluta en el derecho penal internacional. En este sentido, la figura de la cosa juzgada fraudulenta estaría contemplada tácitamente en el art. 20.3 del ECPI, sirviendo para interpretar la misma los criterios configurados por la CIDH¹³⁰⁵.

¹³⁰¹ C. QUESADA ALCALÁ. 2005, *loc cit*, pág. 353.

¹³⁰² H. SATZGER y J. KAYSER. 2007, *loc cit*, pág. 100.

¹³⁰³ I. BLANCO CORDERO. 2007, "Report General...", *loc cit*, pág. 128.

¹³⁰⁴ Cfr. UN. Doc. A/51/10, pág. 72; A. ZAHAR y G. SLUITER. 2008, *loc cit*, pág. 479.

¹³⁰⁵ Cfr. Sentencia de la CIDH, *caso Almonacid Arellano*, de fecha 26 de septiembre de 2006, pára. 154 y ss.

En ningún momento, a diferencia de lo previsto en los tribunales penales internacionales *ad hoc*, se incluye en el Estatuto de la CPI la excepción de que los hechos hubiesen sido castigados como delito ordinario. Esta circunstancia se justifica a causa del principio de complementariedad¹³⁰⁶ y podría estar amparada en el art. 17.1.c) del ECPI, que regula las cuestiones de admisibilidad, entendiendo que la Corte declarará la inadmisibilidad de un asunto si la persona de que se trate ha sido enjuiciada por la conducta a que se refiere la denuncia.

2.3. Fundamento.

En nuestro sistema legal la fundamentación del *non bis in idem* la encontramos en el principio de culpabilidad, en el de seguridad jurídica¹³⁰⁷ y en el principio de proporcionalidad¹³⁰⁸. En relación al primero, el *non bis in idem* impide que pueda imponerse por un mismo hecho penal una sanción que exceda del límite proporcional a la culpabilidad. Con respecto al segundo, se considera que no es admisible en un Estado de derecho la amenaza permanente de diferentes sanciones, ya sean simultáneas o sucesivas en el tiempo por el mismo hecho punible al mismo sujeto, pudiéndose considerar tal acto como un trato degradante¹³⁰⁹. Por último, sobre el principio de proporcionalidad, nuestro Tribunal Constitucional manifestó que la garantía del principio de legalidad obedece a que los ciudadanos tengan un conocimiento anticipado del contenido de la reacción punitiva del Estado ante la eventual comisión de un hecho ilícito, por lo que ese cometido garantista devendría inútil si ese mismo hecho, y por

¹³⁰⁶ S. OTTAVIANO. 2012, *loc cit.*

¹³⁰⁷ J. L. RODRÍGUEZ VILLASANTE y PRIETO. 1995, “La cosa juzgada militar”, en *Comentarios a las leyes procesales militares, Tomo II*, Madrid: Ministerio de Defensa, pág. 897; C. QUESADA ALCALÁ. 2005, *loc cit.*, pág. 357; cfr. G. CONWAY. 2003, *loc cit.*, pág. 222 y 223.

¹³⁰⁸ M. PÉREZ MANZANO. 2002, *loc cit.*, pág. 26; cfr. Sentencias del Tribunal Constitucional núm. 2/2003 de 16 de enero; 180/2004, de 2 de noviembre; 188/2005, de 4 de julio y 334/2005, de 20 de diciembre.

¹³⁰⁹ J. LÓPEZ BARJA DE QUIROGA. 2007, *loc cit.*, pág. 183.

igual fundamento, pudiese ser objeto de una nueva sanción, lo que comportaría una punición desproporcionada de la conducta ilícita¹³¹⁰.

Sobre la cosa juzgada, evidentemente, la principal fundamentación la encontramos en el principio de seguridad jurídica, el respeto a la tutela judicial efectiva y el derecho de defensa de los ciudadanos frente al Estado, toda vez que unos hechos que ya han sido juzgados debidamente habiendo recaído una resolución judicial firme, no pueden ser nuevamente enjuiciados, salvo los supuestos de interposición de un recurso de revisión o una demanda de amparo constitucional¹³¹¹. Toda persona tiene derecho a que la resolución judicial firme que ponga fin a una causa penal no esté pendiente *sine die* de posteriores modificaciones que permitan reabrirla o iniciarse un nuevo proceso penal sobre los mismos hechos, salvo que aparezcan nuevas pruebas que justifiquen una nueva investigación judicial sobre hechos ya juzgados¹³¹².

2.4. Naturaleza.

En el caso español, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional (en adelante, TC) ha delimitado correctamente el *non bis in idem*, configurándolo como un derecho fundamental comprendido en el art. 25 de la CE¹³¹³. Así pues, este derecho no podría ser conculcado, en principio, en ningún caso. Hemos empleado el término “en principio”, toda vez que el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos ofrece ciertas dudas, nada agradables, al

¹³¹⁰ Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 177/1999, de 11 de octubre, FJ 3º; cfr. M. PÉREZ MANZANO. 2002, *loc cit*, pág. 35 y ss.

¹³¹¹ M. PÉREZ MANZANO. 2002, *loc cit*, pág. 32.

¹³¹² *Ibidem*, pág. 30 y ss.

¹³¹³ La sentencia del Tribunal Constitucional núm. 2/1981, de 30 de enero, indicó que «el principio general del derecho conocido por <non bis in idem> supone, en una de sus más conocidas manifestaciones que no recaiga duplicidad de sanciones en los casos en que se aprecie la identidad del sujeto, hecho y fundamento...»; la Sentencia del TC núm. 180/2004, de 2 de noviembre afirmó que «el principio <non bis in idem> se configura como un derecho fundamental del ciudadano frente a la decisión de un poder público de castigarlo por unos hechos que ya fueron objeto de sanción, como consecuencia del anterior ejercicio del *ius puniendi* del Estado»; y la sentencia del TC núm. 150/1991, de 4 de julio, indicó que «el principio de *non bis in idem*, aunque no aparece constitucionalmente consagrado de manera expresa, ha de entenderse integrado en los principios de legalidad y tipicidad de las infracciones recogidas en el art. 25.1 de la CE...»; M. PÉREZ MANZANO. 2002, *loc cit*, pág. 24; A. M^a. SANZ HERMIDA. 2008, *loc cit*, pág. 128.

establecer en el art. 4 que en situaciones excepcionales que pongan en peligro la vida de la nación y cuya existencia haya sido proclamada oficialmente, los Estados Parte podrán suspender las obligaciones contraídas en el Pacto salvo ciertos derechos esenciales, entre los que no se encuentra el *non bis in idem*. De esta manera, a mi juicio los Estados podrían infundadamente suspender la garantía judicial analizada. Considerando que su finalidad es la seguridad jurídica, la legalidad penal, el principio de culpabilidad y proporcionalidad, desde el mismo momento en que la suspendemos la razón de ser del *non bis in idem* deja de existir y pierde su esencia. En suma, podríamos presenciar como a una persona se le condena dos veces por un mismo hecho, normalmente en situaciones de conflicto armado, en dónde, a lo mejor las garantías procesales y judiciales dejan mucho que desear a causa de la situación del país. Por ello, considero que los procedimientos penales que permitiesen la suspensión de este derecho podrían ser nulos. A fin de justificar lo antedicho, podemos poner como ejemplo nuestra legislación, en donde el contenido del art. 25 de la CE, en el caso de estado de excepción, no puede ser suspendido en ningún caso, *ex art. 55 de la CE*. Lo precitado demuestra la escasa fundamentación sobre la posibilidad de suspender el *non bis in idem*, debiendo prevalecer este derecho sobre cualquier situación extrema.

2.5. Presupuestos del *non bis in idem*.

2.5.1. *Identidad subjetiva.*

El principio de *non bis in idem* requiere una identidad en los sujetos activos del crimen internacional, es decir, esta garantía solo alcanza a los condenados o enjuiciados en anteriores procesos penales y no a terceras personas que no hayan sido condenadas o juzgadas¹³¹⁴. Así pues, supongamos que un tribunal español juzga, en aplicación de la justicia universal, a una persona como coautora de un crimen de guerra y ésta alega que dichos hechos ya fueron juzgados por el tribunal del *locus delicti* condenándose a la otra

¹³¹⁴ Cfr. M. PÉREZ MANZANO. 2002, *loc cit*, pág. 124 y ss.

persona que participó en el delito; sin embargo, el tribunal del *locus delicti* no enjuició al ahora acusado por los tribunales españoles. Evidentemente, en el supuesto planteado no habría violación de la *res iudicata*, ya que no existiría una identidad subjetiva en los hechos objeto de enjuiciamiento por el tribunal español y el del *locus delicti*. Ahora bien, tenemos que reconocer los múltiples inconvenientes procesales que podría ocasionar esta decisión, ya que en mi opinión sería necesario reconocer los hechos declarados probados en la instancia judicial del *locus delicti*, lo que podría lesionar el derecho de defensa del nuevo imputado, al no estar presente y poder defenderse de los mismos en la causa judicial primigenia. De otra parte, si no se tuviesen en cuenta los hechos probados de la instancia judicial del *locus delicti*, podrían pronunciarse sentencias contradictorias en algunos aspectos, hecho nada recomendable¹³¹⁵.

El requisito de la identidad subjetiva está ligado a la formalidad de la resolución judicial que pone fin al proceso, ya que sólo aquellas personas que son condenadas o absueltas mediante dicha resolución alcanzan la condición de persona juzgada o enjuiciada anteriormente. La *res iudicata* constituye un obstáculo para juzgar más de una vez a una persona por idénticos hechos, pero no impide o prohíbe un ulterior proceso por los mismos hechos sobre personas distintas¹³¹⁶. También, debemos traer a colación que la identidad del perjudicado o víctima del crimen no es un requisito de la *res iudicata*¹³¹⁷.

2.5.2. Identidad objetiva.

Constituye la piedra angular del *non bis in idem*, toda vez que lo importante es la existencia de una identidad de hechos objeto de enjuiciamiento¹³¹⁸. En palabras del Tribunal Constitucional el objeto del

¹³¹⁵ Cfr. A. DE LA OLIVA SANTOS. 1991, *loc cit*, pág. 160 a 176.

¹³¹⁶ J. L. RODRÍGUEZ VILLASANTE y PRIETO. 1995, “La cosa juzgada...”, *loc cit*, pág. 902.

¹³¹⁷ *Ibidem*, pág. 901.

¹³¹⁸ *Ibidem*, pág. 898.

proceso penal no es un crimen, si no un *factum*¹³¹⁹. Desde el mismo momento en que se juzgan hechos idénticos que ya fueron juzgados anteriormente se estaría vulnerando la garantía estudiada. La identidad debe ser absoluta, no semejante u homogénea¹³²⁰. La relevancia de la identidad objetiva aparece bien reflejada en la ley procesal militar española, ya que en el art. 3 de dicha ley se dispone que «*No se procederá penalmente contra persona alguna por hechos por los que ya hubiera sido juzgada en un proceso penal anterior, en el que haya recaído sentencia firme o auto, también firme de sobreseimiento definitivo o libre*». Como puede apreciarse en este precepto procesal, único dentro de la legislación española, se refleja de forma gratificante las principales características de la *res iudicata*, siendo éstas las siguientes¹³²¹:

- i. La prohibición se refiere sólo a la persona ya juzgada, por lo que aquellas personas que no lo han sido no podrán beneficiarse de dicha garantía procesal.
- ii. La cosa juzgada se concreta en los hechos por los que la persona imputada hubiera sido juzgada en un proceso anterior.
- iii. Se excluye no sólo la ulterior condena, sino también la iniciación de un segundo proceso por unos mismos hechos.
- iv. Es necesario que en el proceso anterior haya recaído una resolución judicial firme, por la que se absuelva o condene al imputado.

No debería tenerse en cuenta el cambio de calificación jurídica en los hechos o el grado de participación criminal en los mismos, lo relevante son los hechos enjuiciados¹³²². Ahora bien, las dificultades que plantea el concurso ideal de delitos no es baladí, toda vez que el enjuiciamiento aislado de alguno

¹³¹⁹ Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 134/1986, de 29 de octubre, FJ 2º; M. PÉREZ MANZANO. 2002, *loc cit*, pág. 89.

¹³²⁰ M. PÉREZ MANZANO. 2002, *loc cit*, pág. 101.

¹³²¹ J. L. RODRÍGUEZ VILLASANTE y PRIETO. 1995, “La cosa juzgada...”, *loc cit*, pág. 898 y ss.

¹³²² Cfr. A. DE LA OLIVA SANTOS. 1991, *loc cit*, pág. 157; J. L. RODRÍGUEZ VILLASANTE y PRIETO. 1995, “La cosa juzgada...”, *loc cit*, pág. 900 y ss.

de los crímenes cometidos podría impedir el del resto¹³²³. Por ejemplo, los tribunales penales *ad hoc* y el Tribunal Especial para Sierra Leona pueden juzgar nuevamente hechos que ya fueron sancionados como delitos ordinarios, siempre que el nuevo proceso sea por crímenes internacionales. Esta medida podría erosionar las garantías penales del justiciable, ya que el doble riesgo penal es notable, sobre todo, si en la causa judicial nacional se le castigó por la comisión de delitos ordinarios graves, tales como asesinatos, violaciones, etc. En cualquier caso, esta medida podría justificarse si no existe identidad de fundamento en los injustos cometidos y consideramos los hechos objeto del proceso desde un prisma normativo-jurídico y no desde una posición iusnaturalista, que no propugna criterio jurídico alguno¹³²⁴.

2.5.3. *Identidad de fundamento.*

Nuestro Tribunal Constitucional no ha definido la identidad de fundamento. Sin embargo, ha manifestado que la concurrencia de sanciones no debe obedecer a la misma perspectiva de defensa social o a la protección de un mismo bien jurídico¹³²⁵. En definitiva, la identidad de fundamento podríamos relacionarla con la identidad de un mismo bien jurídico protegido¹³²⁶. Eso sí, no basta con remitirnos a un concepto *in abstracto* de bien jurídico, si no al concreto, es decir, a la razón jurídica concreta de la norma aplicada. Si el presupuesto jurídico y el contenido de injusto es idéntico en ambos supuestos, habrá una identidad de fundamento, pudiendo concurrir un *bis in ídem*¹³²⁷. Con base en esta posición, los supuestos de concurso ideal de delitos no caerían en un *bis in ídem*, pudiendo recaer distintas condenas por unos mismos hechos. Trasladando lo antedicho al campo del derecho penal internacional, considero que un tribunal penal internacional podría juzgar hechos ya sancionados en sede doméstica, siempre y cuando los mismos no reúnan una identidad de

¹³²³ M. PÉREZ MANZANO. 2002, *loc cit*, pág. 93.

¹³²⁴ *Ibidem*, pág. 90.

¹³²⁵ Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 159/1985, de 27 de noviembre, FJ 3º y núm. 279/1994, de 17 de octubre FJ 8º; cfr. M. PÉREZ MANZANO. 2002, *loc cit*, pág. 116 y ss.

¹³²⁶ M. PÉREZ MANZANO. 2002, *loc cit*, pág. 118.

¹³²⁷ Cfr. *Ibidem*, pág. 120.

fundamento, es decir, que los bienes jurídicos y la razón jurídica concreta de los tipos penales sean distintos. En cualquier caso, para disminuir el doble riesgo penal y no lesionar seriamente el principio de proporcionalidad, la sentencia que pueda recaer en el proceso internacional deberá tener en cuenta la pena dictada en sede doméstica.

2.5.4. *Formalidad debida en la resolución judicial.*

Nos hallamos ante un requisito de naturaleza procesal. No cabe sostener que cualquier tipo de resolución judicial puede producir la eficacia de cosa juzgada. Sola aquellas resoluciones judiciales que deciden el fondo de la causa instruida pueden alcanzar el *status* de *res iudicata*. Como ejemplo de lo dicho y acudiendo al derecho español, las sentencias firmes y los autos de sobreseimiento definitivo o libre (que han adquirido firmeza) tienen los efectos de cosa juzgada, al tratarse de resoluciones judiciales que han resuelto la causa, debiendo estar en todo caso suficientemente motivadas¹³²⁸.

2.6. *Non bis in ídem v. jurisdicción universal.*

El principio *non bis in ídem* puede parecer una cuestión sencilla, pero en realidad, resulta compleja. Esto se debe al actual estado del derecho penal internacional, en donde se regulan una serie de crímenes internacionales que pueden ser perseguidos por múltiples instancias judiciales, ya sean internacionales o nacionales, pudiéndose originar diferentes conflictos de jurisdicción¹³²⁹. Por ejemplo, un crimen de guerra puede ser objeto de persecución por la Corte Penal Internacional y por un tribunal nacional en aplicación del principio de justicia universal. Puede que dicho crimen de guerra también sea perseguido por dos tribunales estatales, el del *locus delicti* y otro tercero que aplique los títulos jurisdiccionales de extraterritorialidad de la ley penal, entre ellos el de justicia universal. Igualmente, puede suceder que con

¹³²⁸ J. L. RODRÍGUEZ VILLASANTE y PRIETO. 1995, “La cosa juzgada...”, *loc cit*, pág. 908; A. DE LA OLIVA SANTOS. 1991, *loc cit*, pág. 177 y ss.

¹³²⁹ D. OEHLER. 1999, *loc cit*, pág. 609 y ss.

base en el principio de concurrencia de los tribunales penales *ad hoc*, éstos conozcan de un crimen de guerra y posteriormente, los mismos hechos, puedan ser objeto de enjuiciamiento por un tribunal nacional. Los ejemplos referidos nos muestran las variantes que pueden concurrir en el enjuiciamiento de un crimen de guerra, debiendo resolverse cada uno de ellas respetándose la garantía del *non bis in idem* y el principio de complementariedad de la Corte Penal Internacional, de supletoriedad o subsidiariedad de la justicia universal y de prioridad de los tribunales penales *ad hoc*.

En el supuesto de que exista ya una resolución judicial firme pronunciada en otro Estado, nos tenemos que preguntar sobre su vinculación y validez. El Convenio Europeo nº 70 sobre el valor internacional de las sentencias penales, se prevé la imposibilidad de que se inicie un nuevo proceso penal por hechos ya juzgados en otro Estado si fue absuelto el imputado o si se le impuso una sanción y la misma fue cumplida, esté en curso de cumplirse, fue indultada, amnistiada o estuviese prescrita su ejecución¹³³⁰. Evidentemente este precepto no tiene un alcance universal, de ahí la escasa relevancia que debemos darle. Sin embargo, nos ofrece ciertos criterios que podrían aplicarse analógicamente a supuestos surgidos en otros Estados que no le fuesen de aplicación el mismo. El precepto mencionado tratándose de delitos ordinarios podría ser válido. Ahora bien, ante la presencia de crímenes internacionales la concesión de amnistías absolutas e incondicionales podría suponer un fraude de ley al debido proceso, al tener como finalidad exonerar de toda responsabilidad a los responsables penales. Acudiendo a nuestro ordenamiento jurídico, el art. 23.2.c) de la LOPJ contempla ciertos requisitos relativos al *non bis in idem* que nuestros tribunales deben tener en consideración para aplicar la justicia universal. Así pues, el citado precepto indica que será necesario que «el

¹³³⁰ El art. 53 del Convenio Europeo de 1970 sobre el valor internacional de sentencias penales establece que: «La persona sobre la cual haya recibido una sentencia penal europea no podrá ser procesada, condenada ni sometida al cumplimiento de una sanción por el mismo hecho en otro Estado Contratante: a) cuando haya sido absuelta; b) cuando la sanción impuesta: i) se haya cumplido en su totalidad o este en curso de ejecución, o ii) haya sido objeto de un indulto, o amnistía que se refiera a la totalidad de la sanción o a la parte no cumplida de la misma, o iii) no pueda ya ejecutarse por razón de la prescripción; c) cuando el tribunal haya declarado culpable al autor de la infracción sin imponerle una sanción».

delincuente no haya sido absuelto, indultado o penado en el extranjero, o en este último caso, no haya cumplido la condena». Como podemos observar, la amnistía no supone un impedimento legal en nuestro sistema legal para aplicar la jurisdicción universal, cuestión distinta será la concesión de indultos, los cuales suponen la existencia de un juicio y una condena¹³³¹. El indulto sí conllevaría un límite al ejercicio de la jurisdicción universal, puesto que ya se ha juzgado el delito cometido.

2.6.1. Conflictos entre órganos judiciales internacionales y nacionales.

En el caso de que un tribunal nacional pretenda juzgar la comisión de algún crimen internacional tipificado en el Estatuto de la CPI, tendremos que acudir a lo previsto en el art. 20.2 del ECPI que dispone «*Nadie será procesado por otro tribunal en razón de uno de los crímenes mencionados en el art. 5 por el cual la Corte ya le hubiere condenado o absuelto*». Parece evidente que si la Corte Penal Internacional ha juzgado a una persona por la comisión de un crimen de guerra, los tribunales nacionales de cualesquiera país no podrán juzgarlo de nuevo¹³³². Lo relevante es que se intente juzgar nuevamente hechos idénticos, ya que si los hechos fuesen distintos a los que conoció la Corte Penal no habría inconveniente alguno para que un tribunal nacional enjuicie otra vez a la misma persona¹³³³. También puede suceder que el tribunal nacional enjuiciase unos hechos idénticos, pero calificándolos de distinta forma que la Corte Penal Internacional, es decir, puede ser que ésta enjuiciase a una persona por crímenes de lesa humanidad y el tribunal nacional pretenda juzgarlo por crímenes de guerra. En este caso, a mi entender, el tribunal nacional podría estar incurriendo en un fraude de ley, ya que la calificación jurídica de los hechos no influye en la garantía del *non bis in idem*. Si la Corte Penal Internacional hubiese entendido que unos hechos determinados en lugar de ser

¹³³¹ Cfr. S. MIR PUIG. 2010, *loc cit*, pág. 756; cfr. E. CUELLO CALÓN. 1980, *loc cit*, pág. 775; cfr. A. GIL GIL *et al.* 2011, “Curso de Derecho penal...”, *loc cit*, pág. 993 y ss.

¹³³² Cfr. X. MEDELLÍN URQUIAGA *et al* 2009, *loc cit*, pág. 87.

¹³³³ Parte de la doctrina entiende que los tribunales domésticos podrían juzgar de nuevo hechos idénticos a los enjuiciados por la CPI, siempre que éstos fuesen constitutivos de delitos ordinarios y no hubiesen podido ser juzgados por la referida CPI, cfr. R. CRYER *et al* 2008, *loc cit*, pág. 69.

crímenes de lesa humanidad eran crímenes de guerra, lo habría referido así en la sentencia, condenando o absolviendo al imputado por ello. Cuestión distinta será que el tribunal nacional posteriormente juzgue los mismos hechos pero calificándolos como delitos ordinarios. En mi opinión, esta opción podría ser válida, pero si la Corte Penal Internacional impuso ya una pena por los hechos enjuiciados, el tribunal estatal deberá tenerla en cuenta. Obsérvese que es posible que la Corte Penal Internacional, en su sentencia, ha podido dejar sin condenar ciertas conductas punibles al no tener competencia sobre éstas, de ahí que los tribunales nacionales sí puedan volver a conocer de tales hechos para sancionarlas. En realidad no se trataría de un *bis in ídem*, sino de una ampliación del catálogo de sanciones a imponer, toda vez que de lo contrario las mismas podrían quedar impunes¹³³⁴.

De igual forma, la Corte Penal Internacional no podrá juzgar a una persona por unos hechos que ya fueron juzgados en sede doméstica, salvo que el proceso penal nacional hubiese sido fraudulento (*sham proceedings*)¹³³⁵, al obedecer al propósito de sustraer al acusado de su responsabilidad penal o por no haberse instruido la causa penal con las garantías procesales debidas. En síntesis, si el proceso nacional fue justo y equitativo, la Corte Penal Internacional no podrá juzgar nuevamente dichos hechos punibles. Aquí se aprecia con claridad el principio de complementariedad de la Corte Penal Internacional¹³³⁶, al complementar ésta a los tribunales nacionales. Ahora bien, si los hechos que conoció el tribunal nacional fueron juzgados como delitos ordinarios, ¿puede la Corte Penal juzgarlos nuevamente pero calificándolos como crímenes internacionales? En mi opinión y a la luz de lo dispuesto en el art. 20.3 del ECPI no habría inconveniente alguno, siempre que se acredite que los bienes jurídicos protegidos son distintos en el delito ordinario y en el crimen internacional, surgiendo en este supuesto la figura del concurso ideal de delitos. Empero lo manifestado, considero que la Corte Penal Internacional

¹³³⁴ Cfr. A. ZAHAR y G. SLUITER. 2008, *loc cit*, pág. 478.

¹³³⁵ Cfr. R. CRYER *et al* 2008, *loc cit*, pág. 69; cfr. X. MEDELLÍN URQUIAGA *et al* 2009, *loc cit*, pág. 88.

¹³³⁶ Cfr. C. QUESADA ALCALÁ. 2005, *loc cit*, pág. 357.

debería tener en cuenta, si decide condenar, la pena impuesta por los tribunales nacionales, al igual que sucede con los tribunales penales *ad hoc*. Lo antedicho en relación a la Corte Penal Internacional es de aplicación también a los tribunales penales *ad hoc*, con la peculiaridad de que éstos, normalmente, gozan de una jurisdicción preferente para juzgar crímenes de guerra sobre las jurisdicciones nacionales, por lo que pueden pedir a éstas que le remitan la causa que están instruyendo si se consideran competentes sobre la misma.

2.6.2. Conflictos entre órganos judiciales nacionales de distintos Estados.

A su vez, pueden existir diferentes conflictos entre jurisdicciones nacionales para juzgar una infracción grave del DIH. Esto sucedería cuando un tribunal nacional en aplicación del título jurisdiccional universal enjuicia al responsable de una infracción grave del DIH, mientras que el tribunal del *locus delicti* también lo persigue por el mismo injusto. En este caso deberíamos tener en cuenta el principio de subsidiariedad de la justicia universal. Un tribunal que no guarda relación alguna con el crimen de guerra no debería enjuiciarlo si los tribunales del *locus delicti* ya lo están haciendo debidamente¹³³⁷. La concurrencia de jurisdicciones no es óbice para entender que llegado un determinado momento procesal deberá decidirse cuál de ellas es la preferente. En este orden de ideas, resulta obvio considerar a la jurisdicción del *locus delicti* y a la de la nacionalidad del imputado y las víctimas como preferentes frente a la jurisdicción universal.

Las infracciones graves del DIH ya juzgadas en sede doméstica no deberían perseguirse nuevamente por otro Estado en aplicación de la jurisdicción universal. Empero lo anterior, podría existir una excepción a lo dicho, consistiendo ésta en que los procedimientos hubiesen sido fraudulentos. En este supuesto, resultaría necesario en primer lugar que un tribunal internacional, con competencia para decidir sobre la legalidad de un proceso

¹³³⁷ Cfr. Y. DINSTEIN. 1998, “The Universality principle...”, *loc cit*, pág. 26, quien sostiene que la jurisdicción primaria es la del *locus delicti* y luego debería aplicarse el principio de personalidad, dejándose en último lugar la aplicación del título jurisdiccional universal.

nacional se pronunciase sobre el mismo. En segundo lugar, si este tribunal internacional acuerda que el proceso estatal ha sido fraudulento, declarando la nulidad del mismo o su repetición, resultaría necesario que el proceso no se haya repetido o no se hayan subsanado los errores manifiestos por parte del tribunal del *locus delicti*. En esta situación, terceros Estados podrían hacer cumplir la decisión del citado tribunal internacional, juzgando en aplicación de la justicia universal tales hechos. En nuestro ordenamiento jurídico la LOPJ no contempla la situación de proceso fraudulento como presupuesto necesario para aplicar la justicia universal, ya que solamente indica los supuestos de ausencia de indulto, condena o absolución, *ex art. 23.2.c)* en relación con el art. 23.5, ambos de la LOPJ. A pesar de ello, la Ley Orgánica 1/2009 incorporó el presupuesto de la *persecución efectiva* para aplicar la justicia universal, requisito que podría abarcar el supuesto analizado.

Ahora bien, en este supuesto deberíamos preguntarnos si la incitación de la persecución de la infracción grave del DIH por terceros Estados correspondería al Ministerio Fiscal o bastaría una denuncia particular. A este respecto cabe señalar que cada Estado tiene una forma de actuar distinta, prevaleciendo, desgraciadamente, el requisito de que para iniciarse un procedimiento penal en aplicación de la jurisdicción universal es necesaria una incitación previa del Ministerio Fiscal, no teniendo lugar la denuncia particular como único mecanismo para lograr el inicio de un proceso penal. Como peculiaridad, en nuestro ordenamiento jurídico no es imprescindible la incitación del Ministerio Fiscal, bastando la interposición de una querrela o denuncia particular¹³³⁸ que deberá ser admitida para poder perseguirse un crimen de guerra en aplicación de la justicia universal.

También puede ocurrir que la aportación de nuevas pruebas en un proceso conlleven su reapertura. En este caso, el tribunal competente para conocer de la reapertura sería el mismo que acordó su archivo o sobreseimiento. Entiendo que un tercer Estado no podría previamente conocer,

¹³³⁸ Cfr. V. GIMENO SENDRA. 2004, *loc cit*, pág. 247; V. MORENO CATENA y V. CORTÉS DOMINGO. 2010, *loc cit*, pág. 177 y ss.

en aplicación de la justicia universal, de la causa si el tribunal que juzgó anteriormente dichos hechos no ha podido pronunciarse sobre las nuevas pruebas aportadas, ya que recordemos seguiría rigiendo el principio de subsidiariedad de la justicia universal en relación con la jurisdicción del *locus delicti*. Si el tribunal principal valorando las nuevas pruebas acuerda no reabrir la causa, dicha resolución tendría la eficacia de cosa juzgada, por lo que constituiría un límite para la jurisdicción universal.

En este orden de cosas, podemos afirmar que el *non bis in ídem* constituyen un límite al ejercicio de la jurisdicción universal. Este límite no es absoluto, toda vez que en aquellos supuestos en que no haya una identidad subjetiva, objetiva y de fundamento, es posible que terceros Estados puedan iniciar un procedimiento penal en aplicación de la justicia universal. Fuera de todo lo anterior, la *res iudicata* y la imposibilidad de un doble castigo por los mismos hechos, conforman una excepción severa al ejercicio de la justicia universal, en aras de salvaguardar la seguridad jurídica de los justiciables.

3. La prescripción.

3.1. Concepto.

Esta figura jurídica impide que determinados ilícitos penales puedan ser perseguidos judicialmente por haber transcurrido un tiempo determinado sin que éstos hayan sido juzgados¹³³⁹. La prescripción consiste en la extinción por el transcurso del tiempo del derecho del Estado a imponer la pena o hacer ejecutar la pena ya impuesta¹³⁴⁰. En suma, la prescripción es una causa de extinción de la responsabilidad criminal fundada en la acción del tiempo sobre los acontecimientos humanos¹³⁴¹. La concurrencia de la misma tendrá un efecto inmediato en el injusto cometido, consistente en la imposibilidad de verificar la

¹³³⁹ Cfr. S. MIR PUIG. 2010, *loc cit*, pág. 759.

¹³⁴⁰ J.M. RODRÍGUEZ DEVESA. 1986, *loc cit*, pág. 681.

¹³⁴¹ F. MUÑOZ CONDE y M. GARCÍA ARÁN. 1998, *loc cit*, pág. 452; C. ROXIN. 2008, *loc cit*, pág. 987.

posible responsabilidad penal por el mero transcurso del tiempo¹³⁴². Acudiendo a la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo, en la sentencia de fecha 1 de diciembre de 1999, se indicó que la «*prescripción significa la renuncia por parte del Estado del derecho a juzgar, en razón a que el tiempo transcurrido borra de alguna manera los efectos de la infracción*».

3.2. Naturaleza.

La naturaleza de la prescripción es un aspecto muy controvertido, dado que hay autores que la sitúan como parte del derecho penal¹³⁴³, otros que la relacionan con el derecho procesal¹³⁴⁴, al impedir que continúe el proceso y no poderse verificar la existencia de responsabilidad criminal, otros que consideran que tiene una naturaleza mixta¹³⁴⁵, y por último, algunos que dejan abierto esta cuestión sin pronunciarse al respecto¹³⁴⁶. Si acudimos a la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo, en concreto, en la relevante Sentencia núm. 102/2012, de fecha 27 de febrero, podemos observar que la misma concede a esta institución jurídica la naturaleza de derecho material y no formal, es decir, se trataría de una institución penal y no procesal, por lo que en principio no regiría la retroactividad de la ley penal, aplicándose el principio de la ley penal más favorable¹³⁴⁷. Cuestión distinta será que nuestro legislador considere oportuno modificar los plazos de prescripción de los comportamientos punibles, esto sí está permitido. Lo que no se permite es resucitar una responsabilidad penal ya extinguida si el delito cometido

¹³⁴² A. GIL GIL *et al.* 2011, “Curso de Derecho penal...”, *loc cit*, pág. 1002.

¹³⁴³ S. MIR PUIG. 2010, *loc cit*, pág. 760; F. MUÑOZ CONDE y M. GARCÍA ARÁN. 1998, *loc cit*, pág. 454; G. RODRÍGUEZ MOURULLO. 1978, *loc cit*, pág. 139; J. J. BUSTOS RAMÍREZ y H. HORMAZABAL MALAREÉ. 1997, *loc cit*, pág. 230.

¹³⁴⁴ J. CEREZO MIR. 1998, *loc cit*, pág. 183, sin embargo significa que esta institución estaría sometida a lo dispuesto en el art. 2.3 del Código Civil, es decir, puede tener eficacia retroactiva si así se dispone, y al art. 9.3 de la Constitución, en cuanto que declara la irretroactividad de las disposiciones restrictivas de derechos individuales.

¹³⁴⁵ H.H. JESCHECK y T. WEIGEND. 2002, “Tratado de...”, *loc cit*, pág. 983.

¹³⁴⁶ A. GIL GIL *et al.* 2011, “Curso de Derecho penal...”, *loc cit*, pág. 1004.

¹³⁴⁷ Cfr. Sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Penal de fecha 6 de mayo de 2004, 10 de febrero de 2005, 7 de diciembre de 2006 y 20 de febrero de 2007; cfr. Sentencias del Tribunal Constitucional núm. 89/1989, de 10 de mayo, 157/1990, de 18 de octubre, 12/1991, de 28 de enero, 62/2001, de 1 de marzo y 63/2005, de 14 de marzo; cfr. A. GIL GIL. 2009, “*La justicia de transición en España. De la amnistía a la memoria histórica*”, Barcelona: Atelier, pág. 117 y ss.; cfr. H.H. JESCHECK y T. WEIGEND. 2002, “Tratado de...”, *loc cit*, pág. 982.

prescribió. En palabras del Tribunal Supremo, Sentencia núm. 102/2012, de fecha 27 de febrero, «(...) *aun cuando los Tratados Internacionales sobre la materia fijaran la imprescriptibilidad de los delitos contra la humanidad, esa exigencia que ha sido llevada a nuestro ordenamiento jurídico interno, tiene una aplicación hacia futuro y no es procedente otorgarle una interpretación retroactiva por impedirlo la seguridad jurídica y el art. 9.3 de la Constitución y art. 1 y 2 del Código Penal*». En definitiva, la aplicación retroactiva de la imprescriptibilidad de los crímenes internacionales no puede practicarse en nuestro ordenamiento jurídico. En otros sistemas legales, como sucede en la Argentina, se ha optado por lo contrario, aplicándose retroactivamente la imprescriptibilidad de los crímenes internacionales, pudiéndose resucitar la responsabilidad penal extinguida¹³⁴⁸.

3.3. Fundamento.

Existen posiciones críticas con la teoría de que la institución de la prescripción está relacionada exclusivamente con el mero transcurso del tiempo sin ejercitarse una acción penal concreta. Si bien es cierto que el paso del tiempo es un elemento clave para entender la prescripción, no es menos cierto que no sólo el transcurrir del tiempo es la esencia de esta institución. La pérdida de la necesidad de la pena, la imposibilidad de que la misma cumpla su objetivo y el principio de seguridad jurídica, consagrado en nuestro ordenamiento jurídico en el art. 9.3 de la CE, constituyen el fundamento de la prescripción¹³⁴⁹. La doctrina ha considerado que el fundamento de la

¹³⁴⁸ F. PARENTI. 2008, "Informe Nacional de Argentina", en *Jurisprudencia Latinoamericana sobre derecho penal internacional*, Editores: KAI AMBOS y E. MALARINO, Fundación Konrad Adenauer, pág. 42 y ss.

¹³⁴⁹ Cfr. E. RAÚL ZAFFARONI. 1998, *loc cit*, Tomo V, pág. 24; cfr. Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 29/2008, de 20 de febrero, en donde se indica claramente que «*el valor al que sirve es la seguridad jurídica, evitando una pendencia sine die de la amenaza penal sobre aquéllos a quienes pueda considerarse implicados en un delito. Así lo subrayábamos en la STC (Pleno) 157/1990, de 18 de octubre, al afirmar que "la prescripción de la infracción penal, institución de larga tradición histórica y generalmente aceptada, supone una autolimitación o renuncia del Estado al ius puniendi por el transcurso del tiempo, que encuentra también fundamentos en principios y valores constitucionales, pues toma en consideración la función de la pena y la situación del presunto inculpaado, su derecho a que no se dilate indebidamente la situación que supone la virtual amenaza de una sanción penal, lo que ha de ponerse en conexión también con el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas (STC 17/1983). La*

prescripción es múltiple, toda vez que con el devenir del tiempo se entiende que el ejercicio del *ius puniendi* decae¹³⁵⁰, tanto desde el punto de vista de la prevención general como en relación a los fines resocializadores de la pena¹³⁵¹. No podemos olvidar que en virtud de la justicia universal es el Estado quien impone un castigo al responsable de un crimen internacional, por lo que los principios que rigen en el ordenamiento interno del Estado se aplicarán al supuesto de hecho concreto. Así, dentro de nuestro ordenamiento jurídico el art. 25.2 de la CE consagra el principio de reinserción social y reeducación de la pena, que en principio, debe regir en el castigo impuesto al criminal. También podemos justificar la prescripción a partir de cuestiones procesales, relacionadas con la dificultad de encontrar un acervo probatorio suficiente que posibilite la incoación de un procedimiento penal por la comisión de crímenes internacionales¹³⁵². Sin embargo, en mi opinión esta teoría no es acertada plenamente, toda vez que resultaría innecesaria la misma en virtud de la máxima *in dubio pro reo*¹³⁵³. En caso de que las pruebas incriminatorias aportadas a la causa penal no acreditasen la culpabilidad del acusado, debería aplicarse este principio. En nuestro ordenamiento jurídico la institución de la prescripción juega un papel importante en las causas penales, ya que es considerada una causa de extinción de la responsabilidad penal *ex art.* 130 del CP y puede ser utilizada como un artículo de previo pronunciamiento *ex art.* 666 de la LECrim, que en caso de aceptarse conllevaría que la causa se sobreeseyese definitivamente, en aplicación de lo establecido en el art. 675 de la LECrim¹³⁵⁴.

Evidentemente, las cuestiones abordadas anteriormente están relacionadas con la comisión de delitos ordinarios, los cuales no suelen reunir

institución de la prescripción, en general, encuentra su propia justificación constitucional en el principio de seguridad jurídica consagrado de manera expresa en el art. 9.3 CE" (FJ 3)».

¹³⁵⁰ *Ibidem*, pág. 26, para este autor el fundamento principal de la prescripción es la inutilidad de la pena, ya que ésta tiene unos fines concretos que cumplir, no siendo estos exclusivamente retributivos y, tales fines con el devenir del tiempo se han perdido, por lo que la imposición de un castigo sería contraproducente.

¹³⁵¹ J.M. RODRÍGUEZ DEVESA. 1986, *loc cit*, pág. 681; A. ZAHAR y G. SLUITER. 2008, *loc cit*, pág. 517.

¹³⁵² J.M. HENCKAERTS y L. DOSWALD-BECK, 2007, *loc cit*, pág. 698.

¹³⁵³ H.H. JESCHECK y T. WEIGEND. 2002, "Tratado de...", *loc cit*, pág. 983.

¹³⁵⁴ V. GIMENO SENDRA. 2004, *loc cit*, pág. 631.

la gravedad y excepcionalidad¹³⁵⁵ que ostentan los crímenes internacionales, en particular, los crímenes de guerra, que sólo pueden cometerse cuando existe un conflicto armado. Esta peculiaridad conlleva que ciertos crímenes de guerra sean imprescriptibles¹³⁵⁶, a fin de evitar su impunidad¹³⁵⁷. Resulta interesante analizar la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en relación a las causas que justifican la imprescriptibilidad de los crímenes internacionales¹³⁵⁸. En un primer momento¹³⁵⁹ se afirmó que el Estatuto del TMIN consagró la imprescriptibilidad de los crímenes internacionales. Esta afirmación es curiosa, ya que en dicho Estatuto no se regula la institución de la prescripción, al igual que en los Principios de Derecho Internacional reconocidos por el Estatuto o en la sentencia de Nüremberg¹³⁶⁰. Debemos de acudir a una interpretación a *sensu contrario* para determinar que como no se establecía la prescripción de los crímenes, los mismos eran imprescriptibles¹³⁶¹. En un segundo momento, sostuvo el TEDH que en virtud de la Convención sobre Imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de lesa humanidad, los Estados parte estarían obligados a declarar la imprescriptibilidad de tales injustos, siendo indiferente la fecha de comisión de los mismos¹³⁶². Por último, el TEDH¹³⁶³ indicó que si los Estados aplicaron directamente el derecho internacional y éste no preveía la prescripción de los crímenes, los mismos eran imprescriptibles; sin embargo, si los mismos estaban sujetos a plazo de prescripción, sí era de aplicación esta institución.

¹³⁵⁵ J.M. HENCKAERTS y L. DOSWALD-BECK, 2007, *loc cit*, pág., pág. 695.

¹³⁵⁶ J.L. GÚZMAN DALBORA. 2005, “Crímenes internacionales y prescripción”, en *Temas Actuales de Derecho Penal Internacional*, Editores: K. AMBOS, E. MALARINO y J. WOISCHNIK, Berlín: Konrad Adenauer Stiftung, pág. 76; J.M. HENCKAERTS y L. DOSWALD-BECK, 2007, *loc cit*, pág. 694, norma 160 que dispone: «Las leyes de prescripción no se aplican a los crímenes de guerra».

¹³⁵⁷ Cfr. R. CRYER *et al* 2008, *loc cit*, pág. 65.

¹³⁵⁸ A. GIL GIL. 2011, “Las aportaciones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos al derecho penal internacional coincidencias y diferencias con la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en *Sistema Interamericano de Protección de los derechos humanos y derecho penal internacional*, Editor: G. ELSNER, Montevideo: Konrad Adenauer, pág. 338 y ss.

¹³⁵⁹ Sentencia del TEDH, 13 de enero de 1997, caso *Touvier v. Francia* 29420/95; caso *Papon v. Francia* 54210/00, 15 de noviembre de 2001 y caso *Kolk y Kislyiy v. Estonia*, de 17 de enero de 2006.

¹³⁶⁰ A. GIL GIL. 2011, “Las aportaciones...”, *loc cit*, pág. 338.

¹³⁶¹ W. A. SCHABAS. 2008, “Article 29”, en *The Rome Statute of the International Criminal Court*, Editor: O. TRIFFTERER, pág. 523.

¹³⁶² A. GIL GIL. 2011, “Las aportaciones...”, *loc cit*, pág. 339.

¹³⁶³ Sentencia del TEDH, de 17 de mayo de 2010, caso *Kononov v. Letonia*.

Dicho esto, no hemos de ser ajenos a una cuestión esencial, a saber, los Estados que aplican la justicia universal para enjuiciar crímenes internacionales emplean las leyes nacionales que les vinculan. Estas leyes suelen contemplar garantías para el justiciable, a fin de limitar el *ius puniendi* del Estado. Entre ellas encontramos la institución de la prescripción. Pues bien, el considerar los crímenes internacionales imprescriptibles conlleva que la norma general se convierta en excepción en determinadas circunstancias, siendo esto discutible¹³⁶⁴. Normalmente, se ha sostenido que la gravedad de los crímenes internacionales y las peculiaridades que los rodean los convierten en imprescriptibles¹³⁶⁵. El principal argumento jurídico sería que muchos crímenes internacionales son cometidos bien con la aquiescencia bien con la participación de los órganos del Estado, lo que supone que las medidas judiciales tendentes a perseguirlos son obstruidas por el propio Estado, que puede permanecer en el poder durante largos períodos de tiempo, favoreciendo la prescripción de los crímenes cometidos¹³⁶⁶. Aun así, tiempo y derecho penal deben ser igual para todo el mundo, sin diferenciar en ningún momento si nos hallamos ante ilícitos internacionales o nacionales¹³⁶⁷. Lo contrario puede suponer una aproximación del derecho penal internacional a un derecho de excepción, al constatarse numerosas singularidades de diversas garantías penales esenciales.

La seguridad jurídica, el olvido de la sociedad por la represión de determinados crímenes internacionales, la inutilidad de la pena y la dignidad humana harían imprudente la persecución de los mismos si ha transcurrido un prudencial período de tiempo de prescripción¹³⁶⁸. Asimismo, también puede surgir la disyuntiva de si es conveniente castigar a una persona por crímenes que cometió hace más de medio siglo, cuando esa persona ha cambiado en dicho transcurso de tiempo, es decir, ha purgado internamente sus errores y

¹³⁶⁴ D. N. PASTOR. 2010, “La imprescriptibilidad de los crímenes internacionales en conexión con el fenómeno del terrorismo”, en *Terrorismo y Estado de Derecho*, Directores: J.R. SERRANO-PIEDRECASAS y E. DEMETRIO CRESPO, Madrid: Iustel, pág. 641 y ss.

¹³⁶⁵ *Ibidem*, pág. 646.

¹³⁶⁶ J.L. GÚZMAN DALBORA. 2005, *loc cit*, pág. 77.

¹³⁶⁷ D. N. PASTOR. 2010, “La imprescriptibilidad...”, *loc cit*, pág. 641.

¹³⁶⁸ J.L. GÚZMAN DALBORA. 2005, *loc cit*, pág. 74 y 75.

aceptado los mismos¹³⁶⁹. La justificación de la gravedad del crimen carece de lógica desde el momento en que hay ciertos crímenes de guerra de escasa relevancia que son imprescriptibles, mientras que delitos comunes más graves estarían sujetos a esta institución¹³⁷⁰. No todos los crímenes de guerra reúnen la misma gravedad. Evidentemente, el maltrato de obra a un prisionero de guerra o a miembros de la población civil, tipificado en el art. 609 del CP, resulta más grave y trascendente en el campo penal que el mero apoderamiento sin necesidad militar de cosas o bienes, castigado en el art. 613.1.g) del CP.

Ante esta situación, una primera solución podría consistir en determinar la prescripción de ciertos crímenes de guerra y también de otros crímenes internacionales, fijando la imprescriptibilidad de los mismos para aquellos que atentan directamente contra la dignidad humana, la vida, integridad física, libertad sexual o cualquier otro derecho fundamental. Retomando el ejemplo expuesto, en el delito previsto en el art. 609 del CP podría estar justificado su imprescriptibilidad, ya que los bienes jurídicos son capitales. Sin embargo, el crimen castigado en el art. 613.1.g) tiene como bien jurídico principal, la propiedad de las personas, que es considerado un derecho importante, pero no fundamental, de ahí que el mismo pudiera estar sujeto a prescripción.

Una segunda solución podría residir en suspender los plazos de prescripción del crimen internacional mientras los presuntos responsables se encuentren amparados por el poder estatal¹³⁷¹. Igualmente, se podrían alargar los plazos de prescripción de los crímenes internacionales. De esta manera se garantizaría el derecho de los perjudicados a la investigación de los injustos cometidos y el acceso de los justiciables a la institución analizada, sin excepciones en derecho. Además, se respetaría la obligación que tienen los

¹³⁶⁹ C. NINO. 2006, “*Juicio al mal absoluto*”, Buenos Aires: Ariel, pág. 256.

¹³⁷⁰ D. N. PASTOR. 2010, “La imprescriptibilidad...”, *loc cit*, pág. 647; en sentido contrario, cfr. D. LÓPEZ GARRIDO. 2000, “La imprescriptibilidad de los crímenes contra la humanidad y el principio de jurisdicción universal”, en *Crimen Internacional y Justicia Universal*, El caso Pinochet, Coord. M. GARCÍA ARÁN y D. LÓPEZ GARRIDO, Valencia: Tirant Lo Blanch, pág. 49 y M. C. BASSIOUNI. 1999, “Crimes Against...”, *loc cit*, pág. 226.

¹³⁷¹ D. N. PASTOR. 2010, “La imprescriptibilidad...”, *loc cit*, pág. 647; J.L. GÚZMAN DALBORA. 2005, *loc cit*, pág.79 y ss.; cfr. H.H. JESCHECK y T. WEIGEND. 2002, “Tratado de...”, *loc cit*, pág. 985; C. NINO. 2006, *loc cit*, pág. 255.

Estados de perseguir a los responsables de cometer crímenes de guerra¹³⁷², garantizándose la lucha contra la impunidad.

3.4. La Convención de las Naciones Unidas de 1968 sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y lesa humanidad.

El origen o causa de la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra lo encontramos, principalmente, en la 2ª Guerra Mundial, hecho detonante de numerosas consecuencias jurídicas en el campo del derecho penal internacional. Las atrocidades llevadas a cabo contra la población civil, prisioneros de guerra y bienes de carácter cultural en dicha contienda armada, hicieron que la comunidad internacional pusiera en marcha los mecanismos legales oportunos para conseguir llevar a juicio a todas aquellas personas que los cometieron. Aun así, los tribunales nacionales que conseguían enjuiciar a los responsables se encontraban con un importante obstáculo jurídico, la prescripción de los delitos cometidos¹³⁷³. Esta situación desencadenó una serie de medidas legales, tanto en el plano nacional como internacional. En el ámbito doméstico, los Estados, principalmente Alemania, tuvieron que modificar sus leyes penales relativas a los plazos de prescripción, a fin de poder enjuiciar los crímenes internacionales cometidos durante la 2ª Guerra Mundial¹³⁷⁴. De otra parte, en el ámbito internacional se aprobó la Convención de las Naciones Unidas, de 26 de noviembre de 1968, sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y lesa humanidad, a propuesta del Estado de Polonia, que observaba como numerosos criminales de guerra nazis quedaban sin castigo a causa de la institución de la prescripción que regía en el ordenamiento jurídico alemán y en el resto de Estados europeos¹³⁷⁵.

¹³⁷² J.M. HENCKAERTS y L. DOSWALD-BECK, 2007, *loc cit*, pág. 696.

¹³⁷³ Cfr. R. H. MILLER. 1971, "The convention on the non applicability of the statutory limitations to war crimes and crimes against the humanity", en *American Journal of International Law*, Vol. 65, núm. 3, pág. 476.

¹³⁷⁴ G. WERLE. 2012, "*Pasado, presente y futuro del tratamiento jurídico penal de los crímenes internacionales*", Buenos Aires: Hammurabi, pág. 34 y ss.; F. WEISS. 1982, "Time limits for the prosecution of crimes against international law", en *British Yearbook of International Law*, núm. 53, pág. 167 y 168; C. NINO. 2006, *loc cit*, pág. 254.

¹³⁷⁵ R. H. MILLER. 1971, *loc cit*, pág. 479.

En el preámbulo de esta convención se indicó que era necesario y oportuno *afirmar* en derecho internacional el principio de imprescriptibilidad de los crímenes de guerra, asegurando su aplicación universal. Con el término de *afirmar* se consagraba la idea de que no se estaba creando una norma nueva, sino que la misma ya era existente y aplicable¹³⁷⁶. Esta medida se debía aplicar para prevenir los crímenes internacionales, proteger los derechos humanos y libertades fundamentales y contribuir a la paz y seguridad internacional. El ámbito de aplicación del convenio, *ex art. 1*, no era otro que los crímenes de lesa humanidad, genocidio y los crímenes de guerra, eso sí, en relación a éstos últimos solamente serían considerados aquellos que estaban definidos en el Estatuto del TMIN y sobre todo las infracciones graves enumeradas en los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949. Lo relevante de este precepto es que se establece que tales crímenes son imprescriptibles cualquiera que sea la fecha en la que se cometieron¹³⁷⁷. Esta innovación jurídica de la imprescriptibilidad de los crímenes internacionales, llevada a cabo por la Asamblea General de Naciones Unidas, se debió a criterios de justicia, toda vez que entendía que el paso del tiempo no podía impedir que los criminales de guerra quedasen sin castigo por las atrocidades cometidas durante la 2ª Guerra Mundial¹³⁷⁸.

Teniendo en cuenta que la convención se formalizó en el año 1968, los crímenes de guerra que estaban sujetos a la imprescriptibilidad eran adecuados. Ahora bien, actualmente debemos considerar obsoleta la enumeración de los crímenes internacionales relacionados en este instrumento internacional. La aprobación del Protocolo Adicional I a los Convenios de Ginebra de 1949 amplió el catálogo de crímenes de guerra que se podían cometer en un conflicto armado, y dichos hechos punibles no aparecen reflejados en el convenio de 1968 sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y lesa humanidad, de ahí que entendamos, actualmente, insuficiente la enumeración realizada en el art. 1 del convenio. Aun así, no podemos rechazar la

¹³⁷⁶ P. F. PARENTI. 2008, “Informe Nacional...”, *loc cit*, pág. 43.

¹³⁷⁷ R. H. MILLER. 1971, *loc cit*, pág. 481.

¹³⁷⁸ Cfr. F. WEISS. 1982, *loc cit*, pág. 163.

importancia de este texto internacional, al recogerse como mínimo las infracciones graves del DIH, las cuales pueden ser perseguidas en aplicación de la justicia universal. En cualquier caso, la aplicación de la convención quedó en un primer momento al arbitrio de los Estados quienes debían ajustar sus sistemas legales a lo previsto en aquél. En definitiva, los Estados ante la ausencia de un tribunal penal internacional permanente eran los encargados de aplicar este instrumento internacional¹³⁷⁹. A día de hoy, a causa de la existencia de la Corte Penal Internacional esta circunstancia ha cambiado, ya que ahora sí existe un tribunal penal internacional que reconoce la imprescriptibilidad de los crímenes internacionales tipificados en su Estatuto.

Desde mi punto de vista, el precepto más importante de la convención es el art. 4, que dispone «*Los Estados Parte en la presente convención se comprometen a adoptar, con arreglo a sus respectivos procedimientos constitucionales, las medidas legislativas o de otra índole que fueran necesarias para que la prescripción de la acción penal o de la pena, establecida por ley o de otro modo, no se aplique a los crímenes mencionados en los art. 1 y 2 de la presente convención y, en caso de que exista, sea abolida*». Este precepto conlleva directamente una aplicación retroactiva de la norma penal, toda vez que los Estados Parte deberán efectuar las modificaciones pertinentes en su legislación a fin de abolir la prescripción, en relación a los crímenes internacionales enumerados en el convenio¹³⁸⁰. Esta obligación ocasionó serios problemas a los Estados, los cuales podrían quebrantar el principio de no retroactividad de la ley penal al entenderse que la prescripción es una institución de naturaleza penal¹³⁸¹. Ciertamente, hemos de reseñar que la doctrina no es nada pacífica sobre esta cuestión¹³⁸², y además, los Estados tienen criterios distintos sobre el asunto. Así, por ejemplo en

¹³⁷⁹ R. H. MILLER. 1971, *loc cit*, pág. 477.

¹³⁸⁰ Acudiendo a la jurisprudencia latinoamericana, en concreto el *caso Arancibia Clavel*, la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina, entendió que dicho precepto no resultaba categórico con respecto a la retroactividad de la convención, pero sí indicaba un examen de la prescripción de forma diferenciada, según se trate o no de un delito de lesa humanidad, cfr. Sentencia de 24 de agosto del 2004 de la CSJN de la Argentina, *caso Arancibia Clavel*, considerando 26.

¹³⁸¹ Cfr. R. H. MILLER. 1971, *loc cit*, pág. 495 y 496.

¹³⁸² Cfr. A. GIL GIL. 2008, “Informes nacionales...”, *loc cit*, pág. 186.

Alemania y Suecia la prescripción es considerada materia procesal, mientras que en España es una cuestión de derecho sustantivo¹³⁸³. En síntesis, el convenio de 1968 contiene el principio de imprescriptibilidad de ciertos crímenes internacionales de forma retroactiva, es decir, los Estados Parte de este convenio internacional deberán modificar las normas correspondientes para evitar que un crimen de guerra, de lesa humanidad o de genocidio quede prescrito por el paso del tiempo. Como expusimos anteriormente, esta situación en nuestro ordenamiento jurídico no puede producirse, al prevalecer el principio de seguridad jurídica y prohibición de retroactividad de la ley penal. Por ello, entiendo que nuestro Estado no ratificase el instrumento internacional analizado. Una aplicación retroactiva para ampliar plazos de prescripción podría ser válida, pero no podría hacer resurgir de nuevo una responsabilidad penal extinguida. Este límite debería respetarse por los Estados.

Resulta interesante significar que con fecha 25 de enero de 1974, en el ámbito de la Unión Europea también se aprobó un convenio internacional sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de lesa humanidad. Atendiendo a las posibles diferencias existentes entre tales convenios internacionales, la primera cuestión a tratar es que el convenio europeo es de ámbito regional, por lo que sólo es de aplicación a los Estados europeos. La segunda diferencia es que el ámbito de aplicación del convenio europeo es más amplio que el de Naciones Unidas, ya que en el primero se contemplan otros crímenes de guerra distintos a los enumerados en los Convenios de Ginebra de 1949, incluso se establece que aquellos crímenes de guerra que puedan regularse en un futuro también serán imprescriptibles, de ahí que este convenio tenga un campo de aplicación más extenso. Por último, una tercera diferencia, relevante desde mi punto de vista, es que el convenio europeo, a diferencia del de Naciones Unidas, no resucita la responsabilidad penal extinguida. El art. 2 del convenio europeo dispone que la presente Convención se aplicará a las infracciones cometidas después de su entrada en vigor con respecto a este Estado y también se aplicará a las infracciones cometidas antes de la entrada en

¹³⁸³ I. BLANCO CORDERO. 2007, "Report General...", *loc cit*, pág. 142; F. WEISS. 1982, *loc cit*, pág. 165.

vigor, en los casos en los que el plazo de prescripción no haya llegado todavía a su término en dicha fecha. Del anterior precepto, se deduce la aplicación retroactiva de la institución de la prescripción, pero en ningún caso resurge de nuevo la responsabilidad penal extinguida, la cual es firme e invariable.

¿Han cristalizado en derecho consuetudinario las normas contenidas en el Convenio sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y lesa humanidad de 1968? Hemos de significar que el escaso número de Estados parte del mismo nos conduce a considerar que, actualmente, no forma parte del derecho consuetudinario¹³⁸⁴. Empero lo antedicho, sí podría sostenerse que la imprescriptibilidad de los crímenes internacionales se encuentra en fase de cristalización, a la vista de lo previsto en el art. 29 del ECPI y de la implementación en los ordenamientos jurídicos internos de la imprescriptibilidad de los crímenes internacionales, como sucedió en nuestro sistema legal con la aprobación de la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre¹³⁸⁵.

Determinadas resoluciones judiciales nacionales consideran que la imprescriptibilidad de los crímenes internacionales no forma parte del derecho consuetudinario¹³⁸⁶. Otras, sobre todo de países de Latinoamérica, han mostrado una posición contraria a la aquí defendida, en el sentido de entender que sí forma parte del derecho consuetudinario. En el caso *Molco de Choshuenko* ante la Corte Suprema de Chile se llegó a sostener que la imprescriptibilidad de los crímenes internacionales era un principio de derecho

¹³⁸⁴ A. REMIRO BROTONS. 2001, “Los crímenes de...”, *loc cit*, pág. 120; A. ZAHAR y G. SLUITER. 2008, *loc cit*, pág. 517; la Convención de Naciones Unidas de 1968 ha sido ratificada por menos de 50 Estados, mientras que la Convención de la Unión Europea no ha sido ratificada por más de 10 Estados.

¹³⁸⁵ Cfr. J.L. RODRÍGUEZ-VILLASANTE y PRIETO. 2003, “La reforma del Código Penal español por Ley Orgánica 15/2003: un paso al frente en la criminalización de la barbarie”, en *Revista Española de Derecho Militar*, núm. 82, pág. 197 y ss.; A. ZAHAR y G. SLUITER. 2008, *loc cit*, pág. 519.

¹³⁸⁶ Cfr. Decisión de la Corte Constitucional de Hungría núm. 53/1993 y decisión del Juez Sexto de Distrito de Procesos penales y federales, de fecha 11 de enero de 2001, caso *Miguel Cavallo*, expediente de extradición núm. 5/2000.

internacional¹³⁸⁷. La Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina en el caso *Arancibia Clavel*, afirmó sobre la imprescriptibilidad de los crímenes internacionales, lo siguiente:

- i. Que el Convenio de 1968 sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de lesa humanidad y de guerra formaba parte del derecho consuetudinario cuando sucedieron los hechos objeto de investigación judicial¹³⁸⁸.
- ii. Que el principio de imprescriptibilidad de los crímenes de guerra constituye una norma de *ius cogens*¹³⁸⁹.
- iii. Que la convención sobre la imprescriptibilidad representó la cristalización de principios vigentes para el Estado argentino como parte de la comunidad internacional¹³⁹⁰.

Por último, la Sentencia del Pleno Jurisdiccional del Tribunal Constitucional del Perú, de fecha 21 de marzo de 2011, sostuvo que la regla de la imprescriptibilidad rige en el derecho peruano, pero lo más impactante es que manifestó que se trataba de una norma de *ius cogens* con eficacia *erga omnes*¹³⁹¹. La justificación esgrimida por el alto tribunal del Perú no es otra que salvaguardar el derecho fundamental a la verdad de las víctimas.

¹³⁸⁷ Sentencia de la Corte Suprema de Chile (Sala Penal) de fecha 16 de diciembre del 2006, caso *Molco Choshuenco*, considerandos 4, 5 y 8: «el derecho internacional ha elevado al carácter de principio la imprescriptibilidad de ciertas categorías de crímenes nefandos, entre los cuales las “infracciones graves”, enumeradas en el art. 1 de los Convenios de Ginebra, declaración expresamente formulada en la Convención sobre imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de lesa humanidad, adoptada por la AGNU en 1968... el referido instrumento internacional, si bien no incorporado formalmente en nuestro derecho interno, da cuenta de un principio universalmente aceptado, que la aludida convención se limita a declarar comportándose como simple expresión formal de normas consuetudinarias preexistentes sobre la materia, lo que confiere a la regla sobre imprescriptibilidad así consagrada, eficacia internacional, con independencia de la entrada o no en vigor del texto que la contiene y aun respecto de Estados que no forman parte del tratado...».

¹³⁸⁸ Sentencia de la CSJN de la Argentina, de 24 de agosto del 2004, caso *Arancibia Clavel*, considerando 28.

¹³⁸⁹ *Ibidem*, considerando 29.

¹³⁹⁰ *Ibidem*, considerando 32.

¹³⁹¹ Sentencia del Pleno Jurisdiccional del Tribunal Constitucional del Perú, de fecha 21 de marzo de 2011, considerando 62: «sobre la base de lo expuesto, debe quedar claro que la regla de imprescriptibilidad de los delitos de lesa humanidad, y consecuentemente, el mandato de su persecución, con prescindencia de la fecha en que aquellos se hayan cometido, no tiene vigencia en el ordenamiento jurídico peruano como consecuencia de la entrada en vigor de la

En nuestro ordenamiento jurídico no existe ese denominado derecho fundamental a la verdad, lo más próximo al mismo podría ser el derecho a la tutela judicial efectiva. La búsqueda de la verdad es un fin legítimo y necesario, pero no podemos ser ajenos a que todo proceso penal tiene que respetar una serie de normas jurídicas, entre las que se encuentra la institución de la prescripción. Como expusimos, la prescripción tiene fundamentos constitucionales que legitiman su aplicación, existencia y necesidad. Pero lo más relevante es que obtenida la extinción de la responsabilidad penal, se impone una limitación notable a cualquier actuación jurisdiccional, lo que impide la aplicación de la justicia universal para perseguir crímenes internacional que según nuestro ordenamiento habrían prescrito¹³⁹².

3.5. *La Corte Penal Internacional.*

Como dijimos, la imprescriptibilidad de los crímenes internacionales todavía no forma parte del derecho consuetudinario, principalmente, por el escaso número de Estados Parte del Convenio de Naciones Unidas de 1968 sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y lesa humanidad. Aun así, no podemos obviar que la evolución del derecho penal internacional nos guía a considerar la imprescriptibilidad de los crímenes internacionales como una norma que está cristalizando en derecho consuetudinario. En el art. 29 del

Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad (9 de noviembre de 2003), sino que surge en virtud de una norma imperativa de derecho internacional general que, como ha sostenido la Corte Interamericana, no nace de la referida Convención, sino que está reconocida en ella (Cfr. Caso La Cantuta vs. Perú, Sentencia del 29 de noviembre de 2006, párrafo 225). Obviar esta obligación dimanante de la práctica internacional supone desconocer el contenido constitucional exigible del derecho fundamental a la verdad como manifestación implícita del principio-derecho a la dignidad humana (artículo 1 de la Constitución), del derecho fundamental a la tutela jurisdiccional efectiva (artículo 139, inciso 3, de la Constitución) y del deber del Estado de garantizar la plena vigencia de los derechos humanos (artículo 44 de la Constitución), siendo además un valor encaminado a la garantía plena de los derechos fundamentales a la vida (artículo 2, inciso 1, de la Constitución), a la integridad personal (artículo 2, inciso 1, de la Constitución), a la libertad personal (artículo 2, inciso 24, de la Constitución) y a la igualdad (artículo 2, inciso 2, de la Constitución), frente a sus muy graves violaciones. En virtud de dicho reconocimiento constitucional, (...) debe precisarse que la aludida regla de imprescriptibilidad, constituye una norma de ius cogens derivada del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, aplicable en todo tiempo, contra la que no cabe pacto en contrario, con fuerza erga omnes, y con plena eficacia en el ordenamiento jurídico peruano».

¹³⁹² Cfr. Sentencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, de fecha 27 de febrero de 2012, FJ. 2º.

ECPI se dispone que «*los crímenes de la competencia de la Corte no prescribirán*». La incorporación del referido precepto en el Convenio de Roma no es baladí, aunque parte de la doctrina entiende que podía haberse omitido perfectamente¹³⁹³. Sin embargo, el hecho de que se haya incluido hace que los Estado Parte deban adecuar su ordenamiento interno a este principio¹³⁹⁴, en virtud del principio de complementariedad.

La imprescriptibilidad de los crímenes internacionales en el Convenio de Roma debe argumentarse con base en principios penales básicos, tales como el de legalidad e irretroactividad de la ley penal. En este orden de ideas, es preciso significar que la imprescriptibilidad contenida en el Estatuto de la CPI rige hacia futuro, no es de aplicación retroactiva, es decir, los crímenes internacionales cometidos con anterioridad a la entrada en vigor del Convenio de Roma, no podrían ser perseguidos por la Corte Penal Internacional. Por ello, no hace falta entender si los cometidos con anterioridad prescriben o no, al no tener competencia la Corte Penal sobre los mismos¹³⁹⁵.

3.6. Divergencias entre la justicia universal y la imprescriptibilidad de los crímenes internacionales.

Ciertamente, algunos Estados aplican una retroactividad material a la imprescriptibilidad de los crímenes internacionales, mientras otros no. Esta discordancia es significativa, toda vez que unos Estados podrán en aplicación de la justicia universal enjuiciar crímenes ya prescritos por el paso del tiempo, mientras que otros encontrarán un serio límite a ello. Por ejemplo, en España cuando se aplica la jurisdicción universal para perseguir un crimen internacional se tiene en cuenta el momento de la comisión del mismo, ya que ello nos orientará sobre la norma penal a aplicar, tanto para saber el tipo penal como el plazo de prescripción del injusto del tipo. En definitiva, si en el año

¹³⁹³ W. A. SCHABAS. 2010, “The International...”, *loc cit*, pág. 470.

¹³⁹⁴ Cfr. J.L RODRÍGUEZ-VILLASANTE y PRIETO. 2003, “La reforma del Código...”, *loc cit*, pág. 233 y ss.; A. ZAHAR y G. SLUITER. 2008, *loc cit*, pág. 519.

¹³⁹⁵ W. A. SCHABAS. 2010, “The International...”, *loc cit*, pág. 275.

2013 se pretende juzgar crímenes de guerra cometidos en el año 1950 en un Estado “X”, nuestros tribunales, en principio, no podrían enjuiciarlos, ya que habrían prescrito, dado que la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra se implementó en el año 2003. Los crímenes que se cometan a partir de esa fecha sí podrán entenderse imprescriptibles, los anteriores estarían sujetos a prescripción. Sin embargo, otros Estados, por ejemplo en la Argentina, sí pueden perseguirse en aplicación de la justicia universal crímenes internacionales cometidos en un Estado “X” sin atender a la posible extinción de la responsabilidad penal obtenida, al aplicarse una retroactividad material de la norma de la imprescriptibilidad.

Actualmente, existe un proceso penal abierto en el Juzgado Federal núm. 1 de Buenos Aires contra determinados miembros de las fuerzas y cuerpos de seguridad españoles, por presuntos delitos que podrían calificarse como crímenes internacionales, cometidos durante la dictadura del General Francisco Franco Bahamonte¹³⁹⁶. La juez argentina del referido órgano judicial solicitó la extradición de aquellos para poder juzgarlos en aplicación del principio de justicia universal. No obstante, considero que las posibilidades de que se conceda dicha extradición son escasas. Si atendemos a lo preceptuado en el art. 9 del Tratado de extradición y asistencia en materia penal entre el Reino de España y la República de Argentina, de fecha 3 de marzo de 1987, observamos que en el mismo se afirma que no se concederá la extradición *«cuando de acuerdo a la Ley de alguna de las Partes se hubiera extinguido la pena o la acción penal correspondiente al delito por el cual se solicita la extradición»*. Los presuntos crímenes cometidos por las personas requeridas habrían prescrito según la norma española, circunstancia que impediría la extradición de los mismos a la Argentina; sin perjuicio de que al ser nacionales, encontraríamos también otro obstáculo a la concesión de la referida extradición.

¹³⁹⁶ Auto de fecha 18 de septiembre de 2013, del Juzgado Federal núm. 1 de Buenos Aires, causa 4591/2010.

A la vista de lo expuesto, podemos apreciar las divergencias existentes entre la institución de la prescripción y la justicia universal en los Estados. Lo recomendable es que existiese una homogeneidad de criterios, en aras de la seguridad jurídica, pero la realidad es bien distinta. Los dispares criterios de cada Estado hacen que podamos encontrarnos con situaciones divergentes. En unos casos se legitima una aplicación de la justicia universal muy amplia, mientras que en otros es más restringida y limitada. En este orden de cosas, la cooperación entre Estados resultará fundamental para solventar las diferencias existentes, eso sí, siempre dentro de la legalidad de las partes implicadas.

4. Leyes de Amnistía e impunidad.

4.1. Cuestiones generales.

La cuestión de cómo afrontarse las violaciones graves de los derechos humanos o crímenes internacionales acaecidos durante una situación de conflicto en el seno de un Estado es un asunto que todavía no ha obtenido una respuesta uniforme por parte de los Estados, siendo además un tema complejo¹³⁹⁷. La *praxis* estatal demuestra que los Estados han sido proclives a conceder amnistías para efectuar una transición con perspectivas de éxito, o incluso, para llegar a conseguir una situación de paz¹³⁹⁸. Igualmente, existen casos en los que se ha optado por la persecución penal de los responsables de los crímenes internacionales como medio para afianzar la paz o justicia¹³⁹⁹. Como punto de partida, hemos de afirmar que el ideal de justicia debería primar en todo momento, es decir, deberían perseguirse penalmente todos los

¹³⁹⁷ S. LANDSMAN. 1996, "Alternative responses to serious human rights abuses: of prosecution and truth commissions", en *Law and Contemporary Problems*, Vol. 59, núm. 4, pág. 81.

¹³⁹⁸ Entre las múltiples amnistías concedidas en los últimos años encontramos la de Perú, el salvador, Argentina, Chile Sudáfrica, Colombia, Afganistán, Sierra Leona o Algeria entre otras, cfr. C. P. TRUMBULL. 2008, "Giving amnesties a second chance", en *Berkeley Journal of International Law*, Vol. 25, pág. 285.

¹³⁹⁹ La amnistía de Guatemala excluía los crímenes de tortura, genocidio y desapariciones forzadas, cfr. Ley de Reconciliación Nacional, Decreto núm. 145/1996 (art. 8 y 11) y Croacia aprobó la General Amnesty Act of 24 September 1996, en donde tampoco se incluían en la misma las infracciones graves del DIH y el genocidio; cfr. C. P. TRUMBULL. 2008, "Giving amnesties...", *loc cit*, pág. 297.

crímenes internacionales cometidos durante una situación de conflicto en un Estado. Empero lo manifestado, no es menos cierto que este ideal de justicia puede ser inapropiado en determinadas circunstancias, ya que la incoación de causas penales podría prolongar o encrudecer el conflicto armado, con la consecuente continuidad de violaciones graves de derechos humanos, habituales en estos contextos. Ante esta situación, existen alternativas a la persecución penal que pueden ofrecernos una respuesta apropiada para esclarecer los derechos violados, conocer la verdad y ofrecer reparación a las víctimas, nos referimos a las comisiones de la verdad¹⁴⁰⁰.

Desde un primer momento, el conflicto existente entre paz y justicia es evidente¹⁴⁰¹. La amnistía impedirá que se inicien procesos penales que tengan por finalidad esclarecer la comisión de crímenes internacionales¹⁴⁰², por lo que el derecho de las víctimas a una tutela judicial efectiva se verá reducido. Cuestión distinta ocurre con el denominado derecho a la verdad, el cual se traduce en el derecho de la sociedad a conocer qué ocurrió, siendo considerado por la Comisión de Derechos Humanos como esencial para que en el futuro no se repitan estos actos¹⁴⁰³. Este derecho a la verdad puede verse reforzado con la aprobación de amnistías condicionadas, principalmente, mediante la constitución de comisiones de la verdad, que tienden a sustituir los procesos penales que pudieran iniciarse. En ocasiones, estas comisiones podrían tener

¹⁴⁰⁰ S. LANDSMAN. 1996, *loc cit*, pág. 83.

¹⁴⁰¹ Cfr. K. AMBOS. 2009, “El marco jurídico...”, *loc cit*, pág. 28 y ss., este autor nos ofrece un concepto de justicia relacionado con el derecho penal internacional, en concreto, con la justicia de transición, en el sentido de considerarla como una forma de retribución del responsable penal unida a un ideal de equidad, protección y vindicación de derechos y prevención y castigo de infracciones, teniendo en consideración los derechos de las víctimas, del acusado y el bienestar de la sociedad a largo plazo; P. D. EIROA. 2009, *loc cit*, pág. 344; E. MALARINO. 2013, “Transición, derecho penal y amnistía. Reflexiones sobre la utilización del derecho penal en procesos de transición”, en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, núm. 9, pág. 208.

¹⁴⁰² R. CRYER *et al* 2008, *loc cit*, pág. 31.

¹⁴⁰³ Doc. UN E/CN.4/Sub.2./1996/18 de 20 de junio de 1996, de la Comisión de Derechos Humanos, “Principios para la protección y promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad”, principio 1º: «*toda sociedad tiene el derecho inalienable a conocer la verdad acerca de los acontecimientos sucedidos y las circunstancias y los motivos que llevaron, mediante la violación masiva y sistemática de los derechos humanos, a la perpetración de crímenes aberrantes. El ejercicio pleno y efectivo del derecho a la verdad es esencial para evitar que en el futuro se repitan tales actos*».

mejor acogida en la sociedad y ofrecer una verdad razonable y no sesgada de lo acontecido en una situación de conflicto¹⁴⁰⁴.

Asimismo, las amnistías pueden también entrar en colisión con determinadas normas internacionales de *ius cogens*, me refiero a los Convenios de Ginebra de 1949¹⁴⁰⁵, cuyo art. 1 común establece el compromiso de las Partes «*de respetar y hacer respetar el presente Convenio en todas circunstancias*», y en particular, el art. 3 común a dichos Convenios, precepto que prohíbe en los conflictos armados internos una serie de comportamientos que actualmente son considerados crímenes de guerra. Si bien es cierto que el sistema de eficacia del DIH no regula específicamente los crímenes de guerra acaecidos en contiendas armadas domésticas, no es menos cierto que las partes contendientes en el mismo pueden celebrar acuerdos especiales para que sean de aplicación el resto de preceptos de los Convenios de Ginebra de 1949¹⁴⁰⁶. Entre los acuerdos a celebrarse podría incluirse la obligación de reprimir penalmente toda violación de los convenios, una vez haya sido comprobada la misma, según establece el art. 52 del CGI, 53 del CGII, 132 del CGIII y 149 del CGIV. En definitiva, las amnistías suelen concederse en situaciones de conflicto armado interno, por lo que éstas podrían quebrantar el compromiso de represión penal que hubiese podido acordarse¹⁴⁰⁷.

¹⁴⁰⁴ S. LANDSMAN. 1996, *loc cit*, pág. 88.

¹⁴⁰⁵ Cfr. K. AMBOS. 2009, “El marco jurídico...”, *loc cit*, pág. 36, como bien indica este autor la amnistías podrían entrar en conflicto con los deberes que tienen los Estados de perseguir ciertos crímenes internacionales, sobre todo aquellos cuya obligación de perseguir está regulada convencionalmente; cfr. R. C. SLYE. 2002, “The legitimacy of amnesties under international law and general principles of anglo-american law: is a legitimate amnesty possible?”, en *Virginia Journal of International Law*, Vol. 43, pág. 178, quien considera que sería incongruente que los Convenios de Ginebra de 1949 impusieran una jurisdicción universal para hacer cumplir las disposiciones del tratado y de otra parte se permitiesen las amnistías sobre las infracciones graves del DIH;

¹⁴⁰⁶ Cfr. E. B. L. KING. 2010, “Amnesties in a time of transition”, en *George Washington International Law Review*, Vol. 41, pág. 596, quien sostiene que las amnistías rigen en los conflictos armados no internacionales, al tratarse de una cuestión de derecho interno.

¹⁴⁰⁷ Y. NAQVI. 2003, *loc cit*, pág. 591; L. N. SADAT. 2003, “Universal jurisdiction, national amnesties, and truth commissions: reconciling the irreconcilable”, en *Universal Jurisdiction: National courts and the prosecution of serious crimes under international law*, Editor: S. MACEDO, Philadelphia: University of Pennsylvania Press, pág. 202, quien sostiene que en relación a las infracciones graves del DIH puede afirmarse la prohibición de concesión de amnistías, en virtud del derecho consuetudinario.

Igualmente, existen otros instrumentos internacionales aplicables a situaciones de contienda armada interna, me refiero al convenio para la prevención y sanción del genocidio de 1948 o el convenio contra la tortura de 1984, los cuales sí establecen la obligación de los Estados de perseguir estos comportamientos punibles¹⁴⁰⁸. A mayor abundamiento, en el Preámbulo del Estatuto de la CPI se indica que «*los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto no deben quedar sin castigo y que, a tal fin, hay que adoptar medidas en el plano nacional e intensificar la cooperación internacional para asegurar que sean efectivamente sometidos a la acción de la justicia...declarándose decididos a poner fin a la impunidad*». Resulta patente que los Estados Parte tienen que evitar la impunidad de los responsables de los principales crímenes internacionales¹⁴⁰⁹, de ahí que se comprometan junto con la Corte Penal Internacional a ello. En síntesis, y siguiendo la posición mantenida por nuestro Tribunal Supremo, en su Sentencia de fecha 27 de febrero de 2012, «*la obligación de los Estados de perseguir las violaciones constitutivas de delitos contra la humanidad aparece impuesta, de manera clara y precisa, con la promulgación del Estatuto de Roma que crea la Corte Penal Internacional (...), con una previsión clara sobre su ámbito temporal de actuación a los delitos “cometidos después de la entrada en vigor del presente Estatuto”*»¹⁴¹⁰. Así pues, los Estados Parte tienen el compromiso de perseguir estos crímenes internacionales¹⁴¹¹ en aras de poner

¹⁴⁰⁸ Y. NAQVI. 2003, *loc cit*, pág. 603, entiende que no caben las amnistías para el crimen de genocidio y el de torturas; C. P. TRUMBULL. 2008, “Giving amnesties...”, *loc cit*, pág. 289.

¹⁴⁰⁹ D.C. CARO CORIA. 2008, “Informes Nacionales: Perú”, en *Jurisprudencia Latinoamericana sobre derecho penal internacional*, Ed: K. AMBOS y E. MALARINO, Montevideo: Fundación Konrad Adenauer Stiftung, pág. 302.

¹⁴¹⁰ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, de fecha 27 de febrero de 2012, FJ 3º.3.

¹⁴¹¹ Cfr. M. OLLÉ SESÉ. 2008, “Justicia universal...”, *loc cit*, pág. 274 y 275; cfr. K. AMBOS. 2009, “El marco jurídico...”, *loc cit*, pág. 38; cfr. J. CHINCHÓN ALVÁREZ y L. VICENTE MÁRQUEZ. 2010, “La investigación de los crímenes cometidos en la guerra civil y el franquismo como delito de prevaricación. análisis crítico del auto del tribunal supremo de 3 de febrero de 2010 desde la perspectiva del derecho internacional”, en *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, nº 19, pág. 6 y 7, quienes sostienen que el derecho internacional impone una obligación a los Estados de investigar las graves violaciones de los derechos humanos, es decir, los crímenes internacionales; A. GIL GIL. 2010, “Justicia Transicional...”, *loc cit*, pág. 163; A. SEIBERT-FOHR. 2003, “The relevance...”, *loc cit*, pág. 558; cfr. G. WERLE. 2005, *loc cit*, pág. 130.

fin a la injusticia e impunidad y satisfacer los derechos inherentes de toda persona perjudicada por tales hechos punibles¹⁴¹².

De otra parte, el art. 27 de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados establece que una Parte no podrá invocar disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado. Este precepto podría verse conculcado desde el mismo momento en que un Estado en aplicación de una ley de amnistía evita el enjuiciamiento de criminales de guerra¹⁴¹³, ya que a través de una ley doméstica se estaría incumpliendo o quebrantando disposiciones esenciales del DIH que han cristalizado en derecho consuetudinario. Por ello, a mi juicio las amnistías absolutas e incondicionadas no pueden tener acogida, cuestión distinta serán aquellas que integran un derecho penal premial o atenuado, ofrecen reparaciones a las víctimas y facilitan el conocimiento de la verdad¹⁴¹⁴.

4.2. Concepto.

La definición de impunidad nos facilita el estudio de las amnistías, ya que la concesión de éstas podría ocasionar la referida impunidad. Dicho esto, la Comisión de Derechos Humanos definió la impunidad como «*la inexistencia, de hecho o de derecho, de responsabilidad penal por parte de los autores de violaciones, así como de responsabilidad civil, administrativa o disciplinaria,*

¹⁴¹² Cfr. J. DUGARD. 1999, “Dealing with crimes of a past regime. Is amnesty still an opinion?”, en *Leiden Journal of International Law*, nº 12, pág. 1003.

¹⁴¹³ Cfr. J. CHINCHÓN ALVÁREZ y L. VICENTE MÁRQUEZ. 2010, *loc cit*, pág. 4 y ss., quienes acertadamente consideran que las obligaciones internacionales asumidas por un Estado devienen en norma suprema, incluso por encima de las propias leyes domésticas, lo que conllevará que deban modificarse éstas para dar el debido cumplimiento al derecho internacional; cfr. Comité de Derechos Humanos “*Consideración de los informes presentados por los Estados partes bajo el artículo 40 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Observaciones finales del Comité de Derechos Humanos, República de Guatemala*”, CCPR/CO/72/GTM, de 27 de agosto de 2001, pára. 10; cfr. Opinión consultiva de la Corte Permanente de Justicia Internacional, “*Tratamiento de los nacionales polacos en Dantzig*”, de 4 de febrero de 1932, Serie A/B.nº44, pág. 24; cfr. Opinión consultiva de la Corte Internacional de Justicia, de 26 de abril de 1988, relativa a *Aplicabilidad de la obligación de arbitraje en virtud del artículo 21 del Acuerdo de 26 de junio de 1947 relativo a la sede de la Organización de las Naciones Unidas*, pára. 57; cfr. M. P. SCHARF. 1996. “The letter of...”, *loc cit*, pág. 43.

¹⁴¹⁴ Un ejemplo de este tipo de amnistía lo constituye la Ley 975 de 2005 de Colombia, cfr. E. MALARINO. 2013, “Transición, derecho...”, *loc cit*, pág. 210.

porque escapan a toda investigación con miras a su inculpación, detención, procesamiento y, en caso de ser reconocidos culpables, condena a penas apropiadas, incluso a la indemnización del daño causado»¹⁴¹⁵. Como puede apreciarse, no se requiere en toda situación de conflicto una respuesta penal, pudiendo ser suficiente, dependiendo del caso concreto, una actuación administrativa que podría consistir en la instauración de las citadas comisiones de la verdad que tanto existo tuvieron en Sudáfrica.

Llegados a este punto, la amnistía consiste en una derogación transitoria de la ley por la cual se beneficia a una pluralidad de sujetos, se cancelan los antecedentes penales, se suspenden los procesos judiciales en curso y se impide la incoación de otros nuevos procesos por los hechos que caen en el ámbito de aplicación de la ley de amnistía¹⁴¹⁶. En definitiva, la amnistía es un acto de olvido que afecta a un grupo o colectivo de personas¹⁴¹⁷. Lo expuesto nos conduce de nuevo a la referida colisión existente entre justicia y la paz¹⁴¹⁸, toda vez que ésta podría favorecer la impunidad¹⁴¹⁹ y ésta a su vez, podría conllevar que los Estados incumplieran los deberes que le impone el derecho internacional, pudiéndose comprometer su responsabilidad internacional¹⁴²⁰. Dicho esto, podemos adelantar que las amnistías absolutas e incondicionadas, a saber, aquellas que exoneran de responsabilidad penal a todas las personas que hubiesen cometido crímenes internacionales, sobre crímenes internacionales no

¹⁴¹⁵ Doc. E/CN.4/2005/102/Add.1, de 8 de febrero del 2005, sobre el “*Conjunto de principios y Promoción de los Derechos Humanos mediante la Lucha contra la Impunidad*”, definición A.

¹⁴¹⁶ L. GRACIA MARTÍN. 2000, “*Lecciones de consecuencias jurídicas del delito en el nuevo Código Penal español*”, Valencia: Tirant Lo Blanch, pág. 281 y 282.

¹⁴¹⁷ L. N. SADAT. 2003, “*Universal jurisdiction...*”, *loc cit*, pág. 196; M. P. SCHARF. 1999, “*The amnesty exception to the jurisdiction of the International Criminal Court*”, en *Cornell International Law Journal*, Vol. 32, pág. 507 y 508; P. D. EIROA. 2009, *loc cit*, pág. 236.

¹⁴¹⁸ El profesor OLLÉ SESÉ considera que las leyes de amnistías determinan la extinción de la responsabilidad penal de quienes cometieron un hecho punible, siendo incompatible lo anterior con la justicia transicional, ya que la impunidad evitaría la consolidación de un verdadero proceso democrático, cfr. M. OLLÉ SESÉ. 2008, “*Justicia Universal...*”, *loc cit*, pág. 279.

¹⁴¹⁹ K. AMBOS. 2009, “*El marco jurídico...*”, *loc cit*, pág. 39, quien afirma que si el derecho prevé un deber de perseguir, entonces el Estado de derecho supone una prohibición de amnistía, ya que sino el orden jurídico y social que debe ser protegido por el Estado se debilitaría. A pesar de todo ello, AMBOS considera que el deber de perseguir es una regla o principio que admite excepciones, cfr. *ibidem*, pág. 40.

¹⁴²⁰ Y. NAQVI. 2003, *loc cit*, pág. 589.

tendrán cabida dentro del derecho internacional¹⁴²¹. En mi opinión, podría admitirse en circunstancias muy tasadas una amnistía sobre personas concretas aunque hubiesen cometido crímenes internacionales, siempre que su concesión fuese un hecho determinante para alcanzar la paz social querida. En todo caso, las amnistías relacionadas con delitos ordinarios están permitidas por el derecho internacional.

4.3. Fundamentos de la amnistía.

Si el fundamento primario del derecho penal podemos situarlo en el mantenimiento de la paz social mediante la protección de los valores fundamentales de la misma¹⁴²², también podemos afirmar que los Estados disponen de otros instrumentos jurídicos aplicables en situaciones excepcionales y extremas, cuyo fin también es proteger y mantener el bien supremo de la paz¹⁴²³. En estas situaciones el Gobierno correspondiente entiende que con la promulgación de una amnistía se podría alcanzar la paz social deseada¹⁴²⁴, sofocarse la violencia engendrada en el seno del Estado e impedir o poner fin al conflicto armado¹⁴²⁵, de ahí, que tal medida deba ser considerada como excepcional y sometida a una cautela severa para que los derechos básicos de la población no se vean vulnerados. Podría considerarse una especie de reconciliación¹⁴²⁶ entre las partes en conflicto, ya que se

¹⁴²¹ G. WERLE. 2005, *loc cit*, pág. 135; E. B. L. KING. 2010, *loc cit*, pág. 618; cfr. N. R. ARRIAZA. 1990, *loc cit*, pág. 488, esta autora entiende que las amnistías absolutas quebrantan el derecho convencional, en relación a los delitos de torturas, desapariciones forzadas o ejecuciones extrajudiciales; M. P. SCHARF. 1999, “The amnesty exception...”, *loc cit*, pág. 508 y 509.

¹⁴²² G. RODRÍGUEZ MOURULLO. 1978, *loc cit*, pág. 19.

¹⁴²³ E. MALARINO. 2013, “Transición, derecho...”, *loc cit*, pág. 217.

¹⁴²⁴ La Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina, en la causa *Simón*, indicó en relación a las leyes de amnistía aprobadas por el anterior Gobierno, que la *ratio legis* era evidente, ya que «*amnistiar los graves hechos delictivos cometidos durante el anterior régimen militar, en el entendimiento de que, frente al grave conflicto de intereses que la sociedad argentina enfrentaba en ese momento, la amnistía aparecía como la única vía posible para preservar la paz social...*», Sentencia de la CSJN de la Argentina, de fecha 14 de junio del 2005, causa *Simón*, considerando 13; K. AMBOS. 2009, “El marco jurídico...”, *loc cit*, pág. 29.

¹⁴²⁵ E. B. L. KING. 2010, *loc cit*, pág. 610 y 611.

¹⁴²⁶ Cfr. R. CRYER *et al* 2008, *loc cit*, pág. 31.

pretende olvidar el pasado y mirar hacia el futuro¹⁴²⁷. En síntesis, la finalidad de la amnistía, según este criterio, sería establecer un puente para la transición democrática adecuada sin generación de violencia alguna, a fin de satisfacerse los objetivos generales del Estado y de su población¹⁴²⁸. También, las amnistías han sido entendidas como un conflicto de bienes en juego entre la paz sociopolítica y la persecución penal de determinados hechos punibles, prevaleciendo lo primero por meras causas políticas¹⁴²⁹. Asimismo, la Corte Constitucional Sudafricana en la decisión de la amnistía de 1994, afirmó otra finalidad a tener en cuenta en relación a las amnistías, indicando que igual de importante era obtener un acuerdo entre aquellas personas amenazadas por la transición a una sociedad democrática y los victimizados¹⁴³⁰.

Empero lo manifestado, las decisiones judiciales de ciertos tribunales nacionales, en particular, los argentinos en aplicación de lo determinado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, mantuvieron criterios distintos. Aseveraron que en el supuesto de un conflicto de bienes o intereses, atendiendo a la evolución del derecho internacional de los derechos humanos, debería prevalecer la protección de éstos frente a cualesquiera intereses políticos existentes¹⁴³¹. Con esta afirmación hicieron primar la justicia sobre la paz social. A mayor abundamiento, estos tribunales sostienen que la obligación de

¹⁴²⁷ J.M. RODRÍGUEZ DEVESA. 1986, *loc cit*, pág. 673, quien define la amnistía como un perdón u olvido total del delito, en síntesis, el mismo se tiene por no cometido anulándose los antecedentes penales; cfr. S. MIR PUIG. 2008, *loc cit*, pág. 757; E. CUELLO CALÓN. 1980, *loc cit*, pág. 777, quien afirma que la amnistía en ningún caso podría alcanzar a la responsabilidad civil derivada del delito; cfr. P. D. EIROA. 2009, *loc cit*, pág. 241.

¹⁴²⁸ Cfr. M. OLLÉ SESÉ. 2008, “Justicia universal...”, *loc cit*, pág. 277; cfr. K. AMBOS. 2009, “El marco jurídico...”, *loc cit*, pág. 29; cfr. R. C. SLYE. 2002, *loc cit*, pág. 179, quien afirma que los Estados continúan utilizando esta institución para facilitar las transiciones políticas de una dictadura a una democracia; cfr. G. WERLE. 2005, *loc cit*, pág. 135.

¹⁴²⁹ Cfr. Corte Suprema de Justicia de la Nación, resolución de fecha 14 de junio del 2005, causa *Simón*, considerando 13: «...la conservación de la armonía sociopolítica era valorada por el legislador como un bien jurídico sustancialmente más valioso que la continuación de la persecución penal de los beneficiarios de la ley. Dicha ley fue juzgada, en consecuencia, como el resultado de una ponderación acerca de los graves intereses en juego, privativa del poder político, y como tal fue admitida por este Tribunal»; cfr. M. OLLÉ SESÉ. 2008, “Justicia Universal...”, *loc cit*, pág. 278.

¹⁴³⁰ *AZAPO et al. V. The President et al*, 25 July 1996, case CCT 17/96, pára. 19; cfr. A. BORAINÉ. 2001, “A country unmasked, inside South Africa’s truth and reconciliation commission”, Oxford: Oxford University Press, pág. 285.

¹⁴³¹ Cfr. Corte Suprema de Justicia de la Nación, resolución de fecha 14 de junio del 2005, causa *Simón*, considerando 14.

los Estados es garantizar la protección eficaz de los derechos humanos de su población y dado que las amnistías suponen el *olvido* en la persecución de ciertos hechos punibles, el cumplimiento de éstas acarrearía la responsabilidad internacional del Estado, al no perseguir, investigar y castigar las violaciones graves de los derechos humanos cometidas¹⁴³².

En todo caso, como hemos venido sosteniendo, existen situaciones en las que determinadas amnistías podrían ser válidas y apropiadas, ya que sin su aprobación la situación de conflicto latente empeoraría. La finalidad principal es encontrar un punto común que satisfaga los intereses de la comunidad internacional y los del territorio afectado¹⁴³³. En suma, la tensión existente entre paz o justicia es evidente. Sin embargo, a la hora de elegir entre las mismas, lo apropiado, en mi opinión, sería elegir la paz. ¿De qué serviría llevar ante los tribunales de justicia a los responsables de crímenes internacionales, si con dicha actuación la paz se rompe, se reanuda la violencia y vuelven las violaciones graves de derechos humanos? Una de las finalidades del derecho penal internacional es el mantenimiento de la paz y seguridad¹⁴³⁴, por lo que sería contradictorio no permitir ciertas amnistías, cuyo fin no es otro que la restauración de la susodicha paz y la cesación de la violencia.

A pesar de lo antedicho, existen también motivos para considerar la promulgación de amnistías como un mecanismo poco útil para la transición democrática de un estado dictatorial, ya que las personas que han violado gravemente derechos humanos al quedar impunes por tales comportamientos podrían seguir cometiéndolos en un futuro¹⁴³⁵. Las denominadas autoamnistías,

¹⁴³² Corte Suprema de Justicia de la Nación, resolución de fecha 14 de junio del 2005, causa *Simón*, considerandos 15 a 19; cfr. M. OLLÉ SESÉ. 2008, “Justicia universal...”, *loc cit*, pág. 279.

¹⁴³³ Cfr. J. DUGARD. 1999, *loc cit*, pág. 1009; cfr. R. C. SLYE. 2002, *loc cit*, pág. 184, este autor afirma que la obligación de perseguir llevada hasta sus últimos extremos, sin excepción alguna, podría poner en peligro las transiciones democráticas de Estados frágiles; todo ello sin perjuicio de considerar que en el derecho internacional actual existe dicha obligación de perseguir crímenes internacionales.

¹⁴³⁴ P. D. EIROA. 2009, *loc cit*, pág. 143 y ss.

¹⁴³⁵ M. P. SCHARF. 1999, “The amnesty exception...”, *loc cit*, pág. 512, este autor entiende que si se conceden automáticamente amnistías los responsables no tendrán respeto por los derechos violados ni temor alguno a una futura represión.

son normas estatales promulgadas desde un Gobierno que ha violado de manera grave y sistemática los derechos humanos de sus nacionales, cuya única finalidad es configurarse un blindaje legal para que no se proceda penalmente contra ellos¹⁴³⁶. En ningún momento se busca con la promulgación de las mismas el restablecimiento de la paz social o el rencuentro de la sociedad con el Gobierno estatal, sólo se pretende la impunidad. Un ejemplo de lo anterior lo constituyen las leyes de amnistía de Chile¹⁴³⁷, Argentina¹⁴³⁸ o Perú¹⁴³⁹, las cuales ha declarado la Corte Interamericana de Derechos Humanos que incumplen los compromisos del Estado de investigar debidamente las violaciones graves de los derechos humanos¹⁴⁴⁰, comprometiéndose con ello la

¹⁴³⁶ R. C. SLYE. 2002, *loc cit*, pág. 240, quien denomina esta amnistías como amnésicas, ya que su única finalidad es olvidar todo lo ocurrido sin que exista ningún tipo de responsabilidad por sus autores ni derechos para las víctimas; cfr. M. P. SCHARF. 1999, “The amnesty exception...”, *loc cit*, pág. 513, en todo momento hay que distinguir la amnistía de delitos ordinarios o contra el Estado (traición, sedición, etc.) de crímenes internacionales los cuales afectan a la comunidad internacional y las víctimas juega un papel importante en la restauración de sus derechos.

¹⁴³⁷ Decreto Ley n° 2.191.

¹⁴³⁸ Ley n° 23.492 de Punto Final y Ley n° 23.521 de Obediencia Debida.

¹⁴³⁹ Leyes de amnistía n° 26.479 y 26.492.

¹⁴⁴⁰ La Sentencia de la CIDH, de 29 de noviembre de 2006, caso *La Cantuta*, indicó (Voto razonado del Juez GARCÍA RAMÍREZ) que el criterio de la CIDH sobre las autoamnistías es el siguiente: «a) la vigencia de los deberes de respeto y garantía establecidos en el artículo 1 de la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH), no obstante los obstáculos de derecho interno que pudieran desencaminar el debido cumplimiento de esas obligaciones asumidas por el Estado, en ejercicio de su soberanía, al constituirse como parte en la Convención; b) el consecuente destierro de la impunidad por delitos de suma gravedad -- violaciones graves a los derechos humanos-- que pudiera provenir de esos obstáculos; y c) el deber del Estado de introducir en su orden interno las medidas necesarias para alcanzar la vigencia de aquellos deberes y el destierro de esa impunidad, conforme a lo estipulado en el artículo 2 CADH», párrafo 3; en la Sentencia de la CIDH, de 26 de septiembre de 2006, caso *Almonacid Arellano v. Chile*, se sostuvo que «los crímenes de lesa humanidad no pueden ser amnistiados...» párrafo 115, también sostiene que «en el derecho de gentes, una norma consuetudinaria prescribe que un Estado que ha celebrado un convenio internacional, debe introducir en su derecho interno las modificaciones necesarias para asegurar la ejecución de las obligaciones asumidas. Esta norma aparece como válida universalmente y ha sido calificada por la jurisprudencia como un principio evidente. En este orden de ideas, la Convención Americana establece la obligación de cada Estado Parte de adecuar su derecho interno a las disposiciones de dicha Convención, para garantizar los derechos en ella consagrados...», párra. 117, y continúa afirmando que «Leyes de amnistía con las características descritas (supra párr. 116) conducen a la indefensión de las víctimas y a la perpetuación de la impunidad de los crímenes de lesa humanidad, por lo que son manifiestamente incompatibles con la letra y el espíritu de la Convención Americana e indudablemente afectan derechos consagrados en ella. Ello constituye per se una violación de la Convención y genera responsabilidad internacional del Estado. En consecuencia, dada su naturaleza, el Decreto Ley No. 2.191 carece de efectos jurídicos y no puede seguir representando un obstáculo para la investigación de los hechos que constituyen este caso, ni para la identificación y el castigo de los responsables, ni puede tener igual o similar impacto

responsabilidad del Estado¹⁴⁴¹. Un aspecto relevante de la jurisprudencia de la Corte Interamericana a tener en cuenta con respecto a la promulgación de este tipo de amnistías, es que las mismas carecen de efectos jurídicos alguno, es decir, son nulas de pleno derecho con efectos *ex tunc*¹⁴⁴². Esencialmente las amnistías absolutas, es decir, aquellas que tienen por finalidad esconder crímenes internacionales del pasado prohibiendo cualquier tipo de investigación¹⁴⁴³. Estas, normalmente no tienen ningún apoyo de la población, al ser impuestas por los regímenes que dejan el poder.

De otra parte encontramos las amnistías condicionadas, que son aquellas que no eximen automáticamente de responsabilidad penal sino que condicionan lo anterior a la realización de ciertos actos o concesiones, por ejemplo, el reconocimiento de los hechos punibles, la revelación completa de los sucesos punibles o el arrepentimiento¹⁴⁴⁴. El caso de Sudáfrica es el

respecto de otros casos de violación de los derechos consagrados en la Convención Americana acontecidos en Chile...», pára. 119; cfr. E. B. L. KING. 2010, loc cit, pág. 607.

¹⁴⁴¹ La resolución más emblemática de la CIDH sobre las consecuencias jurídicas de las amnistías la constituye la Sentencia de la CIDH, de 14 de marzo de 2001, caso *Barrios Altos v. Perú*, en donde se dispuso que: «*son inadmisibles las disposiciones de amnistía... que pretendan impedir la investigación y sanción de los responsables de las violaciones graves de los derechos humanos tales como la tortura, las ejecuciones sumarias, extralegales o arbitrarias y las desapariciones forzadas, todas ellas prohibidas por contravenir derechos inderogables reconocidos por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos...*», pára. 41, continuó indicando la CIDH que: «*las leyes de amnistía adoptadas por el Perú impidieron que los familiares de las víctimas y las víctimas sobrevivientes en el presente caso fueran oídas por un juez, conforme a lo señalado en el artículo 8.1 de la Convención; violaron el derecho a la protección judicial consagrado en el artículo 25 de la Convención; impidieron la investigación, persecución, captura, enjuiciamiento y sanción de los responsables de los hechos ocurridos en Barrios Altos, incumpliendo el artículo 1.1 de la Convención, y obstruyeron el esclarecimiento de los hechos del caso. Finalmente, la adopción de las leyes de autoamnistía incompatibles con la Convención incumplió la obligación de adecuar el derecho interno consagrada en el artículo 2 de la misma...*», pára. 42 y, concluyó afirmando que: «*Como consecuencia de la manifiesta incompatibilidad entre las leyes de autoamnistía y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, las mencionadas leyes carecen de efectos jurídicos y no pueden seguir representando un obstáculo para la investigación de los hechos que constituyen este caso ni para la identificación y el castigo de los responsables, ni puedan tener igual o similar impacto respecto de otros casos de violación de los derechos consagrados en la Convención Americana acontecidos en el Perú*», pára. 44.

¹⁴⁴² M. OLLÉ SESÉ. 2008, “Justicia universal...”, *loc cit*, pág. 285.

¹⁴⁴³ K. AMBOS. 2009, “El marco jurídico...”, *loc cit*, pág. 63; cfr. Sentencia del TEDH de 2 de noviembre de 2004, caso *Abdulsamet v. Turkey*, pára. 55, en donde se afirma que aquellos crímenes que incluyen torturas no pueden tener límite temporales ni ser impedidos por una amnistía o indulto; cfr. L. N. SADAT. 2003, “Universal jurisdiction...”, *loc cit*, pág. 204; cfr. E. B. L. KING. 2010, *loc cit*, pág. 582.

¹⁴⁴⁴ Cfr. K. AMBOS. 2009, “El marco jurídico...”, *loc cit*, pág. 71 y 72; cfr. L. N. SADAT. 2003, “Universal jurisdiction...”, *loc cit*, pág. 205; R. C. SLYE. 2002, *loc cit*, pág. 245,

prototipo de amnistía condicional, al someterse cada persona a un proceso que determinaba si le correspondía dicha amnistía, a cambio tenía que exponer el sujeto la verdad de los hechos cometidos y que estos fuesen constitutivos de delitos políticos¹⁴⁴⁵.

En definitiva, a mi juicio los crímenes internacionales deberían perseguirse judicialmente como pauta general¹⁴⁴⁶. Dicho esto, en situaciones excepcionales, donde la paz social puede romperse, retornándose a la violencia sistemática y a las violaciones graves del DIH, puede ser apropiado y recomendable la concesión de amnistías condicionadas y no absolutas. Estas consistirán en ofrecer cierta responsabilidad penal atenuada para los responsables de las violaciones, reparaciones adecuadas para las víctimas y sobre todo, reconocimiento de los hechos y de la verdad de lo acaecido durante el conflicto. De esta manera, la justicia, la reconciliación y el derecho a la verdad se verían reconocidos en gran medida, paliándose las situaciones de violencia. Paz a cambio de menos justicia o de una justicia alternativa¹⁴⁴⁷. En todo caso, lo que se encuentra prohibido por el derecho internacional serían las amnistías absolutas e incondicionadas, estas no tienen acogida alguna, al no ofrecer respuestas a los perjudicados por las violaciones graves de los derechos humanos¹⁴⁴⁸. Como ejemplo de estas amnistías absolutas e incondicionales, podemos significar el caso de la Ley de Amnistía General para la consolidación de la paz de El Salvador, aprobada por el Decreto Legislativo núm. 486 de 1993. En relación a la misma, la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Masacres del Mozote v. El Salvador*, de 25 de octubre de 2012, indicó que dicha ley «*vulnera gravemente el orden jurídico constitucional y*

denomina estas amnistías como responsables, ya que se fija algún tipo de responsabilidad, bien civil, administrativa o penal, además se expone a las víctimas la realidad de los hechos ocurridos, se ofrece una verdad.

¹⁴⁴⁵ K. AMBOS. 2009, “El marco jurídico...”, *loc cit*, pág. 73; P. D. EIROA. 2009, *loc cit*, pág. 275 y ss.

¹⁴⁴⁶ S. LANDSMAN. 1996, *loc cit*, pág. 90; L.M. OLSON. 2006, “Provoking the drago non the patio Matters of transitional justice: penal repression vs. amnesties”, en *Revista Internacional de la Cruz Roja*, Vol.88, nº 862, pág. 279.

¹⁴⁴⁷ Cfr. E. MALARINO. 2013, “Transición, derecho...”, *loc cit*, pág.216.

¹⁴⁴⁸ C. P. TRUMBULL. 2008, “Giving amnesties...”, *loc cit*, pág. 302; cfr. A GIL GIL. 2012, “Los crímenes de la Guerra civil española: ¿responsabilidad del Estado español por infracción del Convenio Europeo de Derechos Humanos?”, en *Indret*, pág. 14.

*afecta, asimismo, los principios fundamentales del Derecho Internacional de los Derechos Humanos»*¹⁴⁴⁹.

4.4. Efectos jurídicos de las amnistías frente a tribunales penales internacionales y tribunales nacionales de otros Estados.

Las amnistías son una manifestación de la soberanía estatal, al tratarse de un acto legislativo, en concreto, son normas internas que exoneran de responsabilidad penal a ciertas personas por unos hechos punibles determinados. Resulta patente que estas normas solo regirán en el propio Estado al ser una norma doméstica, no obligando a terceros Estados¹⁴⁵⁰. En el supuesto de que la amnistía fuese fruto de un tratado internacional (por ejemplo un armisticio), esta norma internacional solo sería de aplicación a los Estados Parte del mismo¹⁴⁵¹. En este orden de ideas, la justicia universal en principio no se verá muy limitada por la aprobación de estas normas¹⁴⁵². Una excepción a lo manifestado podría consistir en aquellas amnistías que hayan sido amparadas por las Naciones Unidas. Deberíamos entender que la participación de la comunidad internacionales en las mismas legitimaría su contenido a nivel internacional, no pudiendo ser cuestionadas, sobre todo si la participación ha sido del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas.

Las leyes internas no pueden impedir el enjuiciamiento por tribunales internacionales o domésticos de personas responsables por la comisión de crímenes internacionales¹⁴⁵³. La Comisión sobre la responsabilidad de los autores de la Gran Guerra, instaurada en el año 1919, ya estableció tal

¹⁴⁴⁹ Sentencia de la CIDH, de fecha 25 de octubre de 2012, caso *Masacre del Mozote v. El Salvador*, pára. 293.

¹⁴⁵⁰ R. CRYER *et al* 2008, *loc cit*, pág. 33.

¹⁴⁵¹ Y. NAQVI. 2003, *loc cit*, pág. 589.

¹⁴⁵² A. GIL GIL. 2010, “Justicia Transicional...”, *loc cit*, pág. 165; K. AMBOS. 2009, “El marco jurídico...”, *loc cit*, pág. 70; G. WERLE. 2005, *loc cit*, pág. 136; W. A. SCHABAS. 2010, “The International...”, *loc cit*, pág. 665.

¹⁴⁵³ Y. NAQVI. 2003, *loc cit*, pág. 593; M. P. SCHARF. 1999, “The amnesty exception...”, *loc cit*, pág. 514, cuando la amnistía quebranta una norma convencional los tribunales internacionales no podrán tenerla en cuenta, sobre todo si la amnistía condona crímenes internacionales.

postura¹⁴⁵⁴. Sin embargo, será con la aprobación de la Ley nº 10 del Consejo del Control Aliado cuando adquiere éste principio la relevancia actual¹⁴⁵⁵, ya que posteriormente la Asamblea General de Naciones Unidas consagrará los principios de Núremberg como normas consuetudinarias¹⁴⁵⁶. Asimismo, en el informe del Secretario General sobre la misión de observadores de las Naciones Unidas en Sierra Leona, se indicó que en el acuerdo de paz de Lomé se concedía una amnistía total para los responsables de todos los crímenes cometidos por miembros de las fuerzas que habían combatido en el conflicto. Pero por parte del Secretario General se dieron instrucciones para afirmar que las Naciones Unidas no reconocían la amnistía para los crímenes internacionales cometidos durante el conflicto de Sierra Leona (genocidio, crímenes de lesa humanidad, crímenes de guerra y otras violaciones graves del DIH)¹⁴⁵⁷. Esta posición se reflejó finalmente en el art. 10 del SCSL¹⁴⁵⁸. Los crímenes internacionales de los que puede conocer la SCSL no son objetos de amnistía alguna, mientras que los delitos ordinarios de los que también conoce este tribunal, en virtud del art. 5 de su Estatuto, si pueden ser objeto de la amnistía otorgada por el Gobierno de Sierra Leona.

¹⁴⁵⁴ Cfr. Commission on the responsibility of the authors of the war and on enforcement of penalties. 1920, *loc cit*, pág. 153.

¹⁴⁵⁵ El art. II.5 de la referida ley nº 10 del Consejo del Control Aliado disponía que: «*In any trial or prosecution for a crime herein referred to, the accused shall not be entitled to the benefits of any statute of limitation in respect to the period from 30 January 1933 to 1 July 1945, nor shall any immunity, pardon or amnesty granted under the Nazi regime be admitted as a bar to trial or punishment*».

¹⁴⁵⁶ El principio II de los principios de derecho internacional reconocidos en la Carta de Londres y en la sentencia de Núremberg, establece que el hecho de que las leyes internas no impongan la correspondiente pena a un acto que constituye un crimen de derecho internacional no liberará a la persona que haya cometido el acto de su responsabilidad bajo el derecho internacional, cfr. Yearbook of the International Law Commission, Vol. II, “*Formulation of the Nuremberg principles*”, pág. 374 y 375, la CDI entendió que el principio de responsabilidad internacional no podía verse quebrantado por el mero hecho de que las leyes internas de cada Estado no sancionasen los crímenes internacionales cometidos por sus nacionales. Por ello, basándose en la primacía del derecho internacional sobre el nacional, consideró que bajo el derecho internacional, las disposiciones internas que no castigasen un crimen internacional no obstaculizarían a la responsabilidad internacional del responsable.

¹⁴⁵⁷ Doc. UN. S/1999/836, de 30 de julio de 1999, pára. 7.

¹⁴⁵⁸ El art. 10 del Estatuto de la SCSL dispone que «*an amnesty granted to any person falling within the jurisdiction of the Special Court in respect of the crimes referred to in articles 2 to 4 of the present Statute shall not be a bar to prosecution*».

Ahora bien, ¿pueden terceros Estados en aplicación del título jurisdiccional universal perseguir crímenes internacionales que han sido amnistiados en los países en que fueron cometidos? La respuesta a la pregunta planteada encuentra una respuesta perfecta en las decisiones judiciales emanadas del Tribunal especial para Sierra leona. En el *caso Kallon*, este tribunal sostuvo que allí en donde la jurisdicción es universal, un Estado no puede privar a otro del ejercicio de su jurisdicción para perseguir a criminales que se les ha concedido la amnistía¹⁴⁵⁹. Lo anterior se justifica por la simple razón de que la amnistía es un acto soberano cuyos límites se encuentran en el propio territorio, más allá del mismo no ofrece protección alguna dicha concesión de olvido. Asimismo, esta idea se refuerza por el hecho de que los crímenes internacionales, al ser actos punibles que atentan contra la dignidad humana de forma inigualable, golpeando la conciencia de la humanidad y perjudicando a la comunidad internacional, aunque hayan sido amnistiados por un Estado, el resto de Estados se encontrarían legitimados para perseguirlos, ya que esta concesión de perdón u olvido no ha surgido de la comunidad internacional o del consenso de la misma. En síntesis, un Estado no puede obligar al resto de la comunidad internacional a olvidar crímenes sobre los cuales está legitimado a castigar.

El Tribunal Penal Internacional para Yugoslavia también se ha pronunciado sobre las amnistías en el *caso Furundzija*, en donde afirmó que no tendría sentido que por un lado, y en relación a la prohibición de la tortura como norma de *ius cogens*, los tratados y la costumbre la mantengan como nula *ab initio* y, posteriormente los Estados la condonen o absuelvan a sus autores mediante una amnistía. En cualquier caso, los autores de tortura podrían ser juzgados en el propio Estado o en uno tercero¹⁴⁶⁰. También el ECCC ha tratado el asunto de las amnistías, en relación a una amnistía

¹⁴⁵⁹ *Prosecutor v. M. Kallon*, decisión on challenge to jurisdiction: Lomé Accord amnesty de 13 de marzo del 2004, SCSL-2004-15-AR72, pára. 67 y *Prosecutor v. Augustine Gbao*, decision on preliminary motion on the invalidity of the agreement between the United Nations and the Government of Sierra Leona on the Establishment of the Special Court, 25 May 2004, SCSL-04-15-PT-141, pára.7.

¹⁴⁶⁰ Sentencia del TPIY (Trial Chamber), de fecha 10 de diciembre de 1998, *Prosecutor v. Furundzija*, IT-95-17/1-T, pára. 155.

concedida a *IENG Sary's* en el año 1996 por la cual se le perdonaba y amnistiaba los crímenes por los que había sido juzgado *in absentia* en el año 1979. El ECCC, en relación al genocidio, tortura y crímenes de guerra, manifestó que los tratados que regulan estos hechos punibles imponen una obligación absoluta de perseguir y castigar dichos crímenes internacionales¹⁴⁶¹, y que la amnistía sobre los mismos serían incompatibles con la obligación de investigar y perseguir estos injustos¹⁴⁶². Por ello, el tribunal consideró que en virtud de las obligaciones internacionales a las que se encuentra sometido el Estado de Camboya, la concesión de la amnistía al justiciable sobre los crímenes de genocidio, tortura y crímenes de guerra no podía tener validez alguna, al ser incompatibles con el derecho internacional¹⁴⁶³.

En el ámbito europeo, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en relación con el art. 6 del CEDH, sostuvo que las amnistías eran inaceptables para los crímenes de tortura y que los terceros Estados no estaban obligados por dicha norma soberana de olvido que violaba el deber de perseguir los crímenes de *ius cogens*¹⁴⁶⁴. Igualmente, en el caso *Ould Dah v. Francia* consideró que las amnistías son generalmente incompatibles con el deber de los Estados de investigar, pero en ningún momento las consideró nulas en derecho¹⁴⁶⁵. En todo caso recordó la importancia de la prohibición de la tortura, rechazando las amnistías sobre este crimen, así como el indulto y la

¹⁴⁶¹ En relación a las infracciones graves del DIH, el art. 49 del CGI, art. 50 del CGII, art. 129 del CGIII y art. 146 del CGIV imponen a los Estados Parte la obligación de buscar y juzgar al responsable de dichos hechos punibles; los art. 1, 4 y 6 de la Convención para la prevención y sanción del Genocidio de 1948, establecen el compromiso de los Estados Parte de prevenir, sancionar y castigar dicho crimen, así como adoptar las medidas legislativas correspondientes para asegurar la aplicación del convenio y; los art. 4,5,7 y 12 de la Convención contra la tortura y otros tratos y penas crueles, inhumanas o degradantes de 1984, establece que los Estados Parte del convenio tipificarán en su legislación la tortura, la castigarán e investigarán y perseguirán todos aquellos casos de los que tengan conocimiento y en su defecto, extraditarán al responsable a otro Estado competente.

¹⁴⁶² *Prosecutor v. IENG Sary's*, decision on IENG Sary's Rule 89 preliminary objections (*ne bis in idem*, amnesty and pardon), 3 November 2011, case nº 2/19-09-2007/ECCC/TC, pára. 38.

¹⁴⁶³ *Ibidem*, pára. 53 a 55.

¹⁴⁶⁴ Sentencia del TEDH, de 2 de noviembre del 2004, caso *Abdulsamet Yaman v. Turquía*, pára. 53 y 55; Sentencia del TEDH, de 19 de enero del 2010, caso *Tuna v. Turquía*, pára. 71.

¹⁴⁶⁵ A. GIL GIL. 2012, "Los crímenes de...", *loc cit*, pág. 12; cfr. Sentencia del TEDH, de 17 de marzo del 2009, caso *Ould Dah v. Francia*, pág. 16 y 17.

prescripción del mismo¹⁴⁶⁶. En el reciente caso *Margüs v. Croatia*, de fecha 13 de noviembre de 2012, el TEDH sostuvo que esta cada vez siendo más reconocido la prohibición en derecho internacional de la concesión de amnistías sobre crímenes internacionales, con base en la costumbre internacional y el derecho convencional de los derechos humanos¹⁴⁶⁷. Lo curioso de la sentencia citada es que no hace referencia alguna a los distintos tipos de amnistías existentes, ya que a lo mejor una amnistía condicionada puede respetar el derecho internacional perfectamente, como expusimos anteriormente, al ofrecer mecanismos de justicia para los perjudicados.

Nuestros órganos judiciales consideraron que las amnistías no constituían impedimento alguno para la aplicación de la justicia universal, ya que en los límites enumerados en el art. 23.2 y 5 de la LOPJ no se incluían las mismas. Así, se consideró que las leyes de obediencia debida y punto final de la Argentina eran normas despenalizadoras que no habrían conllevado la absolución o condena del imputado en un proceso penal, ni el indulto, por lo que no suponían límite alguno a la justicia universal según nuestro ordenamiento jurídico¹⁴⁶⁸.

El Comité de Derechos Humanos interpretando el contenido del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos ha afirmado que las amnistías domésticas que impiden la persecución de crímenes internacionales son incompatibles con la obligación del Estado de proveer a la víctima un remedio efectivo, en el sentido de investigar y llevar a los responsables de violaciones graves de los derechos humanos ante la justicia¹⁴⁶⁹. La Comisión Africana

¹⁴⁶⁶ A. GIL GIL. 2012, “Los crímenes de...”, *loc cit*, pág. 13; Sentencia del TEDH, de fecha 8 de abril de 2008, caso *Ali Ayse Duran v. Turkey*, pára. 69 y de fecha 13 de enero de 2009, caso *Yeter v. Turkey*, pára. 70.

¹⁴⁶⁷ Sentencia del TEDH, de fecha 13 de noviembre de 2012, caso *Margüs v. Croatia*, pára. 74.

¹⁴⁶⁸ Auto de la Audiencia Nacional, de fecha 4 de noviembre de 1998, FJ 8ª; A GIL GIL. 2006, “Bases para...”, *loc cit*, pág. 50.

¹⁴⁶⁹ Observación General nº 31 del Comité de Derechos Humanos de 26 de mayo del 2004, Doc. UN. CCPR/C/21/Rev.1/Add.13, pára. 15 a 18; cfr. Comunicación nº 107/198138, UN GAOR Supp. (nº 40) Doc. UN. A/38/40 (1983), *Quinteros v. Uruguay*; cfr. Comunicación nº 146/1983, 40 Un. GAOR Supp. (40) UN. Doc. A/40/40 (1985), *Boaboeram v. Surinam*; cfr. M. P. SCHARF. 1996. “The letter of...”, *loc cit*, pág. 49, este autor afirma que el Comité de Derechos Humanos no emplea términos imperativos en sus resoluciones, sino que utiliza

sobre derechos humanos también ha entendido que la concesión de amnistías sobre los responsables de violaciones graves de los derechos humanos vulnera el derecho de las víctimas a un proceso justo y que los Estados parte tienen el deber de perseguir y castigar dichas violaciones graves¹⁴⁷⁰.

Acudiendo a otros estudios académicos desarrollados sobre la jurisdicción universal y la persecución de crímenes internacionales, podemos afirmar que la promulgación de amnistías no impediría la persecución de tales hechos punibles. Así, en el principio 7.2 del Proyecto de Principios de Princeton se indica que el ejercicio de la jurisdicción universal con respecto a los crímenes relacionados en dicho texto (genocidio, crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra), no será impedida por las amnistías, las cuales son incompatibles con las obligaciones internacionales de un Estado¹⁴⁷¹.

En sentido semejante se pronuncian los principios del Cairo sobre justicia universal, al afirmar que las amnistías sobre ofensas graves de los derechos humanos *generalmente* son incompatibles con el derecho internacional, no impidiendo la persecución por otros Estados de dichos comportamientos¹⁴⁷². De otra parte, en el estudio de *The Chicago Principles on Post-Conflict Justice*, se afirma que los Estados no concederán amnistías a los responsables de haber cometido genocidio, crímenes de lesa humanidad y graves crímenes de guerra¹⁴⁷³.

términos tales como “debería” o “urge”, en relación a las medidas que debe adoptar un Estado Parte en cuestión.

¹⁴⁷⁰ *Mouvement Ivoirien des Droits Humains (MIDH) v. Costa de Marfil*, decisión ACHPR de Julio del 2008, pára. 97 y 98 y *Malawi African Association and others v. Mauritania*, decisión ACHPR de 11 de mayo del 2000, pára. 82 y 83.

¹⁴⁷¹ Cfr. E. B. L. KING. 2010, *loc cit*, pág. 606, aunque como bien indica esta autora, en el trabajo del Proyecto de Princeton, en el principio 7.1 se utiliza el término de *generalmente*, para referirse a la prohibición en derecho internacional de las amnistías, lo que determina una presunción, cfr. *Princeton Project on Universal Jurisdiction*. 2001, University of Princeton, New Jersey, pág. 52.

¹⁴⁷² Cfr. The Cairo-Arusha Principles on Universal Jurisdiction in respect of gross human rights offenses: an African perspective, principle 15.

¹⁴⁷³ Cfr. *The Chicago Principles on Post-Conflict Justice*, 2007, proyecto conjunto de International Human Rights Law Institute, Chicago Council on Global Affairs, Istituto Superiore Internazionale di Scienze Criminali y Association Internationale de Droit Pénal.

Antes de concluir hemos de analizar la regulación expresa que realiza el derecho internacional humanitario sobre las amnistías, en particular, el art. 6.5 del PAII¹⁴⁷⁴. Dicho precepto fue utilizado por el Gobierno de Sudáfrica para legitimar la amnistía que había concedido, a fin de no castigarse todos los hechos punibles cometidos durante el régimen de apartheid que gobernó dicho país durante mucho tiempo. Pues bien, una lectura sosegada del artículo referido, permite apreciar que en ningún momento se permite la amnistía de infracciones graves o violaciones graves del DIH, sólo se hace referencia a la posibilidad de amnistiar, de la forma más amplia posible, a las personas que participaron en el conflicto armado. Por ello, no se podrían amnistiar las violaciones graves del DIH o de los derechos humanos cometidos durante dicha contienda¹⁴⁷⁵, sólo los delitos ordinarios que no revistiesen un ataque grave a la dignidad humana y a los principales derechos humanos de ésta. La doctrina ha reafirmado la posición expuesta anteriormente¹⁴⁷⁶. Sería totalmente contradictorio que el propio Protocolo Adicional II permitiese olvidar tales violaciones graves del DIH, cuando la finalidad del mismo es proteger a la población civil. Así pues, una interpretación que parta de la buena fe, concluye en la imposibilidad de conceder amnistías por la comisión de crímenes de guerra. Esta posición también ha sido mantenida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso *Masacre del Mozote v. El Salvador*, en donde sostuvo que *«puede entenderse que el artículo 6.5 del Protocolo II adicional está referido a amnistías amplias respecto de quienes hayan participado en el conflicto armado no internacional o se encuentren privados de libertad por razones relacionadas con el conflicto armado, siempre que no se trate de*

¹⁴⁷⁴ Este precepto dispone que *«A la cesación de las hostilidades, las autoridades en el poder procurarán conceder la amnistía más amplia posible a las personas que hayan tomado parte en el conflicto armado o que se encuentren privadas de libertad, internadas o detenidas por motivos relacionados con el conflicto armado»*.

¹⁴⁷⁵ Y. NAQVI. 2003, *loc cit*, pág. 604; cfr. J. CHINCHÓN ALVÁREZ y L. VICENTE MÁRQUEZ. 2010, *loc cit*, pág. 17.

¹⁴⁷⁶ Cfr. J.M. HENCKAERTS y L. DOSWALD-BECK, 2007, *loc cit*, pág. 691, en cuya norma 159, se dispone que *«Cuando hayan cesado las hostilidades, las autoridades en el poder se esforzarán por conceder la amnistía más amplia posible a quienes hayan participado en un conflicto armado no internacional...salvo a las personas sospechosas o acusadas de haber cometido crímenes de guerra, o que estén condenadas por ello»*; cfr. K. AMBOS. 2009, “El marco jurídico...”, *loc cit*, pág. 75.

hechos que, como los del presente caso, cabrían en la categoría de crímenes de guerra e, incluso, en la de crímenes contra la humanidad»¹⁴⁷⁷.

A la vista de todo lo precitado debemos considerar que si bien las amnistías al ser un acto soberano no son ilegales en derecho internacional¹⁴⁷⁸, no es menos cierto que las absolutas e incondicionadas pueden incumplir con las obligaciones que impone el derecho internacional de los derechos humanos y el DIH, si la finalidad de aquéllas es hacer olvidar la comisión de crímenes internacionales, sin adoptarse ningún tipo de medida judicial o administrativa que tenga por finalidad esclarecer la verdad, la reparación de las víctimas y algún tipo de justicia premial o atenuada¹⁴⁷⁹. En estos casos, estas amnistías absolutas e incondicionadas no pueden tener validez alguna fuera del territorio en dónde se han promulgado, pudiendo terceros Estados a través de la justicia universal juzgar dichos crímenes. No obstante, desde el momento en que el Estado haya aplicado algún tipo de justicia premial o atenuada, hemos de considerar la existencia de un proceso judicial, por lo que concurriría la *res iudicata*, impidiéndose un nuevo proceso por terceros Estados. Considero que el esfuerzo de los Estados y de su población alcanzando una solución a una situación de conflicto armado no podría dejarse sin efecto por la actuación judicial de terceros Estados. Estos Estados deberían respetar las decisiones soberanas y consensuadas del resto de Estados, en aras de salvaguardar la paz, fin preferente del derecho penal internacional. En cualquier caso, los Estados que amnistían de manera absoluta e incondicionada crímenes internacionales estarán comprometiendo su responsabilidad internacional, al vetar a los perjudicados el acceso a un mínimo de reparación y esclarecimiento de la verdad. En estos casos sí se permitiría la aplicación de la justicia universal.

¹⁴⁷⁷ Sentencia de la CIDH, de fecha 25 de octubre de 2012, caso *Masacre del Mozote v. El Salvador*, pára. 286.

¹⁴⁷⁸ Cfr. J. DUGARD. 1999, *loc cit*, pág. 1004, sin embargo este autor considera que en relación a los crímenes internacionales sí puede estar desarrollándose un criterio internacional que prohíba las amnistías sobre éstos.

¹⁴⁷⁹ W. A. SCHABAS. 2010, “The International...”, *loc cit*, pág. 665, en referencia a las amnistías absolutas.

En mi opinión, el deber de perseguir las violaciones graves del DIH¹⁴⁸⁰ y de los derechos humanos está en camino de cristalizar en derecho consuetudinario¹⁴⁸¹, por lo que la concesión de amnistías absolutas e incondicionadas sobre crímenes internacionales podría conllevar la vulneración del derecho internacional. Considero que la prohibición de amnistiar crímenes internacionales no forma todavía parte del derecho consuetudinario, ya que la praxis de los Estados es clara, al concederse amnistías sobre estos injustos. Además, terceros Estados han participado en la negociación de las amnistías, lo que también demuestra la aceptación de las mismas por estos, es decir, sería una muestra de su *opinio iuris*¹⁴⁸².

Si los crímenes internacionales afectan a la comunidad internacional en su conjunto y son susceptibles de ser perseguidos por cualquier Estado a través de la justicia universal, la promulgación de leyes de olvido, perdón y reconciliación (leyes de amnistía) sobre dichos crímenes de *ius cogens*, deberían tener su origen en la propia comunidad internacional, no ser un acto soberano, ya que la naturaleza de tales hechos punibles desborda las fronteras de los Estados y penetran dentro de la sociedad internacional, siendo ésta la única competente para decidir dicho *olvido*¹⁴⁸³. Ciertamente, el art. 16 del ECPI podría orientarnos sobre lo manifestado, toda vez que en el mismo se concede al Consejo de Seguridad de Naciones Unidas la facultad para suspender o impedir que inicie cualquier investigación que esté llevando a cabo la Corte Penal Internacional, pudiendo prorrogar tal medida. Esta prerrogativa que tiene el Consejo de Seguridad, desde mi punto de vista desproporcionada, podría

¹⁴⁸⁰ Cfr. J.M. HENCKAERTS y L. DOSWALD-BECK, 2007, *loc cit*, pág. 687, en cuya norma nº 158, en relación con la persecución de crímenes de guerra, se establece que «*Los Estados deberán investigar los crímenes de guerra posiblemente cometidos por sus ciudadanos o sus fuerzas armadas, así como en su territorio, y encausar, si procede, a los imputados. Deberán asimismo investigar otros crímenes de guerra que sean de su competencia y encausar, si procede, a los imputados*».

¹⁴⁸¹ Basta con observar el conjunto de resoluciones emanadas de la AGNU, Res.2583 (XXIV), Res.2712 (XXV), Res. 2840 (XXVI), Res.3074 (XXVIII), las cuales muestran que la línea mantenida por Naciones Unidas es que se persigan los crímenes internacionales, cuestión distinta es la *praxis* de los Estados; L. N. SADAT. 2003, “Universal jurisdiction...”, *loc cit*, pág. 204.

¹⁴⁸² C. P. TRUMBULL. 2008, “Giving amnesties...”, *loc cit*, pág. 297.

¹⁴⁸³ P. D. EIROA. 2009, *loc cit*, pág. 236 y ss.; L. N. SADAT. 2003, “Universal jurisdiction...”, *loc cit*, pág. 196.

asemejarse a una especie de amnistía concedida por la comunidad internacional, la cual está representada por el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas. De igual forma, el art. 53.1.c) del ECPI podría dar cabida a las amnistías nacionales si entendemos que el término “en interés de la justicia”, es el motivo por el cual el Fiscal de la Corte Penal no inicia la investigación de una situación a pesar de la gravedad de los hechos¹⁴⁸⁴. En cualquier caso, la Sala de Cuestiones Preliminares deberá determinar si la decisión del Fiscal de la Corte Penal de no investigar una situación por razones de “interés de la justicia” es correcta o no, pudiendo revocar dicha decisión.

¹⁴⁸⁴ Cfr. A. SEIBERT-FOHR. 2003, “The relevance...”, *loc cit*, pág. 582, esta autora prefiere delimita las amnistías con el art. 17 del ECPI en lugar de con el art. 53, toda vez que considera que el término en interés de la justicia no satisface los derechos de las víctimas; cfr. W. A. SCHABAS. 2010, “The International...”, *loc cit*, pág. 661 y ss., quien afirma que el término en interés de la justicia no puede confundirse con el término “en interés de la paz”, que podría ser más apropiado al precepto regulado en el art. 53.1.c) del ECPI; cfr. Office of the Prosecutor of International Criminal Court, “Policy Paper on the Interest of Justice”, September 2007, pág. 5 y ss.; cfr. United Kingdom Paper, “International Criminal Court, Complementary”, 29 March 1996, pára. 30, en donde se sostiene que el término en interés de la justicia debería aplicarse cuando el responsable tiene avanzada edad, está enfermo grave o cuando la investigación podría ser contraproducente.

CAPÍTULO NOVENO: EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD.

1. El principio *nullum crimen sine lege* a la luz del derecho internacional.

En el capítulo anterior hemos tratado los límites con los que puede encontrarse un órgano judicial estatal al aplicar el título jurisdiccional universal, a excepción de una garantía fundamental que debe satisfacerse en todo proceso penal, el respeto al principio de legalidad. Los tribunales nacionales al enjuiciar un crimen internacional aplican principalmente derecho nacional, por lo que el delito debe estar tipificado en su ordenamiento jurídico, de ahí que el postulado de legalidad constituya en ciertas ocasiones un límite a la justicia universal. La importancia de que los estados tengan tipificado en su ordenamiento todos los crímenes internacionales existentes es vital, ya que si no, en principio, la máxima *nullum crimen sine lege* impediría que se pudiese condenar por la comisión de los mismos. Así pues, debemos afrontar el estudio del principio de legalidad como un límite de la justicia universal y como garantía fundamental de todo imputado en un proceso penal.

El principio de legalidad debe relacionarse con los postulados básicos del Estado de Derecho¹⁴⁸⁵ y sus principios democráticos¹⁴⁸⁶, toda vez que constituye una de las principales garantías¹⁴⁸⁷ penales¹⁴⁸⁸. Sin ánimo de pretender hacer un examen exhaustivo del origen de este principio penal, podemos afirmar que el mismo no es de descendencia romana, sino que tiene su antecedente más inmediato en el período liberal del siglo XVIII, a pesar de que en el año 1215, en plena Edad Media, en el art. 39 de la *Magna Charta* inglesa se decía que *nullus liber homo* podría ser penado *nisi per legale iudicium parium suorum vel per legem terrae*¹⁴⁸⁹. Si bien es cierto que a partir

¹⁴⁸⁵ C. ROXIN. 2008, *loc cit*, pág. 137; S. MIR PUIG. 2008, *loc cit*, pág.105.

¹⁴⁸⁶ E. BACIGALUPO. 1999, "*Principios constitucionales de derecho penal*", Buenos Aires: Hammurabi, pág. 47.

¹⁴⁸⁷ M. JAÉN VALLEJO. 2006, *loc cit*, pág. 29; L. JIMÉNEZ DE ASÚA. 1952, "Tratado de derecho...", *loc cit*, Vol. II, pág. 379; J. CEREZO MIR. 1998, *loc cit*, pág. 167 y ss.

¹⁴⁸⁸ M. C. BASSIOUNI. 1999, "Crimes Against...", *loc cit*, pág. 123.

¹⁴⁸⁹ L. JIMÉNEZ DE ASÚA. 1952, "Tratado de derecho penal...", *loc cit*, Vol. II, pág. 383 a 385; J. CEREZO MIR. 1998, *loc cit*, pág. 162.

del siglo XIII hubo diversas leyes que preconizaban el principio de legalidad, no es menos cierto que no adquiere el carácter de universal hasta que se aprueba la Declaración francesa del hombre y ciudadano en el año 1789, en cuyo art.8 se disponía que «*la ley no debe establecer más que penas estrictas y evidentemente necesarias, y nadie puede ser castigado sino en virtud de una ley establecida con anterioridad al delito y legalmente aplicada*»¹⁴⁹⁰. A raíz de esta disposición legal, el principio de legalidad se extendió por el resto de sistemas penales y la doctrina puso un énfasis sin precedentes en la defensa del mismo. Así BECCARIA en su famosa obra *dei delitti e delle pene* manifestó que sólo las leyes pueden decretar las penas de los delitos¹⁴⁹¹. En el marco del desarrollo científico el principio conocido como *nullum crimen nulla poena sine lege* alcanza su máximo resplandor con el jurista alemán VON FEUERBACH, quién lo relaciona con la teoría de la coacción psíquica de la pena¹⁴⁹². El principio de legalidad surgió como una defensa del ciudadano frente al *ius puniendi* del Estado, ya que éste sólo podría castigar aquellas conductas que previamente hubieran sido tipificadas en una ley, es decir, fue una reacción frente a los abusos judiciales¹⁴⁹³. El ciudadano debía poder saber qué conductas estaban o no prohibidas, lo debía poder saber con certeza y antelación, de ahí la consideración del principio de legalidad como elemento de seguridad jurídica¹⁴⁹⁴. El postulado de legalidad pretende en todo momento

¹⁴⁹⁰ L. JIMÉNEZ DE ASÚA. 1952, “Tratado de derecho penal...”, *loc cit*, Vol. II, pág. 387; no hay que olvidar que previamente en las Constituciones de algunos Estados federados americanos como Virginia y Maryland ya se había regulado dicho principio, cfr. C. ROXIN. 2008, *loc cit*, pág. 142; cfr. H.H. JESCHECK y T. WEIGEND. 2002, “Tratado de...”, *loc cit*, pág. 140 y ss, en donde se efectúa un estudio detallado del desarrollo histórico del principio de legalidad.

¹⁴⁹¹ C. BECCARIA. 1986, “*De los delitos y las penas*”, Madrid: Alianza Editorial, traducción de J.A de las Casas, pág. 14, se refería al principio *nulla poena sine lege*, el cual se encuentra unido al postulado *nullum crimen sine lege*; cfr. M. JAÉN VALLEJO. 2006, *loc cit*, pág. 20.

¹⁴⁹² V. FEUERBACH. 1989, “*Tratado de derecho penal común vigente en Alemania*”, Buenos Aires: Hammurabi, traducción E.R. ZAFFARONI, pág. 57; L. JIMÉNEZ DE ASÚA. 1952, “Tratado de derecho penal...”, *loc cit*, Vol. II, pág. 381; M. JAÉN VALLEJO. 2006, *loc cit*, pág.21 y G. JAKOBS. 1997, *loc cit*, pág. 79; K. S. GALLANT. 2009, “*The principle of legality in international comparative criminal law*”, Cambridge: Cambridge University Press, pág. 12 y ss.

¹⁴⁹³ Cfr. E. CUELLO CALÓN. 1980, *loc cit*, pág. 209.

¹⁴⁹⁴ S. MIR PUIG. 2008, *loc cit*, pág. 106.

salvaguardar al individuo de cualquier arbitrariedad del Estado a la hora de perseguir ciertos comportamientos o de imponer determinadas penas¹⁴⁹⁵.

Las garantías básicas que conlleva el principio de legalidad, en los sistemas de derecho continental, son la existencia de una *lex praevia*, *lex scripta*, *lex stricta* y *lex certa*¹⁴⁹⁶. La *lex praevia* significa que el hecho punible debe estar tipificado con anterioridad a su comisión para que pueda ser sancionado, es decir, se refiere a la prohibición de retroactividad de la ley penal, salvo aquella que sea más favorable para el reo¹⁴⁹⁷. La *lex scripta* conlleva que el hecho punible debe estar incluido en una ley penal. En síntesis, se refiere al aspecto formal del principio de legalidad, ya que se prohíbe la costumbre como fuente del derecho penal, solo normas con rango de ley pueden definir delitos y faltas penales. La *lex stricta* y *certa* excluye la analogía en el derecho penal salvo aquella que sea a favor del reo, imponiéndose además un cierto grado de precisión en la ley penal, dando lugar al mandato de determinación y taxatividad que exige que la ley determine con precisión qué hechos o comportamientos son punibles y las penas que pueden ser impuestas¹⁴⁹⁸. También puede hablarse de una garantía criminal (ley anterior que prevea el delito), penal (ley que estipule las penas que corresponden por la comisión de un delito), de ejecución (ley que establezca la forma en que deben cumplirse dichas penas) y jurisdiccional (ley que regule qué tribunal es el competente para imponer la pena adecuada a derecho)¹⁴⁹⁹. En este estado de ideas, se demuestra que el principio de legalidad en el sistema continental es estricto¹⁵⁰⁰, taxativo y absoluto¹⁵⁰¹. Constituye una barrera infranqueable para el Estado a la hora de imponer los correctivos penales pertinentes. De ahí que se haya llegado a sostener que el Código penal constituye la Carta Magna del

¹⁴⁹⁵ A. CASSESE. “International criminal...”, *loc cit*, pág. 38; G. ENDO. 2002, “Nullum crimen nulla poena sine lege principle and the ICTY and ICTR”, en *Revue québécoise de droit international*, vol. 15.1, pág. 207.

¹⁴⁹⁶ Cfr. S. MIR PUIG. 2008, *loc cit*, pág. 107; ; H.H. JESCHECK y T. WEIGEND. 2002, “Tratado de...”, *loc cit*, pág. 143 y ss.; cfr. E. BACIGALUPO. 1999, “Principios constitucionales...”, *loc cit*, pág. 44; cfr. G. JAKOBS. 1997, *loc cit*, pág. 88.

¹⁴⁹⁷ ; H.H. JESCHECK y T. WEIGEND. 2002, “Tratado de...”, *loc cit*, pág. 147.

¹⁴⁹⁸ M. JAÉN VALLEJO. 2006, *loc cit*, pág. 29 a 39.

¹⁴⁹⁹ A. PIGRAU SOLÉ. 1997, “Elementos de Derecho...”, *loc cit*, pág. 164.

¹⁵⁰⁰ A. CASSESE. 2008, “International criminal...”, *loc cit*, pág. 37.

¹⁵⁰¹ G. ENDO. 2002, *loc cit*, pág. 208.

delincuente¹⁵⁰², ya que en éste aparecen los comportamientos que el delincuente puede realizar sin tener peligro/amenaza alguna, siempre que no estén previamente tipificados en una ley, toda vez que sólo la ley es capaz de estipular lo que es delito o no. Por ello la consideración formalista de este principio de legalidad.

Anteriormente hemos incidido en que las principales garantías penales del principio de legalidad regían en los sistemas de derecho continental, ello es así toda vez que en los sistemas de *common law*¹⁵⁰³ puede quedar, en ciertas ocasiones, abierta una puerta a la costumbre como fuente del derecho penal, limitándose con ello la seguridad jurídica del justiciable. Un ejemplo claro lo encontramos en la *Crimes against humanity and war crimes act 2000* del Canadá, en cuyo art. 6.4 se establece que los crímenes enunciados en los artículos 6, 7 y 8.2 del ECPI son crímenes de acuerdo con el derecho consuetudinario internacional y por ello pueden ser considerados crímenes de derecho consuetudinario incluso antes de la entrada en vigor del Estatuto de la CPI. Además, se indica que el crimen de lesa humanidad era considerado crimen de derecho consuetudinario antes de la firma de la Carta de Londres de 1945, *ex art.* 6.5 de la referida ley canadiense.

Ahora bien, lo dicho anteriormente ha sido en relación con los ordenamientos internos, cosa distinta ocurre en el derecho internacional¹⁵⁰⁴, en dónde el principio de legalidad es visto desde una perspectiva diferente, es decir de una manera más flexible. Se puede hablar de una postura positivista que considera el principio de legalidad en su vertiente sustantiva, no pudiendo ser derogado de ninguna forma. De otra parte, está la posición naturalista que

¹⁵⁰² L. JIMÉNEZ DE ASÚA. 1952, “Tratado de derecho penal...”, *loc cit*, Vol. II, pág. 379; cfr. A. CASSESE. 2008, “International criminal...”, *loc cit*, pág. 37 y E. BACIGALUPO. 1999, “Principios constitucionales...”, *loc cit*, pág. 45.

¹⁵⁰³ Por *common law* debemos entender el derecho consuetudinario jurisprudencial que surge de la aplicación de la costumbre y usos tradicionales por parte de los jueces, a diferencia del *statute law* que conlleva una codificación del derecho penal, cfr. K. AMBOS. 2009, “Fundamentos de la imputación en derecho internacional penal”, México D.F: Universidad Nacional Autónoma de México, pág. 1 y 2.

¹⁵⁰⁴ Cfr. J. ALVÁREZ GARCÍA. 2009, “Sobre el principio de legalidad”, Valencia: Tirant Lo Blanch, pág. 92 y ss.

entiende que el postulado de legalidad no puede ser observado en su vertiente sustantiva, sino que es un principio procesal que no puede ir contra de la ley¹⁵⁰⁵. Por ello, este principio penal fue criticado en los comienzos del derecho penal internacional surgido con ocasión del sistema implementado en Nüremberg y Tokio. Una vez concluyeron los procesos penales antedichos hubo dos posturas encontradas en relación con la máxima *nullum crimen sine lege*. La primera constituida por aquellos que negaron la violación de dicho principio. La segunda configurada por aquellos que aún reconociendo que se había violado tal principio justificaron esta forma de actuar¹⁵⁰⁶. Junto con las anteriores posiciones podemos citar a autores que niegan la existencia del principio de legalidad dentro del derecho penal internacional, al tratarse básicamente de un derecho consuetudinario y no escrito o de un derecho nuevo en formación¹⁵⁰⁷. Entre los autores que entendieron que el principio de legalidad debía reinterpretarse cuando éste se aplicaba dentro del derecho penal internacional, hallamos a KELSEN, quién opinaba que no había en derecho internacional norma o costumbre alguna que prohibiese la creación de normas *ex post facto*. Esta prohibición regía exclusivamente dentro del derecho interno nacional, pero no en el internacional. KELSEN se apoya en una teoría iusnaturalista al considerar que si una persona no sabe que su conducta es punible sería inmoral castigarla, pero si sabe de antemano que su acción es inmoral, aunque legalmente lícita, el hecho de publicarse posteriormente una

¹⁵⁰⁵ M. C. BASSIOUNI. 1999, “Crimes Against...”, *loc cit*, pág. 125.

¹⁵⁰⁶ Véase el debate recogido por A. GIL GIL. 1999, “Derecho Penal...”, *loc cit*, pág. 66 y 67, entre quienes consideran que no hubo violación del principio de legalidad se encuentra el profesor DONNEDIEU DE VABRES, que entiende que los crímenes de la Carta de Londres ya estaban previstos con anterioridad a su comisión, sin embargo se contradecía al afirmar que al carácter criminal de la guerra injusta no estaba asociado ningún tipo de sanción penal, en todo caso moral; cfr. M.M. MARTÍN MARTÍNEZ. 2009, “La configuración del principio de legalidad penal en el derecho internacional contemporáneo”, en *Nuevos desafíos del derecho penal internacional*, Directores: A. CUERDA RIEZU y F. JIMÉNEZ GARCÍA, Madrid: Tecnos, pág. 374; X. FERNÁNDEZ PONS. 2002, “El principio de legalidad penal y la incriminación internacional del individuo”, en *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, nº 5, pág. 3.

¹⁵⁰⁷ G. RADBRUCH. 1971, “*Derecho injusto y derecho nulo*”, Madrid: Aguilar, pág. 3 a 22; este autor entiende que el nuevo derecho surgido tras el juicio de Nüremberg es derecho natural de carácter suprallegal y por lo tanto no hubo retroactividad alguna, ya que existía con anterioridad. Como puede observarse la postura de este autor parte de la premisa de que el derecho penal internacional es derecho natural, se inclina por una posición iusnaturalista; cfr. S. GLASER. 2008, “The charter of the Nüremberg tribunal and new principles of international law”, en *Perspectives on the Nüremberg Trial*, editado por G. METTRAUX, Londres: Oxford University Press, pág. 62.

ley/norma que sancionara dicho acto, conllevaría una aplicación retroactiva legal pero no moralmente, lo que no viciaría el fundamento de la norma, toda vez que los sujetos eran moralmente responsables de sus actos. En definitiva, la norma sólo transformaría la responsabilidad moral en legal, por lo que la prohibición de publicar normas *ex post facto* no sería de aplicación a este supuesto¹⁵⁰⁸.

Ciertamente, apreciamos desde un primer momento que el principio de legalidad puede tratarse desde dos posiciones distintas, una estricta y otra más flexible, y a su vez, desde dos planos diferentes, uno internacional y otro nacional, lo cual conllevará ciertas diferencias según tratemos esta máxima en un ámbito o en otro. En cualquier caso, en mi opinión el principio de legalidad penal existe dentro del derecho internacional, y en concreto, en el penal internacional¹⁵⁰⁹, eso sí con ciertas matizaciones o diferencias que se examinarán posteriormente. La evolución del principio de legalidad dentro del derecho penal internacional ha sido considerable, ya que con la aprobación del Estatuto de la CPI se ha consagrado un concepto del *nullum crimen sine lege* estricto, similar al sistema continental. Por otro lado, en la regulación y desarrollo del resto de normas penales internacionales promulgadas con anterioridad a la aprobación del Convenio de Roma (Estatuto del TPIY y Estatuto del TPIR) el *nullum crimen sine lege* se acercaba más a los postulados del *common law* que al sistema continental, ya que regía la costumbre como fuente del derecho penal a aplicarse. La creación de la Corte Penal Internacional constituye una nueva era de seguridad jurídica en la persecución de crímenes internacionales, en concreto de los crímenes de guerra, ya que estos ilícitos penales aparecen definidos con cierta precisión, por lo que no pueden ser desconocidos por la sociedad.

¹⁵⁰⁸ H. KELSEN. 1943, "Collective and...", *loc cit*, pág. 563 y 564.

¹⁵⁰⁹ En el mismo sentido M.M. MARTÍN MARTÍNEZ. 2009, *loc cit*, pág. 377; A. GIL GIL. 1999, "Derecho Penal...", *loc cit*, pág. 72; H. EHARD. 1949, *loc cit*, pág. 231; M. C. BASSIOUNI. 1999, "Crimes Against...", *loc cit*, pág. 138 a 140, este autor se refiere de forma exhaustiva a la decisión de la Corte Internacional de Justicia de 1935 sobre ciertos actos legislativos en Danzig, en la cual afirmó la existencia del principio de legalidad penal; F. MUÑOZ CONDE y M. GARCÍA ARÁN. 1998, *loc cit*, pág. 108; cfr. J. ALVÁREZ GARCÍA. 2009, *loc cit*, pág. 94 y ss.

Con anterioridad hubo diversas posiciones en relación con la existencia del principio de legalidad dentro del derecho internacional. Había una postura que negaba la existencia del mismo en lo concerniente a la incriminación del individuo por comisión de crímenes internacionales; una posición que admitía su existencia pero justifica la posible vulneración del mismo en aras de un principio de mayor importancia o relevancia como es el de Justicia y; una última postura que entendía que tal principio debía reinterpretarse en virtud de las nuevas normas de derecho internacional que surgían, eso sí, excluyendo el carácter retroactivo de las normas de incriminación penal y considerándolas como declarativas de un derecho preexistente¹⁵¹⁰. La afirmación de la existencia del principio de legalidad en el ámbito del derecho internacional, a día de hoy, no es muy discutida, ya que numerosos tratados internacionales de carácter universal y regional recogen este principio. Lo que ocurre es que dicho principio de legalidad se flexibiliza en el derecho internacional, admitiéndose otras fuentes distintas a la ley en sentido formal, teniendo acogida la costumbre internacional¹⁵¹¹. Se trataría más de un principio de juricidad, protegiéndose las garantías materiales relacionadas con la seguridad jurídica, accesibilidad, irretroactividad, taxatividad, previsibilidad y concreción del derecho aplicable, en lugar de las formales, cuyo origen lo hayamos en el principio democrático de las normas¹⁵¹².

1.1. *La Declaración Universal de Derechos Humanos.*

La Declaración Universal de Derechos del Hombre en su art. 11.2 indica que «*Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueren delictivos según el derecho nacional o internacional.*»

¹⁵¹⁰ X. FERNÁNDEZ PONS. 2002, *loc cit*, pág. 3.

¹⁵¹¹ Cfr. *Prosecutor v. IENG Sary*, Decision on IENG Sary's appeal against the closing order, 11 April 2011, 002/19-09-2007-ECCC/OCIJ (PTC75), pára. 226 y 227, en donde se manifiesta que el principio de legalidad quedaría satisfecho cuando el comportamiento criminal aparece contemplado en el derecho doméstico o en el derecho internacional, en el cual estaría incluido el derecho consuetudinario.

¹⁵¹² Cfr. A. GIL GIL *et al.* 2011, "Curso de Derecho penal...", *loc cit*, pág. 42; cfr. A. GIL GIL. 2010, "La excepción al principio de legalidad del número 2 del artículo 7 del Convenio Europeo de Derechos Humanos", en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Vol. LXIII, pág. 145.

Tampoco se impondrá pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito». Del precepto anterior se deduce claramente la influencia de los sistemas penales continentales¹⁵¹³. Puede advertirse la diferenciación que se hace del principio *nullum crimen* por un lado y *nulla poena* por otro, ya que no podemos olvidarnos que constituyen garantías distintas dentro del principio de legalidad penal. La comunidad internacional entendió que tanto el derecho nacional como el internacional podían ser fuentes del derecho penal, en vertiente nacional o internacional, al indicarse expresamente el término *derecho internacional*¹⁵¹⁴. Llegados a este punto tenemos que preguntarnos qué entendemos por “derecho internacional”. En el borrador de la Declaración Universal de derechos humanos se utilizaba el término “principios generales de las naciones civilizadas”, dicha expresión, la cual se incorporó en el Estatuto de la Corte Internacional de Justicia (en adelante, ECIJ) pretendía solventar cualquier género de duda en relación a las sentencias dictadas en Nüremberg y Tokio, en concreto, con respecto al principio de legalidad. Sin embargo, posteriormente se rechazó este término y se utilizó el de derecho internacional. La posición de los Estados en relación al término de derecho internacional fue muy diversa. En particular, Cuba, Méjico y Venezuela consideraron que por derecho internacional sólo podía entenderse el derecho positivo, es decir, el derecho convencional, Francia por su parte entendía que la expresión “derecho internacional” comprendía tanto el derecho convencional como el consuetudinario¹⁵¹⁵. Algún autor considera que para respetarse el principio de legalidad bastaba con que hubiese una norma internacional, bien convencional bien consuetudinaria, que criminalizase una conducta¹⁵¹⁶. En mi opinión, el término derecho internacional incluye todas las fuentes propias de esta rama del derecho enunciadas en el art. 38 del ECIJ, eso sí, precisando que solamente podrían ser fuente del derecho penal internacional las normas convencionales y excepcionalmente las consuetudinarias, al existir

¹⁵¹³ M.M. MARTÍN MARTÍNEZ. 2009, *loc cit*, pág. 375.

¹⁵¹⁴ K.S. GALLANT. 2009, *loc cit*, pág. 158.

¹⁵¹⁵ Cfr. UN Doc. A/C.3/SR.116, pág. 267 y 268; M. BOOT. 2002, *loc cit*, pág. 130.

¹⁵¹⁶ K.S. GALLANT. 2009, *loc cit*, pág. 158.

ciertos ámbitos en los que la costumbre puede jugar un papel relevante para el derecho penal internacional¹⁵¹⁷.

1.2. *El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.*

El postulado de legalidad se recoge en el art. 15 del PIDCP¹⁵¹⁸. Este precepto contempla de igual modo que la Declaración Universal de Derechos Humanos tanto la garantía criminal (*nullum crimen*) como la penal (*nulla poena*), siendo interesante de reseñar que se incorporó el principio de retroactividad de la ley penal más favorable, lo que hace pensar que la comunidad internacional tenía por finalidad garantizar el contenido esencial del principio de legalidad a través de un convenio universal. Sin embargo, en el punto segundo del citado art. 15 se establece que «*Nada de lo dispuesto en este artículo se opondrá al juicio ni a la condena de una persona por actos u omisiones que, en el momento de cometerse, fueren delictivos según los principios generales del derecho reconocidos por la comunidad internacional*». ¿Qué finalidad buscó la comunidad internacional incorporando en la norma internacional dicha cláusula de salvaguarda? La doctrina tiene opiniones muy diversas al respecto. La principal hipótesis se acerca a la idea de que la sociedad internacional pretendió consolidar y reafirmar el derecho creado en Nüremberg sosteniendo la posibilidad de que los principios generales del derecho pudieran ser origen de crímenes internacionales¹⁵¹⁹. Siguiendo a AMBOS, no debemos equiparar los principios generales del derecho regulados

¹⁵¹⁷ Cfr. J.M. RODRÍGUEZ DEVESA. 1986, *loc cit*, pág. 259, quien manifiesta que en las causas de exclusión de responsabilidad existe una gran zona de influencia de la costumbre dentro del derecho penal, por lo que tal precisión también podría extenderse al derecho penal internacional; cfr. H.H. JESCHECK y T. WEIGEND. 2002, “Tratado de...”, *loc cit*, pág. 119, para quien dentro de la Parte General del derecho penal puede haber acogida del derecho consuetudinario; cfr. A. GIL GIL *et al.* 2011, “Curso de Derecho penal...”, *loc cit*, pág. 40.

¹⁵¹⁸ Dicho art. 15.1 del PIDCP establece que: «*Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho nacional o internacional. Tampoco se impondrá pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito. Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello*».

¹⁵¹⁹ K. AMBOS. 2005, “Parte General...”, *loc cit*, pág. 36; cfr. B. JURATOWITCH. 2004, “Retroactive criminal liability and international human rights law”, en *British Yearbook of International Law*, Vol. 75, pág. 341; K.S. GALLANT. 2009, *loc cit*, pág. 192.

en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos con los principios de derecho internacional enunciados en el art. 38.1.c) del ECIJ.

Los principios generales del derecho si bien es cierto que de conformidad con el art. 38.1 del ECIJ son fuente del derecho internacional, no lo es menos que según una parte importante de la doctrina no constituyen la principal fuente del mismo, toda vez que los tratados y la costumbre serían consideradas como los ejes básicos sobre los que gira el derecho internacional, o como fuentes exclusivas¹⁵²⁰. Dicha postura puede entenderse siempre y cuando afirmemos que el principal actor del derecho internacional es el Estado y por lo tanto éste participa directamente en la elaboración de tratados y en la práctica y desarrollo de la costumbre. Actualmente puede sostenerse que las posturas naturalistas o positivistas se han visto desplazadas por la confirmación como fuente del derecho internacional de los principios generales del derecho. La inclusión de los mismos como fuente del derecho, conllevó que los tribunales internacionales pudieran aplicar en sus decisiones aquellos principios que la jurisprudencia de los tribunales nacionales consideraban básicos en sus derechos internos¹⁵²¹. En realidad, los tribunales internacionales no han tenido muchas ocasiones de aplicar los mismos, ya que la costumbre y el derecho convencional han sido suficientes para suplir cualquier laguna jurídica¹⁵²². Los principios a los cuales se refiere el art. 38.1 del ECIJ son aquellos que *in foro domestico*¹⁵²³ han alcanzado dicho *status*, en concreto, el principio de buena fe, el principio de cosa juzgada, equidad, buena conciencia, el principio de ley especial, el principio de prohibición de abuso del derecho, el de prohibición de enriquecimiento sin causa¹⁵²⁴, etc. Resulta interesante significar que los principios generales del derecho ya se utilizaban con anterioridad a la aprobación del ECIJ, como bien expone el profesor DIEZ DE VELASCO, ya que en diversos convenios internacionales de principios del

¹⁵²⁰ L. OPPENHEIM. 1961, *loc cit*, Tomo I, Vol. I, pág.26.

¹⁵²¹ A. VERDROSS. 1961, "Derecho internacional...", *loc cit*, pág. 96 y M. DIEZ DE VELASCO. 2002, *loc cit*, pág. 97, este autor entiende que los principios generales del derecho son de naturaleza judicial y subsidiarios de la costumbre y de los tratados.

¹⁵²² L. OPPENHEIM. 1961, *loc cit*, Tomo I, Vol. I, pág. 30.

¹⁵²³ M. DIEZ DE VELASCO. 2002, *loc cit*, pág. 96.

¹⁵²⁴ A. VERDROSS. 1961, "Derecho internacional...", *loc cit*, pág. 96.

siglo XX se incluían los mismos como mecanismo de salvaguarda para la resolución de conflictos entre las partes¹⁵²⁵. Dicho esto, podemos adelantar ciertas objeciones sobre la posibilidad de relacionar los principios generales del derecho con el derecho penal internacional, en concreto, con la posible sugerencia de que tales principios puedan crear tipos penales, es decir, ser fuente del derecho penal en un sentido estricto¹⁵²⁶. A causa de la vaguedad de estos principios, los mismos no pueden considerarse fuente directa del derecho penal. Como expusimos, tales principios se utilizan para resolver ciertos conflictos judiciales o argumentar jurídicamente una decisión concreta, pero no para crear crímenes internacionales que conlleven una consecuencia penal, es decir, tengan asignado una pena¹⁵²⁷.

AMBOS considera que los principios generales del derecho no tienen nada que ver con los principios de la comunidad internacional regulados en art. 15.2 del PIDCP, toda vez que en relación con éstos debemos entender que son aquellos que constituyen las reglas básicas del derecho consuetudinario internacional¹⁵²⁸. Sería por lo tanto una referencia al derecho consuetudinario y no a los principios que en el derecho interno de los Estados han alcanzado la categoría de básicos, fundamentales o generales. Esta posición sería contradictoria ya que si son derecho consuetudinario estarían *de facto* incluidos en el apartado primero del art. 15 del PIDCP, en particular, en el término “derecho internacional”. En mi opinión, la posición de GIL GIL puede arrojar luz a la cuestión planteada, toda vez que considera que el art. 15.2 del PIDCP constituye una excepción al principio de legalidad, con la única

¹⁵²⁵ M. DIEZ DE VELASCO. 2002, *loc cit*, pág. 95 y 96.

¹⁵²⁶ Cfr. G. WERLE. 2005, *loc cit*, pág. 109 y ss., para este autor el campo más importante de los principios generales del derecho se encuentra en la parte general del derecho penal, por lo que de forma implícita parece deducirse que dicho principios no son susceptibles para constituir crímenes internacionales.

¹⁵²⁷ Cfr. A. GIL GIL. 2010, “La excepción...”, *loc cit*, pág. 133.

¹⁵²⁸ K. AMBOS. 2005, “Parte General...”, *loc cit*, pág. 36 y 37; la profesora GIL GIL opina que el origen de la expresión “principios generales del derecho” se pudo deber a la caracterización como principios del derecho de Núremberg, el cual a su vez se inspiró en la Cláusula Martens del IV Convenio de la Haya de 1907 y en diversas comisiones creadas en el año 1919 a raíz de la 1ª guerra mundial a fin de estudiar la responsabilidad de los autores de dicho conflicto armado, cf. A. GIL GIL. 1999, “Derecho penal...”, *loc cit*, pág. 75.

finalidad de salvaguardar los procesos de Nüremberg y Tokio, permitiendo una aplicación retroactiva de la ley penal¹⁵²⁹.

En todo este entramado nos surge un entuerto, que no es otro que considerar si con base en la costumbre internacional se pueden castigar crímenes internacionales. En mi opinión, cabe adelantar que sí es posible que el derecho consuetudinario sea fuente del derecho penal internacional (cuestión distinta será dentro del derecho penal doméstico), siempre en ausencia de normas convencionales que prevean el acto perseguido, un ejemplo evidente de esto lo podemos encontrar en los tribunales *ad hoc* que se fundamentan principalmente en el derecho consuetudinario para castigar ciertos crímenes internacionales. La jurisprudencia del Tribunal Penal Internacional para Yugoslavia ha entendido que la costumbre internacional es la única fuente del derecho penal internacional que permite cumplir con las exigencias del *nullum crimen sine lege*, llegando incluso en algunos casos a indicar que el derecho convencional no es fuente del derecho penal internacional a aplicar por este tribunal *ad hoc*¹⁵³⁰. Llegados a este punto, tenemos que aclarar que si bien es cierto que la costumbre internacional para los tribunales internacionales penales *ad hoc* es una fuente del derecho, no es menos cierto que con la entrada en vigor del Estatuto de la CPI, el campo del derecho consuetudinario queda más restringido en cuanto fuente capaz de crear tipos penales, teniendo su importancia como instrumento de interpretación de las normas penales, *ex art.* 21 del ECPI¹⁵³¹.

¹⁵²⁹ Cfr. A. GIL GIL. 2010, “La excepción...”, *loc cit*, pág. 134 y ss.; K.S. GALLANT. 2009, *loc cit*, pág. 177.

¹⁵³⁰ H. OLÁSULO ALONSO. 2010, “*Estudios de derecho penal internacional*”, México D.F.: Instituto Nacional de Ciencias Penales, pág. 65; cfr. *Prosecutor v. Pavle Strugar*, Decision on interlocutory appeal, 22 November 2002, IT-01-42-AR72, pára. 9, 10 y 13; *Prosecutor v. Milan Milutinovic, Nikola Sainovic y Dragoljub Ojdanic*, Decision on Dragoljub Ojdanic Motion challenging jurisdiction-joint criminal enterprise”, IT-99-37-AR72, 21 May 2003, pára. 9; en un sentido menos estricto, el ECCC manifestó que el postulado de legalidad estaría satisfecho si el crimen está contemplado en el derecho nacional, derecho internacional o incluso si era criminal el comportamiento de conformidad con los principios generales del derecho reconocidos por la comunidad internacional, cfr. *Prosecutor v. IENG Sary*, Decision on IENG Sary’s appeal against the closing order, 11 April 2011, 002/19-09-2007-ECCC/OCIJ (PTC75), pára. 226; cfr. K.S. GALLANT. 2009, *loc cit*, pág. 313.

¹⁵³¹ G. WERLE. 2005, *loc cit*, pág. 107, quien considera que el derecho consuetudinario conserva un papel relevante a pesar de la aprobación del Estatuto de la CPI.

Dentro del derecho penal internacional existe un antes y un después de la entrada en vigor del Estatuto de la CPI. Anteriormente el principio de legalidad era flexible, ahora con la fuerza vinculante del Convenio de Roma este postulado debe ser estricto (cosa distinta ocurrirá para el resto de tribunales penales *ad hoc* o híbridos)¹⁵³². Quedarían pocos ámbitos de aplicación para la costumbre en relación a la creación de tipos penales, ya que ésta no puede colmar los requisitos de previsibilidad y especificidad¹⁵³³. Aun así, el castigo de crímenes internacionales con base en el derecho consuetudinario por instancias internacionales distintas a la Corte Penal Internacional, no se verá afectado por el principio de legalidad contenido en el art. 22 del ECPI. Todo esto denota que nos encontramos ante un derecho penal internacional que circula a dos velocidades, ya sea con un principio de legalidad rígido o con uno más flexible. Esta disonancia podría solventarse siempre que la comisión de los crímenes internacionales sean sometidos a la competencia de la Corte Penal Internacional, por incitación del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas o a propia voluntad de los Estados afectados. Asimismo, los tribunales *ad hoc* deberían dejar paso al ejercicio jurisdiccional de la CPI y de los Estados Parte de ésta, ya que son quienes ostentan la jurisdicción primaria para enjuiciar crímenes internacionales.

También existen críticas al enunciado del art. 15 del PIDCP. Se considera que el primer apartado del artículo se solapa con el segundo, ya que en aquel se utiliza el término “derecho internacional”, el cual está constituido por los tratados internacionales, la costumbre internacional, los principios generales del derecho reconocidos por las naciones civilizadas y la jurisprudencia; y en el segundo apartado se vuelve a utilizar la expresión principios generales del derecho reconocidos por la comunidad internacional. Como puede apreciarse el segundo apartado es reiterativo respecto del primero por lo que no hubiese sido necesario emplearlo en la redacción del

¹⁵³² Cfr. A. CASSESE. 2008, “International Criminal...”, *loc cit*, pág. 41, quien critica la vaguedad de algunos tipos penales del Estatuto de la CPI.

¹⁵³³ Cfr. H. OLÁSULO ALONSO. 2010, “Estudios de...”, *loc cit*, pág. 67.

convenio¹⁵³⁴. A pesar de ello, la sociedad internacional decidió incluirlo para justificar las decisiones judiciales de Nüremberg y Tokio y establecer una excepción al principio de legalidad, posibilitando la aplicación retroactiva de la ley penal.¹⁵³⁵ Los principios generales del art. 38 del ECIJ son principios *in foro domestico* que han sido trasladados al derecho internacional, no pudiendo los mismos tipificar delitos o ser fuente del derecho penal internacional, ya que los principios generales en el derecho interno no tienen dicha capacidad¹⁵³⁶. Sin embargo, si diéramos por válida la teoría de que los principios enunciados en el art. 15.2 del PIDCP fuesen parte del derecho consuetudinario se podría justificar, aunque de forma muy discutida, su utilización como fuente del derecho penal doméstico, en concreto, me refiero a los países con un sistema de *common law*¹⁵³⁷. Cuestión distinta sería en los países que emplean un sistema continental, como es España. En cualquier caso, hemos de partir de la excepción del referido art. 15.2 del PIDCP al principio de legalidad y de la posibilidad de considerar la costumbre como fuente del derecho penal internacional.

¹⁵³⁴ Cfr. M. BOOT. 2002, *loc cit*, pág.140 y M.M. MARTÍN MARTÍNEZ 2009, *loc cit*, pág. 375, esta autora incluye dentro de los principios generales del derecho de la comunidad internacional enunciados en el art. 15.2 del Pacto, el principio de legalidad; esta posición podría plantear un problema, en concreto, el equiparar el postulado de legalidad doméstico al internacional, el cual difiere en ciertos aspectos de aquél, sobre todo porque se interpreta de una forma más flexible como se verá posteriormente.

¹⁵³⁵ Cfr. M. JAÉN VALLEJO. 2006, *loc cit*, pág. 53; cfr. A. GIL GIL. 2010, “La excepción...”, *loc cit*, pág. 139, quien afirma que la cláusula se limita a establecer la posibilidad de aplicación retroactiva del derecho creado en Nüremberg y Tokio, particularmente de los crímenes internacionales.

¹⁵³⁶ Cfr. A. GIL GIL. 1999, “Derecho penal...”, *loc cit*, pág. 74.

¹⁵³⁷ Cfr. K. AMBOS. 2009, “Fundamentos de la imputación...”, *loc cit*, pág. 2 y 3, este autor considera que el *common law* comprende tanto costumbre como usos tradicionales pudiendo entrar en colisión con la comprensión continental del principio de legalidad en su vertiente de *lex scripta*; K. AMBOS defiende la posición de que el principio *nullum crimen* en el *common law* implica la irretroactividad de la ley penal (*lex praevia*), la certeza de la ley penal (*lex stricta*) y la prohibición de analogía (*lex stricta*). Como puede apreciarse sólo la vertiente de *lex scripta* podría colisionar con el principio de legalidad instaurado en el sistema continental. La realidad es que actualmente en algunos de los sistemas de *common law* los delitos están previstos, en su totalidad, en las leyes, no quedando resquicio alguno a la costumbre para ser fuente del derecho penal doméstico, sin embargo parte de la doctrina todavía sigue considerando la posibilidad de la costumbre de ser fuente del derecho penal, cosa que a mi entender a quedado, reitero, actualmente sin posibilidad alguna. A pesar de todo y siguiendo a K. AMBOS, podemos sostener que sólo en Gran Bretaña y Canadá la costumbre podría ser fuente del derecho penal.

Resulta interesante observar que tanto el apartado primero como el segundo del art. 15 del PIDCP establecen que el momento en el cual hay que considerar la existencia de un crimen, es *en el momento en el cual se comete*. Este hecho es de absoluta importancia, ya que el momento de la comisión del crimen es el período de tiempo en el cual hay que averiguar si dicha conducta estaba o no castigada por el derecho nacional o internacional. La responsabilidad criminal surgirá por lo tanto en el mismo momento en que se comete el crimen siempre que tal acto esté prohibido por el derecho internacional¹⁵³⁸ o nacional.

No podemos olvidarnos de la resolución de 18 de noviembre del 2010 de la Court of Justice of the Economic Community of the States of West Africa (ECOWAS) en el caso *Hissein Habre*, en donde dicho tribunal consideró que las reformas del Estado de Senegal tendentes a posibilitar el enjuiciamiento de *Hissein Habre* conllevaron la vulneración del principio de legalidad. Con anterioridad a tales reformas en el sistema penal senegalés no se tipificaban los crímenes de genocidio, crímenes de lesa humanidad o crímenes de guerra, por lo que la incorporación de los mismos con posterioridad a los hechos denunciados, implicaba la violación del referido principio penal. Para solventar el problema de la posible impunidad de *Hissein Habre*, el tribunal de la ECOWAS indicó que lo más adecuado con la práctica internacional y con el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, a la vista de lo dispuesto en el párrafo segundo del art.15 del PIDCP, era que se constituyera un tribunal internacional *ad hoc* para juzgar al presunto criminal¹⁵³⁹. Esta medida, según el tribunal, no implicaría una violación del principio de legalidad, al entenderse que los hechos por los que se acusaba a *Hissein Habre* constituían crímenes internacionales según el derecho internacional en el momento en que se cometieron. En este caso se aprecia con notoriedad la importancia de que los Estados actualicen sus normas penales de acuerdo con los tratados ratificados por ellos mismos. La importancia del Pacto Internacional de Derechos Civiles

¹⁵³⁸ B. JURATOWITCH. 2004, *loc cit*, pág. 339.

¹⁵³⁹ Sentencia de la ECOWAS, de 18 de noviembre del 2010, n° ECW/CCJ/JUD/06/10, case *Hissein Habré*, pára. 58.

y Políticos en el Estatuto del ECCC es fundamental, ya que en su art. 33 se establece que dicho tribunal ejercerá su jurisdicción de conformidad con los principios enunciados en el art. 14 y 15 del PIDCP¹⁵⁴⁰.

1.3. El Convenio Europeo para la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales.

La importancia del convenio está fuera de toda duda, ya que el mismo constituye uno de los más sofisticados sistemas de protección de los derechos humanos y fundamentales de la persona de ámbito regional¹⁵⁴¹. Una característica básica de esta convención es la existencia de un órgano judicial independiente que se encarga de hacer valer los derechos fundamentales regulados en el convenio, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. El principio de legalidad aparece regulado en el art. 7.1 del CEDH¹⁵⁴². La redacción del precepto es parecida a la utilizada en la Declaración Universal de Derechos Humanos, contemplándose por un lado el postulado *nullum crimen* y por otro lado la *nulla poena*. Como pauta principal para castigar a una persona se requiere que la acción u omisión cometida constituya una infracción del derecho nacional o del internacional. Otra vez estamos ante dos planos distintos del principio de legalidad, ya que las infracciones del derecho nacional estarán sujetas a un postulado de legalidad taxativo y estricto, al requerirse que las mismas estén tipificadas en una ley, mientras que las infracciones del derecho internacional podrán estar reguladas en convenios internacionales y pueden surgir también del derecho consuetudinario, siempre que no haya una norma convencional que prevea el tipo penal. La realidad, como se verá posteriormente al analizar el Estatuto de la CPI, es que el derecho penal internacional ha evolucionado en los últimos años de forma muy rápida, incorporándose diversas normas penales internacionales que tipifican

¹⁵⁴⁰ Cfr. *Prosecutor v. IENG Sary*, Decision on IENG Sary's appeal against the closing order, 11 April 2011, 002/19-09-2007-ECCC/OCIJ (PTC75), pára. 223.

¹⁵⁴¹ Cfr. M. BOOT. 2002, *loc cit*, pág. 141.

¹⁵⁴² El art. 7.1 del CEDH establece que «*Nadie podrá ser condenado por una acción o una omisión que, en el momento en que haya sido cometida, no constituya una infracción según el derecho nacional o internacional. Igualmente no podrá ser impuesta una pena más grave que la aplicable en el momento en que la infracción haya sido cometida*».

determinadas conductas, por lo que el uso del derecho consuetudinario iría perdiendo su importancia como fuente del derecho, toda vez que el actual desarrollo del derecho penal internacional nos conduce a un principio de legalidad menos flexible.

Debemos reseñar que el término *derecho* o *law* (en la versión inglesa) empleado en el art. 7.1 del CEDH debe interpretarse de igual modo en toda la convención, sin hacerse interpretaciones distintas del mismo término¹⁵⁴³. Dentro del ámbito penal significa que la norma en virtud de la cual se pretende fundamentar una represión penal debe regir en el momento en el cual se cometió el delito, dando igual si es escrita o no¹⁵⁴⁴. Debe ser accesible, previsible y precisa¹⁵⁴⁵. Con respecto a la precisión de la norma, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha considerado que ésta no puede ser absoluta o exhaustiva, sino que tiene que ser de carácter genérico, dejando a los tribunales la interpretación de tales normas «*para disipar las dudas que podrían subsistir en lo que respecta a la interpretación de las normas, teniendo en cuenta la evolución de la práctica cotidiana, a condición de que el resultado sea coherente con la sustancia del delito y razonablemente*

¹⁵⁴³ K. AMBOS. 2009, “Fundamentos de la imputación...”, *loc cit*, pág. 10; M. BOOT. 2002, *loc cit*, pág.147; cfr. Sentencia del TEDH, de 22 de marzo del 2001 caso *Streletz, Kessler, Krenz v. Alemania*, pára.57 en dónde se reconoce expresamente que “*al comprender la noción de «Derecho» inscrita en el artículo 7.1 del Convenio tanto el Derecho escrito como el no escrito...*”

¹⁵⁴⁴ K. AMBOS. 2009, “Fundamentos de la imputación...”, *loc cit*, pág. 3; A. C. ANDRÉS DOMÍNGUEZ. 2008, “Derecho penal...”, *loc. Cit*, pág. 95; M. JAÉN VALLEJO. 2006, *loc cit*, pág. 64, este autor realiza una crítica a la sentencia de fecha 22.03.01 del TEDH al entender que el derecho consuetudinario no proviene de una instancia democráticamente elegida.

¹⁵⁴⁵ La Sentencia del TEDH, de fecha 26 de abril de 1979, caso *Sunday Times v. United Kingdom* estableció que «*... the law must be adequately accesible: the citizen must be able to have an indication that is adequate in the circumstances of the legal rules applicable to a given case... a norm cannot be regarded as law unless it is formulated with a sufficient precisión to enable the citizen to regulate his conduct: he must be able... to foresee, to a degree that is reasonable in the circumstances, the consequences which a given action may entail*», pára.49; M. BOOT. 2002, *loc cit*, pág. 147; cfr. Sentencia del TEDH, de fecha 24 de mayo del 2007, caso *Dragotoni v. Rumania*, pára. 33 a 36, en dicha sentencia se resume la jurisprudencia del TEDH en relación al principio de legalidad, estableciendo que el término “*law*” comprende tanto el derecho escrito como el de origen jurisprudencial, implicando condiciones cualitativas, entre otras la accesibilidad y la previsibilidad. De igual modo, entiende que las normas penales no pueden ser exhaustivas o de precisión absoluta, sino que tienen que ser de tipo general, por lo que los tribunales deberán interpretar las mismas. Cfr. *Prosecutor v. IENG Sary*, Decision on IENG Sary’s appeal against the closing order, 11 April 2011, 002/19-09-2007-ECCC/OCIJ (PTC75), pára. 210.

previsible»¹⁵⁴⁶. Dicha previsibilidad sustituye a la reserva absoluta de ley formal propia de los sistemas de *civil law*, llegándose a renunciar del derecho escrito. Así pues, el principio de legalidad dentro del Convenio Europeo se habría consagrado en un principio de juridicidad¹⁵⁴⁷.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha podido relativizar el principio *nullum crimen sine lege* desde el momento en que entiende que una certeza absoluta de las normas resulta inalcanzable, por lo que el derecho debe ir acorde con las normas cambiantes¹⁵⁴⁸. Todo lo anterior podríamos referirlo a las normas nacionales, sin embargo, considero que también son de aplicación a las normas internacionales. Con ello quiero manifestar que el derecho internacional al que se hace alusión en el art. 7.1 del CEDH debe ser un derecho previsible, accesible, preciso y que esté en vigor, ya sea mediante una norma convencional o porque dicha norma sea de carácter consuetudinario. El problema surge evidentemente con la costumbre internacional, ya que en principio no reúne las características básicas del postulado de legalidad, es decir, el individuo tiene más difícil el acceso a las mismas y el conocimiento de ellas, con la carencia absoluta por lo tanto de especificidad de la norma, y por ende, de su precisión¹⁵⁴⁹.

Considero que aquellas normas consuetudinarias que han alcanzado el rango de *ius cogens* podrían reunir los requisitos precisos a fin de no vulnerarse la máxima del *nullum crimen sine lege*. Un ejemplo lo encontramos en el art. 3 común a los Convenios de Ginebra de 1949, norma consuetudinaria que prohíbe ciertos comportamientos pero que no los tipifica, no siendo una norma

¹⁵⁴⁶ Sentencia del TEDH, de fecha 24 de mayo del 2007, caso *Dragotoni v. Rumania*, pára. 37.

¹⁵⁴⁷ Cfr. A. GIL GIL. 2010, “La excepción...”, *loc cit*, pág. 145; cfr. S. HUERTA TOCILDO. 2005, “El contenido debilitado del principio de legalidad penal”, en J.GARCÍA ROCA y P. SANTAOLAYA MACHETTI (Coords.) *La Europa de los derechos. El Convenio europeo de derechos humanos*, Madrid: CEPC, pág. 485.

¹⁵⁴⁸ K. AMBOS. 2009, “Fundamentos de la imputación...”, *loc cit*, pág. 11; cfr. Sentencia del TEDH, de fecha 26 de abril de 1979, caso *Sunday Times v. United Kingdom*, pára. 49.

¹⁵⁴⁹ Cfr. A. GIL GIL. 1999, “Derecho Penal...”, *loc cit*, pág. 88.

penal¹⁵⁵⁰. El citado precepto establece unos principios mínimos que deben respetarse en toda circunstancia en caso de conflicto armado de carácter no internacional. En el supuesto de que una persona vulnerase los mismos estaría cometiendo un crimen de guerra¹⁵⁵¹, dando igual que su comportamiento estuviera tipificado o no en los derechos penales domésticos, al tratarse de una conducta criminal según el derecho consuetudinario¹⁵⁵². Todo ello presupone que cualquier individuo con una capacidad intelectual normal, debería conocer estas normas de humanidad y respeto a los derechos humanos básicos de la persona en caso de conflicto armado no internacional. La accesibilidad vendría determinada por la amplia aceptación y promulgación a nivel internacional de tales normas. La previsibilidad estaría presente toda vez que los actos que se regulan en dicho art. 3 común a los Convenios de Ginebra constituyen delitos en los ordenamientos penales internos de los Estados. La precisión concurriría ya que los actos prohibidos en el citado artículo son concretos y taxativos. Por último, la vigencia estaría presente al ser una norma consuetudinaria.

En mi opinión, las normas convencionales relativas al derecho internacional humanitario, así como los crímenes internacionales del Estatuto de la CPI, reúnen los presupuestos de accesibilidad, previsibilidad y precisión suficiente para que cualquier individuo no las desconozca. El grado de difusión pública llevado a cabo sobre éstas normas, la regulación del respeto mínimo que debe tenerse a los derechos básicos de la persona y su dignidad humana, y el elevado número de Estados Parte de las mismas, nos conduce a considerar que cualquier violación grave o sistemática de aquéllas no podría justificarse

¹⁵⁵⁰ Cfr. *Prosecutor v. IENG Sary*, Decision on IENG Sary's appeal against the closing order, 11 April 2011, 002/19-09-2007-ECCC/OCIJ (PTC75), pára. 256 a 258.

¹⁵⁵¹ Cfr. Sentencia del TEDH, de fecha 17 de mayo de 2010, caso *Kononov v. Letonia*, App. No 36376/04, pára. 218 y ss, en donde se indica que ciertos crímenes de guerra, a causa de su gravedad reúnen las características necesarias para que el responsable de los mismos hubiera podido saber que tales comportamientos estaban prohibidos en la fecha de su comisión, por lo que la accesibilidad a la norma de prohibición y previsibilidad de la represión penal de dicho comportamiento estaban presentes.

¹⁵⁵² Cfr. Sentencia del TEDH, de 19 septiembre de 2008, caso *Korbely v. Hungary*, en donde se determinó que existió una vulneración del principio de legalidad toda vez que no se demostró que los actos cometidos por el demandante fuesen constitutivos de crímenes de lesa humanidad según el derecho internacional en la fecha en la cual se cometieron; cfr. A. GIL GIL. 2010, "La excepción...", *loc cit*, pág. 153.

por el desconocimiento de las mismas. En relación con lo anterior, podemos afirmar que el Tribunal penal Internacional para Yugoslavia sostuvo en diversas resoluciones judiciales que la costumbre internacional puede perfectamente reunir los requisitos impuestos por el principio de legalidad¹⁵⁵³, siempre que la conducta protagonizada esté prevista, aunque no definida de forma exhaustiva en el Estatuto del TPIY (certeza de la norma penal); que sea expresión de la costumbre internacional (especificidad de la norma penal); y que el contenido de la norma consuetudinaria resulte accesible para el autor, quien debe haber podido conocer y prever con anterioridad a la comisión del hecho ilícito su antijuricidad y la correspondiente responsabilidad penal (previsibilidad de la norma penal)¹⁵⁵⁴.

El art. 7.2 del CEDH dispone que «*El presente artículo no impedirá el juicio o la condena de una persona culpable de una acción o de una omisión que, en el momento de su comisión, constituía delito según los principios generales del derecho reconocido por las naciones civilizadas*». Evidentemente este apartado trae causa del sistema implementado en Nüremberg a fin de justificar el principio de legalidad instaurado en dicho proceso, configurando como hemos expuesto anteriormente una excepción al principio de legalidad¹⁵⁵⁵ y permitiendo la persecución de los crímenes nazis tras la 2ª Guerra Mundial¹⁵⁵⁶. La comunidad internacional en el ámbito del

¹⁵⁵³ Al respecto hemos de significar que la decisión interlocutoria del TPIY en el *caso Tadic*, IT-94-1-T, 2 de octubre de 1995, definió por primera vez el contenido del *nullum crimen sine lege*, pára. 94 y ss. y 143; H. OLÁSULO ALONSO. 2010, “Estudios de...”, *loc cit*, pág. 64; cfr. *Prosecutor v. Norman*, Appeal Chamber SCSL, Decision on preliminary motion base don lack of jurisdiction, 31 May 2004, pára. 9, 25 a 27, y 40 a 52.

¹⁵⁵⁴ M.M. MARTÍN MARTÍNEZ 2009, *loc cit*, pág. 382 y H. OLÁSULO ALONSO. 2010, “Estudios de...”, *loc cit*, pág. 67, entre dichas resoluciones encontramos *Prosecutor v. Pavle Strugar et al*, “Decision on interlocutory appeal” de 22 de noviembre del 2002, IT-01-42-AR72, pára. 9 y *Prosecutor v. Enver Hadzihasanovic et al*, “Decision on interlocutory appeal challenling jurisdiction in relation to command responsibility” de 16 de Julio del 2003, IT-01-47-AR72, pára. 32.

¹⁵⁵⁵ Cfr. A. GIL GIL. 2010, “La excepción...”, *loc cit*, pág. 134, quien sostiene que el art. 7.2 del CEDH constituye una excepción a la irretroactividad de la ley penal desfavorable. La relevancia y validez de esta posición aparece reflejada en la doctrina del ECCC, cfr. *Prosecutor v. IENG Sary*, Decision on IENG Sary’s appeal against the closing order, 11 April 2011, 002/19-09-2007-ECCC/OCIJ (PTC75), pára. 214.

¹⁵⁵⁶ E. GARCÍA DE ENTERRÍA. 1979, “*El sistema europeo de protección de los derechos humanos*”, Madrid: Civitas, pág. 83; cfr. J. ALVÁREZ GARCÍA. 2009, *loc cit*, pág. 97, quien

derecho penal internacional ha pretendido castigar crímenes internacionales mediante esta cláusula, ya que el derecho y la sociedad es cambiante. Así, en el caso de que una determinada conducta en un momento dado, no sea constitutiva de delito/crimen según el derecho nacional o internacional convencional, porque la sociedad internacional no lo pudo prever, mediante esta cláusula de salvaguarda se podrá sancionar dicho comportamiento. Eso sí, al ser una excepción al principio de legalidad los motivos deben ser, valga la redundancia, excepcionales, de ahí el *desuso* en el cual ha quedado¹⁵⁵⁷. Hemos de compartir la idea de GIL GIL de que la existencia del referido art. 7.2 del CEDH conllevaría dejar abierta una puerta a una permanente excepción al principio de legalidad acercándonos al denominado derecho penal del enemigo, circunstancia que iría en contra de todo el avance y desarrollo que el derecho penal internacional ha obtenido¹⁵⁵⁸. No podemos dejar de observar que el art. 15.2 del CEDH indica que el art. 7 del mismo texto, no puede ser derogado en caso de guerra o cualquier otro estado de emergencia, ello nos muestra la importancia que debe darse al principio de derecho penal que estamos analizando.

Por último, resulta interesante comentar una resolución judicial del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en la que se analiza la interacción de normas internacionales convencionales y derecho doméstico, nos referimos a la Decisión de 17 de enero del 2006, en el caso *Kolk y Kislyiy v. Estonia*. En esta resolución judicial¹⁵⁵⁹ se discutía si el Estado de Estonia vulneró el principio de legalidad previsto en el art. 7 del CEDH cuando condenó a dos ciudadanos

considera que esta cláusula supone una vulneración radical del principio de legalidad en su vertiente formal y de taxatividad.

¹⁵⁵⁷ El término de *desuso* empleado no significa que el TEDH no haya utilizado dicha cláusula de salvaguarda en alguna ocasión, en concreto, en la decisión de fecha 17 de enero del 2006, caso *Kolk y Kislyiy v. Estonia*, el TEDH justificó el uso del art. 7.2 del CEDH a fin de avalar la condena de los tribunales de Estonia contra dos individuos que cometieron crímenes de lesa humanidad en el año 1949, a pesar de que en dichos años tales acciones no eran constitutivas de delito según las normas penales de la antigua Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas (en adelante, URSS).

¹⁵⁵⁸ Cfr. A. GIL GIL. 2010, “La excepción...”, *loc cit*, pág. 141 y 142.

¹⁵⁵⁹ A. CASSESE. 2006, “Balancing the prosecutor of crimes against the humanity and non retroactivity of criminal law”, en *Journal of International Criminal Justice*, nº 4, pág. 410 a 418.

suyos por la comisión de crímenes de lesa humanidad en el año 1949 en la antigua URSS, toda vez que Estonia no tipificó en su ordenamiento jurídico dicho crimen internacional hasta el año 1994. Pues bien, el TEDH entendió que no se vulneró el principio de legalidad, toda vez que los hechos enjuiciados ya eran constitutivos de crimen internacional por el derecho internacional en el momento de su comisión, haciendo referencia a la Carta de Londres de 1945, la Resolución de 11 de diciembre de 1946 de la AGNU y al Convenio de 1968 sobre imprescriptibilidad de crímenes de guerra y de lesa humanidad. El Tribunal consideró que al ser la antigua URSS miembro del Tribunal Militar Internacional de Nüremberg y de la ONU, los condenados no podían desconocer la prohibición de cometer crímenes de lesa humanidad. Como se puede apreciar, para el Tribunal fue suficiente que el derecho internacional sancionase tales actos, con independencia de que pasaran más de 40 años hasta que se tipificasen en Estonia dichos crímenes, aplicándose retroactivamente la ley penal interna. Si bien es cierto que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos afirma siempre en sus resoluciones judiciales que la interpretación de la norma interna no es de su ámbito competencial, no es menos cierto que para este órgano judicial la aplicación retroactiva de una norma penal no viola el postulado de legalidad si los hechos objeto de enjuiciamiento eran punibles de conformidad con el derecho internacional, existiendo una accesibilidad, previsibilidad y certeza de la norma penal.

Aparte del caso anterior, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso *Kononov v. Letonia* de forma implícita aplicó también el art. 7.2 del CEDH. En el caso referido se examinó la condena por crímenes de guerra impuesta por los tribunales de Letonia a un ciudadano que había luchado como partisano durante la 2ª Guerra Mundial y asesinó a varios civiles por colaborar con el régimen nazi. Lo curioso es que se aplicó la ley penal de Letonia de 1993 a hechos acontecidos en el año 1944, por lo que puede deducirse una clara aplicación retroactiva de la ley penal de carácter desfavorable. El TEDH sostuvo que en realidad se aplicó el derecho internacional, recurriendo a las normas internacionales vigentes cuando ocurrieron los hechos. Además, indicó

que los tribunales domésticos podían castigar los crímenes cometidos durante la 2ª Guerra Mundial en virtud del derecho internacional. Sin embargo, lo más relevante de la sentencia es la interpretación que efectuó del art. 7.2 del CEDH, al afirmar que los trabajos preparatorios de dicho convenio internacional indicaban que el propósito de tal precepto fue especificar que el art. 7 del CEDH no afectaba a las leyes que de manera totalmente excepcional se aprobaron al finalizar la 2ª Guerra Mundial a fin de castigar, *inter alia*, los crímenes de guerra, por lo que dicho art. 7 no tiene la finalidad de buscar una aprobación legal o moral de tales leyes¹⁵⁶⁰. La anterior afirmación hace pensar que la finalidad principal del art. 7.2 del CEDH es configurar una excepción al principio de legalidad en su vertiente de irretroactividad de la ley penal de carácter desfavorable.

Con estos ejemplos se identifica claramente que en el ámbito del derecho internacional el principio de legalidad es flexible y relajado, configurándose más como un *nullem crimen sine iure*¹⁵⁶¹ ya que la finalidad es la justicia¹⁵⁶². Los propios Estados son quienes mediante la ratificación de los tratados internacionales han acordado flexibilizar el principio de legalidad, toda vez que entienden que en el ámbito internacional tal postulado no puede prevalecer sobre la justicia. El requisito mínimo que debe concurrir es que exista una norma consuetudinaria o convencional que prohíba tales actos. Asimismo, la dejadez de los Estados a la hora de tipificar debidamente los crímenes internacionales ha conllevado que el derecho internacional, vía consuetudinaria, ocupase la labor propia de los Estados soberanos, quienes por sí mismos, utilizando, entre otros, el principio de justicia universal, tenían que reprimir tales comportamientos¹⁵⁶³.

¹⁵⁶⁰ Cfr. Sentencia del TEDH, de 17 de mayo de 2010, *caso Kononov v. Letonia*, pára. 185 y ss.; cfr. A. GIL GIL. 2010, “La excepción...”, *loc cit*, pág. 154 y ss.; cfr. *X. v. Belgium*, no 268/57, Comisión decisión of 20 July 1957, Yearbook 1, pág. 241.

¹⁵⁶¹ M. C. BASSIOUNI y P. MANIKAS. 1996, *loc cit*, pág. 268; A. CASSESE. 2008, “International criminal...”, *loc cit*, pág. 39; cfr. M.M. MARTÍN MARTÍNEZ 2009, *loc cit*, pág. 79 y M. OLLÉ SESE. 2008, “Justicia Universal...”, *loc cit*, pág. 161 y ss.

¹⁵⁶² Cfr. A. GIL GIL. 1999, “Derecho penal...”, *loc cit*, pág. 88.

¹⁵⁶³ Cfr. H. OLÁSULO ALONSO. 2010, “Estudios de...”, *loc cit*, pág. 62.

1.4. El Estatuto de la Corte Penal Internacional.

La presente norma penal representa la culminación del derecho penal internacional de nuestros tiempos, toda vez que en la misma se regulan determinados crímenes internacionales que serán juzgados por un tribunal internacional permanente. Se definen los crímenes de forma precisa, accesible y previsible, ya que la enumeración de los crímenes del Estatuto traen causa tanto del derecho convencional como del consuetudinario. Pero lo más importante del Estatuto de la CPI es que se enuncian determinadas garantías penales, que se han echado en falta durante mucho tiempo en el ámbito del derecho penal internacional. Nos referimos al principio de legalidad en su vertiente de garantía criminal y penal. Como afirma RODRÍGUEZ VILLASANTE el Estatuto de Roma significa el paso de la prehistoria a la historia¹⁵⁶⁴, toda vez que por primera vez se tipifican crímenes internacionales de forma precisa¹⁵⁶⁵ y el enjuiciamiento de éstos será una vez haya entrado en vigor el estatuto, por lo que no hay una aplicación *ex post facto*, garantizándose asimismo el derecho al juez natural, el cual fue puesto en entredicho en los tribunales *ad hoc* al constituirse con posterioridad a la comisión de los hechos punibles¹⁵⁶⁶.

En el art. 22 del ECPI se recoge el postulado *nullum crimen sine lege*. Ello nos adelanta, de forma palpable, la intención de la comunidad internacional a la hora de elaborar esta norma penal internacional¹⁵⁶⁷. Dicho precepto dispone que «*Nadie será penalmente responsable de conformidad con el presente Estatuto a menos que la conducta de que se trate constituya, en el momento en que tiene lugar, un crimen de la competencia de la Corte. La*

¹⁵⁶⁴ J.L. RODRÍGUEZ VILLASANTE y PRIETO. 2000, “Los principios generales...”, *loc cit*, pág. 390.

¹⁵⁶⁵ Cfr. W. A. SCHABAS. 2010, “The International...”, *loc cit*, pág. 404; H. OLÁSOLO ALONSO. 2010, “Estudios de...”, *loc cit*, pág. 72.

¹⁵⁶⁶ Cfr. H. OLÁSOLO ALONSO. 2010, “Estudios de...”, *loc cit*, pág. 68 y 69.

¹⁵⁶⁷ K. AMBOS. 2007, “La Corte Penal...”, *loc cit*, pág. 26, este autor sostiene de forma acertada que en virtud del art. 22 del Convenio de Roma se establecen una serie de garantías penales, la *lex scripta* ya que solo una persona puede ser castigada por hechos punibles bajo el Estatuto de la CPI; la *lex praevia*, hechos cometidos con posterioridad a la entrada en vigor del Convenio de Roma; *lex certa*, que dichos hechos estén formulados precisamente y *lex stricta*, que no hayan sido ampliados por analogía.

definición de crimen será interpretada estrictamente y no se hará extensiva por analogía. En caso de ambigüedad, será interpretada en favor de la persona objeto de investigación, enjuiciamiento o condena. Nada de lo dispuesto en el presente artículo afectará a la tipificación de una conducta como crimen de derecho internacional independientemente del presente Estatuto». La técnica utilizada en el Convenio de Roma para definir los crímenes de su competencia, así como la consagración del principio de garantía criminal, penal, jurisdiccional y prohibición de la analogía, hace pensar que el Estatuto de la CPI se aproxima más al concepto continental del principio de legalidad que al concepto del *common law*¹⁵⁶⁸. En síntesis, la costumbre ha dejado paso a la norma convencional. La Corte Penal Internacional no podrá juzgar un crimen internacional de su competencia en virtud del derecho consuetudinario¹⁵⁶⁹ o con origen en la jurisprudencia, sólo los crímenes tipificados en el estatuto podrán ser objeto de su enjuiciamiento¹⁵⁷⁰.

Algunos autores critican desacertadamente la redacción del Estatuto de la CPI, toda vez que entienden que el art. 21 (titulado derecho aplicable) prevé una relación jerárquica de normas que pueden ser adoptadas por la Corte Penal para resolver una cuestión o planteamiento, estando incluidas en dicha relación la costumbre, los principios generales del derecho y la jurisprudencia, abriéndose las puertas del derecho penal a estas fuentes¹⁵⁷¹. En primer lugar tenemos que recalcar una idea principal y básica del derecho penal internacional, en concreto, el hecho de que el derecho del cual estamos hablando es principalmente derecho internacional, lo cual conlleva que no se puedan desconocer las fuentes básicas de esta rama del derecho, en particular, la costumbre internacional y los principios generales de las naciones civilizadas. En segundo lugar, el referido art. 21 del Convenio de Roma se ocupa del derecho aplicable, es decir, de las normas que puede utilizar para ejercer su jurisdicción. Partiendo de una interpretación sistemática del

¹⁵⁶⁸ K.S. GALLANT. 2009, *loc cit*, pág. 335.

¹⁵⁶⁹ Cfr. W. A. SCHABAS. 2010, "The International...", *loc cit*, pág. 407.

¹⁵⁷⁰ J.L. RODRÍGUEZ VILLASANTE y PRIETO. 2000, "Los principios generales...", *loc cit*, pág. 391.

¹⁵⁷¹ A. C. ANDRÉS DOMÍNGUEZ. 2006, "Derecho penal...", *loc cit*, pág. 129.

Convenio de Roma, se puede deducir que la CPI está sujeta a las disposiciones que regulan su funcionamiento (Estatuto, Elementos de los crímenes y Reglas de procedimiento), no pudiendo aplicar otras normas distintas para crear nuevos crímenes de su competencia¹⁵⁷². La costumbre, los principios generales del derecho y resto de normas posibles a aplicar servirán para interpretar o clarificar mejor la norma o los hechos enjuiciados, sin perjuicio de que en relación a ciertos aspectos de la parte general del derecho penal internacional sí pueden ser fuente del derecho penal, no así fuente directa, es decir, capaz de crear tipos penales. Lo anterior se fundamenta en el propio estatuto cuando se afirma que «...*la definición de crimen será interpretada estrictamente y no se hará extensiva por analogía*». En este sentido, una interpretación estricta del crimen internacional conllevaría una aplicación restringida de la norma no teniendo cabida la costumbre en ella¹⁵⁷³. En tercer lugar, las críticas vertidas en relación con el art. 22.3 del ECPI no pueden tener buena acogida. La Corte Penal Internacional aplicará en todo momento un principio de legalidad rígido. Esto no significa que la comunidad internacional considere llegado un momento que en aplicación del derecho consuetudinario ha surgido un nuevo crimen internacional. Este nuevo crimen podrá ser reprimido por tribunales *ad hoc*, pero no por la Corte Penal, en aras de la seguridad jurídica, al tener vedada su competencia a los crímenes tipificados en los con el art. 6, 7 y 8 del ECPI¹⁵⁷⁴. A mayor abundamiento el art. 22.1 establece que nadie será responsable de conformidad con el presente Estatuto a menos que la conducta se trate de un *crimen de la competencia de la Corte*.

Con la constitución de la Corte Penal Internacional se ha abierto una nueva etapa que tendrá por finalidad consagrar de forma permanente el principio de legalidad en el seno del derecho penal internacional, de una manera idéntica a la utilizada en los sistemas domésticos, salvo excepciones poco usuales. Las garantías penales derivadas de los ordenamientos internos

¹⁵⁷² J.L. RODRÍGUEZ VILLASANTE y PRIETO. 2000, “Los principios generales...”, *loc cit*, pág. 391.

¹⁵⁷³ Cfr. W. A. SCHABAS. 2010, “The International...”, *loc cit*, pág. 410.

¹⁵⁷⁴ Cfr. *Ibidem*, pág. 411.

deben ser trasladadas de idéntica forma al sistema internacional, a fin de no deslegitimar la justicia penal internacional. El Estatuto de la CPI, norma que ha tipificado de forma exhaustiva numerosos crímenes internacionales consuetudinarios¹⁵⁷⁵, constituirá la actual Carta Magna de los grandes criminales, todo lo que no se tipifique en ésta no deberá ser castigado por ella.

2. Práctica judicial en relación al principio de legalidad en el ámbito del derecho penal internacional.

2.1. Procesos de carácter internacional.

2.1.1. *Nüremberg.*

La sentencia del juicio de Nüremberg fue una de las primeras en tratar la cuestión de la legalidad en el ámbito del derecho penal internacional. Pues bien, el Tribunal Militar Internacional dispuso que el principio de legalidad era considerado como un principio de justicia o un principio de juricidad, no como una garantía criminal del individuo cuya finalidad es protegerle del actuar arbitrario del poder punitivo¹⁵⁷⁶. En Nüremberg se prefirió salvaguardar los intereses de la población y de la sociedad antes que los intereses de los individuos. En este proceso se puso en una balanza la justicia por un lado y la legalidad por otro, ganando la primera, ya que entendieron que sería inmoral o injusto no castigar las barbaridades cometidas durante la 2ª Guerra Mundial sólo por el mero hecho de que no estuvieran las mismas tipificadas en una

¹⁵⁷⁵ G. WERLE. 2005, *loc cit*, pág. 105.

¹⁵⁷⁶ “Judgment of Nüremberg”, *loc cit*, Vol. 41, nº 1, pág. 217, «...it is to be observed that the maxim *nullum crimen sine lege* is not a limitation of sovereignty, but is in general a principle of justice. To assert that it is unjust to punish those who in defiance of treaties and assurances have attacked neighbouring states without warning is obviously untrue, for in such circumstances the attacker must know that he is doing wrong, and so far from it being unjust to punish him, it would be unjust if his wrong were allowed to go unpunished. Occupying the positions they did in the government of Germany, the defendants or at least some of them must have known of treaties signed by Germany, outlawing recourse to war for the settlement of international disputes; they must have known that they were acting in defiance of all international law when in complete deliberation they carried out the designs of invasion and aggression. On, this view of the case alone, it would appear that the maxim has no application to, the present facts».

norma convencional de forma expresa. En cualquier caso, el Tribunal Militar Internacional entendió que los crímenes de la competencia del tribunal no eran nuevos, al estar prohibidos bien por normas domésticas o por ciertos tratados internacionales. Esta decisión fue muy criticada por la doctrina¹⁵⁷⁷.

2.1.2. Tokio.

Por otro lado, el Tribunal Militar Internacional para el Lejano Oriente también trató la cuestión de la posible violación del principio de legalidad. La verdad es que se fundamentaron las respuestas en el mismo sentido que en la sentencia de Nüremberg. Aun así, hay un voto particular¹⁵⁷⁸ en la sentencia que debe ser reseñado. El juez RÖLING de origen holandés sostuvo en su opinión separada que el crimen de guerra no era considerado un crimen antes de la promulgación de los Estatutos de Nüremberg y Tokio, a pesar de ello desestimó la alegación de la aplicación *ex post facto* de la norma al entender que los aliados tenían capacidad suficiente para omitir el principio de *nullum crimen sine lege* como materia exclusivamente política¹⁵⁷⁹. El juez RÖLING no entendió el principio de legalidad como un principio de justicia, sino como una regla de política, asimismo consideró que la prohibición de retroactividad de la norma penal no era plenamente aplicable a las relaciones internacionales, incluso podía omitirse en aras del principio de libertad¹⁵⁸⁰. Desde mi punto de

¹⁵⁷⁷ H. KELSEN. 1944, “La paz...”, *loc cit*, pág. 104 y ss.; L. JIMÉNEZ DE ASÚA. 1952, “Tratado de derecho...”, *loc cit*, pág. 1253 y ss.; H. EHARD. 1949, *loc cit*, pág. 239; G. A. FINCH. 1947, “The Nüremberg Trial...”, *loc cit*, pág. 33; J. DOBOVSEK. 2008, *loc cit*, pág. 57; cfr. K.S. GALLANT. 2009, *loc cit*, pág. 152 y ss.

¹⁵⁷⁸ No podemos olvidar como se expuso en otros apartados de la presente tesis el voto particular formulado por el juez indio *Pal*, ver nota pie de página núm.263.

¹⁵⁷⁹ B. V. SHAACK. 2008, “Crimen sine lege: Judicial Lawmaking at the intersection of law and morals”, en *Georgetown Law Journal*, Vol. 97, pág. 131.

¹⁵⁸⁰ *United States v. Araki et al.*, opinion separada del Juez RÖLING, en 21 The Tokyo Major War Crimes Trial 44–45A Editores: R. J. PRITCHARD y S. M. ZAIDE, 1981: «If the principle of *nullum crimen sine praevia lege* were a principle of justice, . . . the Tribunal would be bound to exclude for that very reason every crime created in the Charter *ex post facto*, it being the first duty of the Tribunal to mete out justice. However, this maxim is not a principle of justice but a rule of policy, valid only if expressly adlocted, so as to protect citizens against arbitrariness of courts . . . as well as the arbitrariness of legislators The prohibition of *ex post facto* law is an expression of political wisdom, not necessarily applicable in present international relations. This maxim of liberty may, if circumstances necessitate it, be disregarded even by powers victorious in a war fought for freedom»; K.S. GALLANT. 2009, *loc cit*, pág. 145 y ss.

vista, RÖLING sabía plenamente que se había vulnerado el *nullum crimen sine lege*, sin embargo intentó justificar la retroactividad de la norma, bien porque no era de aplicación en el derecho internacional bien porque debía ceder ante otra serie de valores, como el de la libertad.

2.1.3. Juicios en aplicación de la Ley nº 10 del Consejo del Control Aliado.

Al margen del proceso de Nüremberg y Tokio se siguieron numerosas causas contra militares alemanes en las zonas ocupadas por los aliados, en aplicación de la Ley nº10 del Consejo del Control Aliado. En el caso *Peleus*, resuelto por los tribunales británicos, la defensa de los acusados mantuvo que se había violado un principio básico del derecho penal, *el nullum crimen sine lege*. El fiscal de la causa afirmó que el principio de legalidad no era de aplicación en el derecho internacional, sino sólo en el derecho doméstico¹⁵⁸¹. Lo anterior es una clara muestra de la equivocada negación de este principio en el derecho penal internacional. Posteriormente, en la zona de ocupación norteamericana se siguieron una serie de juicios contra criminales de guerra alemanes que dieron una concepción distinta al principio de legalidad de la expuesta en el caso *Peleus*.

En las sentencias de los tribunales norteamericanos se defendió la existencia del principio *nullum crimen sine lege*, en concreto, la prohibición retroactiva de la norma penal, la denominada prohibición *ex post facto*. En las sentencias seguidas en dichos juicios se sostuvo que «*it is a fundamental principle of criminal jurisprudence that one may not be charged with crime for the doing of an act which was not a crime at the time of its commission*»¹⁵⁸². Aquí se hacía referencia al hecho de que una persona no podía ser acusada por

¹⁵⁸¹ Law Reports of Trials of War Crimes. 1947, London: United Nations of War Crimes Commissions, Vol. 1, pág. 10: «...it is only applicable to municipal and state law, and could never be applicable to International Law»; mientras que el tribunal sostuvo que «*the maxim nulla poena sine lege and the principle that is expressed therein had nothing whatever to do with this case. It referred only to the municipal or domestic law of a particular State and the court should not be embarrassed by it in its considerations*», cfr. pág. 12.

¹⁵⁸² *Trials of war Criminals before the Nüremberg Military Tribunals under Control Council nº 10*. 1950, Washington: United States Government, Vol. XI, *The Hostages Case*, pág.1238.

hechos que no eran crímenes en el momento en que se cometieron. Además se sostuvo que «...*in any event, we are of the opinion that a victorious nation may not lawfully enact legislation defining a new crime and make it effective as to acts previously occurring which were not at the time unlawful. It therefore becomes the duty of a tribunal trying a case charging a crime under the provisions of Control Council Law No. 10 to determine if the acts charged were crimes at the time of their commission and that Control Council Law No. 10 is in fact declaratory of then existing international law*¹⁵⁸³». Lo anterior nos hace ver que los tribunales norteamericanos consideraban el principio de legalidad como una garantía criminal del individuo, toda vez que se prohibía promulgar normas con efecto retroactivo que castigasen ciertas conductas que antes no eran punibles. La obligación del tribunal era estudiar si los crímenes regulados en la Ley n° 10 del Consejo de Control Aliado ya estaban prohibidos por el derecho internacional. En este estado de cosas, los tribunales norteamericanos afirmaron que los crímenes tipificados en el Estatuto del TMIN eran una expresión del derecho internacional existente. Los tribunales norteamericanos consideraron que no era preciso que el crimen apareciese regulado y definido expresamente en una convención, sólo se necesitaba que en virtud del derecho consuetudinario o de los principios generales de las naciones civilizadas estuviese prohibido dicho acto, así no se habría producido una violación de la prohibición *ex post facto*¹⁵⁸⁴. Se mantuvo la postura de que el derecho consuetudinario era fuente del derecho penal internacional, al igual que los principios generales de las naciones civilizadas. En relación a estos principios, considero que se podrían referir a los principios de humanidad básicos del DIH que dieron origen a la cláusula *Martens*, sin perjuicio de entender incluidos en los mismos aquellos otros principios que *in foro*

¹⁵⁸³ *Ibidem*, pág. 1238.

¹⁵⁸⁴ *Ibidem*, pág. 1239: «*the crimes defined in Control Council Law No. 10 which we have quoted herein were crimes under pre-existing rules of international law, some by conventional law such as that exemplified by the Hague Regulations of 1907 clearly make the war crimes herein quoted crimes under the proceedings of that convention... It is not essential that a crime be specifically defined and charged in accordance with a particular ordinance, statute, or treaty if it is made a crime by international convention, recognized customs and usages of war, or the general principles of criminal justice common to civilized nations generally. If the acts charged were in fact crimes under international law when committed, they cannot be said to be ex post facto acts or retroactive pronouncements*».

doméstico habían obtenido tal naturaleza. Actualmente, ha quedado obsoleta la posición adoptada por los tribunales norteamericanos, toda vez que la fuente principal del derecho penal internacional es el derecho convencional, principalmente, tras la aprobación del Convenio de Roma de 1998, al no poder crear crímenes internacionales los principios generales de las naciones civilizadas¹⁵⁸⁵. Cuestión distinta es que los tribunales *ad hoc* apliquen también el derecho consuetudinario como fuente del derecho penal para crear tipos penales, siempre en defecto del derecho convencional. En definitiva, los tribunales norteamericanos se esforzaron en justificar la no violación del principio de legalidad cosa que otros tribunales no lo hicieron, ya que se limitaron a manifestar que el postulado de legalidad no tenía cabida en el derecho internacional.

2.1.4. *Tribunales Penales Internacionales ad hoc y mixtos.*

La *praxis* judicial de estos tribunales en relación al *nullum crimen sine lege* es clara y uniforme, al entender que los crímenes tipificados en sus estatutos forman parte del derecho consuetudinario¹⁵⁸⁶. Como en otros apartados se ha expuesto, una de las principales críticas a estos tribunales es su constitución *ex post facto*, lo que podría conllevar una vulneración del principio del juez natural o tribunal previamente constituido¹⁵⁸⁷.

¹⁵⁸⁵ A. CASSESE. 2006, "Balancing the...", *loc cit*, pág. 416 y cfr. G. RODRÍGUEZ MOURULLO. 1978, *loc cit*, pág. 69.

¹⁵⁸⁶ *Prosecutor v. Hadzihasanovic et al.*, IT-01-47-AR72, "Decision on Interlocutory Appeal challenging Jurisdiction in relation to Command Responsibility", Appeals Chamber, 16 July 2003, pára. 35, 44 a 46 y 55; cfr. S. MENDOZA CALDERÓN. 2012. "Algunas observaciones sobre la aplicación del principio de legalidad en derecho penal internacional", en *El Principio de Justicia Universal: Fundamentos y Límites*, Directora: A.I. PÉREZ CEPEDA, Valencia: Tirant Lo Blanch, pág. 277.

¹⁵⁸⁷ UN Doc. S/2000/915 de 4 de octubre de 2000, pág. 3 establece que «en reconocimiento del principio de legalidad, en particular del *nullum crimen sine lege* y la prohibición de que las leyes penales tengan carácter retroactivo, los crímenes internacionales enumerados son crímenes que se consideran que tenían tal carácter con arreglo al derecho internacional consuetudinario en el tiempo en que presuntamente se cometieron»; en aplicación de esta postura cfr. Sentencia del SCSL, de 31 de mayo del 2004, caso *Sam Hinga Norman*, SCSL-2004-14-AR72(E), pára. 25 y 53. En el mismo sentido ocurre en el TPIY, ver UN Doc. S/25704 de 3 de mayo de 1993, pára. 34 y en aplicación de tal postura, *Decisión del TPIY on the defence motion on jurisdiction Prosecutor v. Dusko Tadic* IT-94-1-72 10 August 1995, pára. 71 y 72; cfr. H. OLÁSULO ALONSO. 2010, "Estudios de...", *loc cit*, pág. 63 y 64 y G. WERLE. 2005, *loc cit*, pág. 113.

En la sentencia del *caso Duch* (KAING Guek Eav), el ECCC sostuvo que tanto los crímenes por los que se acusaba a *Duch* como las formas de participación o autoría de los mismos deberían estar en concordancia con el principio de legalidad¹⁵⁸⁸. Dicho postulado de legalidad requiere que el crimen por el cual se acusa al responsable sea previsible y la norma que lo contempla sea accesible para éste. Lo importante es que en el momento de la comisión tanto el crimen como su forma de autoría existan en el derecho nacional o internacional vigente¹⁵⁸⁹. El Tribunal Especial para el Líbano, en la decisión de fecha 16 de febrero de 2011, en el caso *Mustafa, Sadim, Hussein y Assad*, ha sostenido que el principio de legalidad aparece incorporado en el código penal del Líbano y en su constitución, así como en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el cual fue ratificado por dicho estado, por lo que deberá observarse en todo momento. Lo más llamativo es que dicho tribunal penal afirmó que el Pacto Internacional citado no implicaba que se pudiera castigar a una persona por un crimen que no estaba incorporado en sede doméstica, lo que sí permitía el referido convenio internacional era definir un crimen que ya formaba parte del derecho internacional y aplicarlo ha comportamientos cometidos con anterioridad a la publicación de la norma doméstica que tipificase el mismo, sin quebrantamiento alguno del *nullum crimen sine lege*. Lo anterior significa que el responsable debe poder saber que su comportamiento es ilícito internacionalmente en el momento de su comisión¹⁵⁹⁰.

La previsibilidad exigida por el principio de legalidad puede ser satisfecha perfectamente por el derecho consuetudinario, es decir, puede servir de noticia o antecedente razonable para que el responsable pueda saber que su comportamiento originará la responsabilidad penal correspondiente. Las normas básicas del derecho internacional humanitario son de tal relevancia y

¹⁵⁸⁸ Cfr. Sentencia del ECCC, de 26 de julio de 2010, *Prosecutor v. KAING Guek Eav alias Duch*, 001/18-07-2007/ECCC/TC, pára. 26.

¹⁵⁸⁹ *Ibidem*, pára. 28.

¹⁵⁹⁰ Cfr. *Prosecutor v. Mustafa Amine Badreddine, Salim Jamil Ayyash, Hussein Hassan Oneissi y Assad Hassan Sabra*, Interlocutory decision on the applicable law: terrorism, conspiracy, homicide, perpetration, cumulative charging, 16 February 2011, STL-11-01/I, pára. 133.

afectan a valores tan fundamentales que cualquier persona, sin grandes dificultades, debería saber que el quebrantamiento de las mismas podría conllevar la comisión de un delito. Por ello, aunque en sede doméstica no se hayan adoptado las medidas legislativas necesarias para castigar dicho comportamiento, el responsable sabría que con el paso del tiempo, cuando éstas se implementen en sede nacional, podría ser castigado¹⁵⁹¹. Así pues, podemos observar que también los tribunales *ad hoc* y los híbridos intentan en todo momento respetar el postulado de legalidad, aunque sea de una manera más flexible que en sede nacional, al considerar que el derecho consuetudinario puede servir de fuente del derecho penal internacional siempre que el responsable haya podido tener acceso a dicho derecho y que éste fuese previsible¹⁵⁹².

2.2. Procesos de carácter nacional.

En el caso *Eichmann* se alegó por la defensa la violación del principio de legalidad, toda vez que entendían que los crímenes por los que se le acusaba no estaban tipificados en norma alguna. En la sentencia de la Corte del Distrito de Jerusalén se sostuvo en parte la posición del TMIN de que el principio de legalidad debía entenderse como un principio de justicia y que éste prevalecía frente a otros valores o principios como el de legalidad en sentido estricto. En concreto, se afirmó, citando la sentencia del caso *Rauter*, que «*This principle, however, bears no absolute character, in the sense that its operation may be affected by that of other principles with the recognition of which equally important interests of justice are concerned*¹⁵⁹³». Por su parte, la Corte Suprema de Israel manifestó que no había norma alguna en el derecho

¹⁵⁹¹ *Ibidem*, pára. 134.

¹⁵⁹² Cfr. *Prosecutor v. Charles Taylor*, Judgment 18 May 2012, SCSL 03-01-T, pára. 398, en donde se recuerda que los crímenes internacionales de los que puede conocer el tribunal formaban parte del derecho consuetudinario en el momento de su comisión por lo que el *nullum crimen sine lege* no se vería afectado; cfr. Report of the Secretary-General on the Establishment of the Special Court, S/2000/915, 4 October 2000, pára. 12; cfr. *Prosecutor v. Norman*, SCSL-04-14-AR72(E), Decision on Preliminary Motion Based on Lack of Jurisdiction (Child Recruitment), 31 May 2004, pára. 17 y ss.

¹⁵⁹³ *The Attorney General of the Government of Israel v. Eichmann*. 1962, en *American Journal of International Law*, Vol. 56, n° 3, pág. 823.

consuetudinario que prohibiese la promulgación de normas penales con carácter retroactivo, las llamadas *ex post facto laws*. Parece ser que la intención del tribunal fue afirmar la no aplicación del principio de legalidad. Sin embargo, posteriormente justificó el respeto del principio de legalidad al sostener que los crímenes cometidos por *Eichmann* ya estaban prohibidos desde tiempos inmemoriales por el derecho internacional¹⁵⁹⁴. En síntesis, la Corte Suprema de Israel no consideró oportuno manifestar la no aplicación del postulado de legalidad, todo lo contrario, justificó que no se produjo violación alguna de dicho principio.

En la causa *Polyukhovich* se intentó impugnar la legalidad de la War Crimes Act de 1945 de Australia, al entender que los crímenes por los que se le acusaba fueron cometidos en Ucrania cuando estaba bajo dominio alemán, no siendo ilegales tales actos en ese momento y siendo la ley australiana por ello de aplicación retroactiva. El tribunal australiano primeramente sostiene que en su ordenamiento jurídico no hay ninguna prohibición de aplicar normas *ex post facto*, así dice que «*the absence of any similar prohibition in our Constitution against bills of attainder and ex post facto laws is fatal to the plaintiff's argument...*»¹⁵⁹⁵. A pesar de ello, afirma que los poderes políticos no pueden, basándose en la separación de poderes, promulgar estas normas. Un aspecto importante de la sentencia es que establece que el principio de legalidad forma parte actualmente del derecho consuetudinario¹⁵⁹⁶. El tribunal australiano entiende que en el derecho penal internacional se prohíbe actualmente la promulgación de normas penales nacionales retroactivas, salvo que el acto enjuiciado fuese constitutivo de delito según el derecho internacional en el momento de su comisión. Esta circunstancia resulta muy interesante, ya que

¹⁵⁹⁴ Attorney General of the Government of Israel v. Eichmann, Supreme Court. 1962, en *International Law Reports*, Vol. 36, pág. 281, en donde se dice que «*we shall yet see in what follows that the crimes of which the Appellant was convicted must be seen as having constituted, since 'time immemorial,' a part of international law and that, viewed from this aspect, the enactment of the Law of 1950 was not in any way in conflict with the maxim nulla poena, nor did it violate the principle inherent in it.*».

¹⁵⁹⁵ *Polyukhovich v. Commonwealth of Australia*, High Court Judgment 14 de August 1991, pára.32.

¹⁵⁹⁶ *Ibidem*, pára.47: «*The better view now, if not in earlier times, is that the rule of customary international law is as expressed in art.15 of the International Covenant on Civil and Political Rights.*».

conlleva que el momento en el que los tribunales nacionales deben juzgar su competencia temporal y material es el momento de la comisión de los hechos, teniendo en cuenta principalmente el derecho internacional¹⁵⁹⁷. Para justificar tal posición se refieren a lo establecido en el art. 15 del PIDCP y al art. 99 del Convenio de Ginebra de 1949 relativo al trato debido a los prisioneros de guerra, preceptos que permiten condenar hechos siempre que éstos sean constitutivos de delito en el momento de su comisión, con base en el derecho nacional o internacional. El tribunal australiano flexibiliza notablemente el principio *nullum crimen sine lege*, entendiendo como fuente del derecho penal nacional tanto las normas convencionales como consuetudinarias.

El caso *Finta* resuelto en la Corte Suprema de Canadá el 24 de marzo de 1994, confirma la existencia del principio de legalidad, sobre todo la garantía de *lex praevia* o prohibición de retroactividad de la ley penal. Sin embargo, justifica su vulneración en aras de un valor más importante, la justicia¹⁵⁹⁸. Como puede apreciarse, la Corte Suprema equipara la garantía de prohibición de retroactividad de la ley penal con el principio de justicia y posteriormente indica que este principio de justicia debe prevalecer sobre la prohibición de retroactividad de la ley penal. El juez CORY en esta sentencia

¹⁵⁹⁷ *Ibidem*, pára.48, que dispone que «*Thus international law not only refuses to countenance retrospective provisions in international criminal law; it condemns as offensive to human rights retrospective municipal criminal law imposing a punishment for crime unless the crime was a crime under international law at the time when the relevant act was done. It follows that there can be no international obligation to enact a municipal law to attach a penalty to past conduct unless that conduct, at the time when it was engaged in, was a crime under international law*».

¹⁵⁹⁸ Sentencia de la Corte Suprema del Canadá, de 24 de marzo de 1994, caso *Regina v. Finta*, pág.13: «*The rule against retroactive legislation is a principle of justice... Since the internationally illegal acts for which individual criminal responsibility has been established were also morally the most objectionable and the persons who committed them were certainly aware of their immoral character, the retroactivity of the law applied to them cannot be considered as incompatible with justice. Justice required the punishment of those committing such acts in spite of the fact that under positive law they were not punishable at the time they were performed. It follows that it was appropriate that the acts were made punishable with retroactive force*».

llega a citar a KELSEN¹⁵⁹⁹ para confirmar la justificación de la violación de la prohibición de aplicación retroactiva de la ley penal¹⁶⁰⁰.

El principio de legalidad en los últimos años ha sido tratado en numerosas ocasiones por los tribunales argentinos con ocasión de la represión penal que se está llevando a cabo por los denominados crímenes de estado o terrorismo de estado de la dictadura militar iniciada a mediados de los años setenta. Existen dos resoluciones judiciales que versan sobre esta materia y no están relacionadas con los procesos contra dicho terrorismo de estado, nos referimos a los procesos de extradición de *Schawammberger* y *Priebke*. Estas resoluciones judiciales son de suma importancia a la hora de determinar cómo opera el derecho penal internacional dentro de los ordenamientos internos, en concreto, en relación con el principio de legalidad. En la sentencia de 30 de agosto de 1989 de la Cámara Federal de Apelaciones, en la causa *Schawammberger*, relativa a un proceso de extradición instado por la República Federal de Alemania a causa de la presunta comisión de varios crímenes internacionales cometidos en Polonia durante la 2ª Guerra Mundial, el Juez SCHIFFRIN confirmó la existencia del *nullum crimen sine lege* y de la prohibición de leyes *ex post facto* en el derecho interno. Aun así, posteriormente sostiene que esta garantía penal no tiene la misma eficacia cuando lo que se persigue es la comisión de crímenes internacionales. En dicho caso debe ceder la prohibición *ex post facto*, toda vez que tal principio de legalidad no es de aplicación estricta cuando proviene la represión del derecho penal internacional¹⁶⁰¹. Por lo expuesto, entiende el juez argentino que tanto el

¹⁵⁹⁹ H. KELSEN. 2008, "Will the judgment in the Nüremberg trial constitute a precedent in international law?", en *Perspectives on the Nüremberg trial*, Editor: G. METTRAUX, London: Oxford University Press, pág. 284.

¹⁶⁰⁰ Sentencia de la Corte Suprema del Canadá, de 24 de marzo de 1994, caso *Regina v. Finta*, pág. 198.

¹⁶⁰¹ Sentencia de 30 de agosto de 1989 de la Cámara Federal de Apelaciones en la causa *Schawammberger*, pára. 3: «Desde ahora adelanto que, si bien, en mi criterio, el orden público constitucional argentino, por cierto, se opone a otorgar efecto a las leyes extranjeras "ex post facto" en materia de prescripción, esta regla interna cede, por imperio del sometimiento al derecho de gentes contenido en el art. 102 de la Constitución, cuando las leyes extranjeras en cuestión derivan del propio derecho de gentes, en el cual no encuentra estricta aplicación -por cuanto hace a los crímenes contra la humanidad- el principio "nullum crimen nulla poena sine previa lege». Posteriormente afirma dicho Juez que «ocurre que en el plano internacional, donde no hay estado, ni órganos soberanos comunes, ni legislación propiamente dicha, y no

art. 15.2 del PIDCP como el art. 7.2. del CEDH ofrecen la posibilidad de reprimir ciertas conductas basándose en los principios generales de las naciones civilizadas, evitando así que el principio de *nullum crimen sine lege* pueda servir de salvaguarda para los criminales. En suma, según el juez argentino el principio *nullum crimen sine lege* no es igual para el derecho doméstico que para el internacional. El actual art. 118 de la Constitución argentina¹⁶⁰² actuaría como norma de recepción constitucional del derecho penal internacional, imponiendo en el ámbito interno ciertas normas de validez universal, como el derecho consuetudinario y las normas de *ius cogens*, pudiendo entenderse que la propia constitución establece una excepción al principio de legalidad consagrado en la citada constitución¹⁶⁰³. En síntesis, de lo expuesto se puede concluir lo siguiente: a) el *nullum crimen sine lege* está reconocido en el ordenamiento jurídico argentino, con la consecuente prohibición de aplicación retroactiva de la ley penal, salvo la más favorable para el reo; b) la prohibición de normas penales *ex post facto* debe ceder en virtud del derecho internacional, cuando la represión penal proviene de normas internacionales *ius cogens*, ya sean convencionales o consuetudinarias, al no ser de aplicación estricta el principio de legalidad en el orbe internacional; c) las principales herramientas en el derecho internacional para reprimir los crímenes internacionales son los usos y principios de la conciencia jurídica común, es decir, el derecho consuetudinario y el convencional, por lo que el

cabe la división de poderes estatales inexistentes, el refugio que queda a los bienes esenciales, vida, integridad, libertad, patrimonio, contra los desbordes de los estados particulares, se halla, precisamente, en los principios y usos sancionados por la común conciencia jurídica, de modo que el "nullum crimen, nulla poena sine lege" jugaría en ese plano internacional un rol contrario al que es su finalidad, ayudando a la opresión en lugar de preservar de ella», pára. 33; por último, concluye el Juez indicando que «...la Constitución Nacional somete al estado argentino a la primacía del derecho de gentes (artículo 102), que él es fuente de derecho penal en la órbita internacional, en la que no juega en sentido estricto el principio "nullum crimen nulla poena sine lege"; que ante tal derecho no son prescriptibles los crímenes de lesa humanidad, y que por ello los tribunales argentinos deben reconocer los efectos formalmente retroactivos de las leyes dictadas por otros países a fin de asegurar la imprescriptibilidad de aquellos crímenes», pára. 50.

¹⁶⁰² El art. 118 de la Constitución argentina dispone: «Todos los juicios criminales ordinarios, que no se deriven del despacho de acusación concedido en la Cámara de Diputados se terminarán por jurados, luego que se establezca en la República esta institución. La actuación de estos juicios se hará en la misma provincia donde se hubiera cometido el delito; pero cuando éste se cometa fuera de los límites de la Nación, contra el derecho de gentes, el Congreso determinará por una ley especial el lugar en que haya de seguirse el juicio».

¹⁶⁰³ P. F. PARENTI. 2008, "Informe Nacional...", *loc cit*, pág. 26 a 29.

nullum crimen sine lege no puede operar a favor del criminal o servir de coartada a éste y d) el art. 118 de la Constitución argentina es una cláusula de recepción del derecho internacional en el derecho interno, siendo preferente el internacional sobre el doméstico. En el caso *Priebke*, cuya finalidad era un proceso de extradición de un presunto criminal de guerra de la 2ª Guerra Mundial, la Corte Suprema de Justicia de la Nación determinó que los presuntos crímenes de guerra por los cuales Italia solicitaba su extradición no habrían prescrito. Por un lado, se sostuvo que los crímenes cometidos por Priebke eran actos prohibidos por normas de *ius cogens*, lo que hacía que el transcurso del tiempo no purgase la culpa del criminal¹⁶⁰⁴. Por otra parte, consideraron el Convenio sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad de 1968 como base para confirmar la no prescripción de tales crímenes, sosteniendo también que esa norma era de carácter *ius cogens*¹⁶⁰⁵.

Posteriormente, los tribunales argentinos han tenido ocasión de pronunciarse sobre crímenes internacionales cometidos en su territorio durante el período de las Juntas Militares, el denominado terrorismo de estado, constitutivo de crímenes de lesa humanidad según la jurisprudencia argentina¹⁶⁰⁶. Pues bien, en relación con estos crímenes se ha podido ver el tratamiento dado por los tribunales de este país al principio de legalidad, ya no desde procedimientos de extradición, sino en procedimientos penales propios del Estado. La causa *Arancibia Clavel* nos muestra un ejemplo de aplicación retroactiva de normas de carácter penal, al igual que la causa *Simón*. En estos procesos se sostiene que la aplicación retroactiva de la Convención de 1968 sobre imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de lesa humanidad, sería sólo de carácter formal y no material, ya que los principios y normas de tal convención, antes de su promulgación, formaban parte del derecho consuetudinario y, por lo tanto, eran de aplicación en el ordenamiento

¹⁶⁰⁴ Sentencia de la CSJN Argentina, de 2 de noviembre de 1995, caso *Priebke solicitud de extradición*, votos Juez NAZARENO y O´COONOR, considerando 70.

¹⁶⁰⁵ *Ibidem*, considerando 77.

¹⁶⁰⁶ Dicha denominación aparece indicada en la Sentencia de la CSJN Argentina, de 22 de diciembre del 2010, causa *J. Videla et al*, expediente 172/09 y M-13/09, pág.28.

argentino¹⁶⁰⁷. Hay otras posturas que entienden que sí existe una retroactividad material en la Convención de 1968, siendo la misma a conciencia, es decir, manifiestamente intencionada¹⁶⁰⁸. Un ejemplo de ello lo encontramos en el voto de la juez ARGIBAY en el caso *Simón*. Esta juez entiende que el principio de legalidad pretende preservar de diversos males a los ciudadanos, en concreto, de la aplicación de penas sin culpabilidad, de la frustración en la confianza de las normas y en la manipulación de las leyes para perseguir ciertos delitos. Por ello considera que «*la modificación de las reglas sobre prescripción de manera retroactiva, que supone la aplicación de la Convención sobre Imprescriptibilidad de 1968, no altera el principio de legalidad bajo ninguna de estas lecturas*¹⁶⁰⁹». Aquí se defiende una aplicación retroactiva material y no sólo formal, lo que podría implicar una violación del principio de legalidad en relación con el requisito de *lex praevia*. Como conclusión, la postura de la jurisprudencia es sostener que los crímenes de lesa humanidad, cometidos durante el período de las Juntas Militares, son imprescriptibles por mandato internacional, toda vez que los mismos fueron cometidos con posterioridad a la aprobación de la Convención de imprescriptibilidad de crímenes de guerra y de lesa humanidad de 1968¹⁶¹⁰.

3. Breves reflexiones sobre el principio de legalidad en el derecho internacional.

A la vista de todo lo expuesto anteriormente se puede concluir lo siguiente:

- i. El principio *nullum crimen nulla poena sine lege* es una máxima que trae causa del derecho nacional, habiendo sido reconocido

¹⁶⁰⁷ P. F. PARENTI. 2008, “Informe Nacional...”, *loc cit*, pág.43.

¹⁶⁰⁸ *Ibidem*, pág. 45.

¹⁶⁰⁹ Sentencia de la CSJN Argentina, de 14 de junio del 2005, causa *Simón, Julio Héctor et al*, voto de la juez ARGIBAY, considerando 29, pág. 185.

¹⁶¹⁰ Sentencia de la CSJN Argentina, de 24 de agosto del 2004, causa *Arancibia Clavel*, considerando 33, pág. 15: «*Que en consecuencia los hechos por los cuales se condenó a Arancibia Clavel, ya eran imprescriptibles para el derecho internacional al momento de cometerse, con lo cual no se da una aplicación retroactiva de la convención, sino que ésta ya era la regla por costumbre internacional vigente desde la década del '60, a la cual adhería el Estado argentino*».

universalmente por los mismos. Igualmente, dicho principio ha tenido acogida en el derecho internacional, en concreto, en el derecho penal internacional, con ciertas matizaciones.

- ii. El principio de legalidad en los derechos internos de sistema continental es un principio taxativo y estricto, ya que tiene por finalidad proteger al individuo, *favor rei*¹⁶¹¹. A causa de ello las consecuencias principales de tal principio es que la norma penal debe ser precisa, accesible, previsible, no retroactiva, estricta y que no haya cabida para la aplicación analógica, salvo en beneficio del reo o justiciable.
- iii. El derecho penal internacional reconoció en un primer momento el principio *nullum crimen sine lege* como un principio de justicia¹⁶¹², que no podía limitar la soberanía de los Estados. Se entendía más como una protección de la sociedad, *favor societatis*¹⁶¹³, que como una protección del individuo. Lo anterior se fundamentó en que ciertas conductas tan atroces como las cometidas en la 2ª Guerra Mundial no podían quedar impunes porque no apareciesen recogidas expresamente en una norma convencional. Se consideró que la finalidad de este postulado era proteger a la sociedad y aplicar justicia.
- iv. Antes de la aprobación del Estatuto de la CPI el principio de legalidad era considerado como un *nullum crimen sine iure*, es decir, en el derecho internacional no era necesario la existencia de una ley formal o norma convencional que tipificase el injusto, bastaba con que éste estuviese prohibido por normas consuetudinarias¹⁶¹⁴. Con ello se podía producir la aplicación retroactiva o *ex post facto* de ciertas normas penales aprobadas con posterioridad a la comisión de los crímenes tipificados, que estaban prohibidos por el derecho consuetudinario¹⁶¹⁵.

¹⁶¹¹ A. CASSESE. 2008, “International criminal...”, *loc cit*, pág. 37.

¹⁶¹² B. JURATOWITCH. 2004, *loc cit*, pág. 361.

¹⁶¹³ A. CASSESE. 2008, “International criminal...”, *loc cit*, pág. 36.

¹⁶¹⁴ M. C. BASSIOUNI y P. MANIKAS. 1996, *loc cit*, pág. 269.

¹⁶¹⁵ M. C. BASSIOUNI y P. MANIKAS. 1996, *loc cit*, pág. 289; UN Doc. S/25704, pára. 29; X. FERNÁNDEZ PONS. 2002, *loc cit*, pág. 10.

Como afirma la profesora GIL GIL, el principio de legalidad se trató como un principio de juricidad o justicia¹⁶¹⁶.

- v. Aun considerando el principio de legalidad como un *nullum crimen sine iure*, la norma internacional por la que se va a sancionar a una persona debe reunir ciertos requisitos mínimos, en particular, su previsibilidad, accesibilidad y certeza. Tales requerimientos entiendo que están incluidos en las normas de derecho internacional humanitario consuetudinario, las cuales son de eficacia *erga omnes* y, normalmente, tienen una vinculación *ius cogens*, lo que hace que los individuos sepan qué conductas están prohibidas por ser contrarias a los principios de humanidad y por ende, punibles moral y legalmente a causa de los valores e intereses en juego.
- vi. Considerar el derecho consuetudinario como fuente del derecho penal internacional conlleva una relativización y flexibilización del principio de legalidad que podría acarrear cierta inseguridad jurídica.
- vii. La aprobación del Estatuto de la CPI conlleva que el *nullum crimen sine lege* sea interpretado y tenga el mismo significado que el dado en los sistemas continentales. Se ha producido una evolución del principio en aras de una mayor seguridad jurídica. Los injustos más graves que afectan a la comunidad internacional aparecen tipificados en el Estatuto de Roma, aplicándose éste cuando haya entrado en vigor para el Estado Parte o cuando lo requiera el Consejo de Seguridad de Naciones Unidas, en aplicación de lo dispuesto en el Capítulo VII de la Carta de Naciones Unidas. En definitiva, se ha producido un triunfo de la legalidad sobre la indeterminación de la costumbre.

4. El principio de legalidad en los sistemas de derecho continental, caso español.

El ordenamiento jurídico español¹⁶¹⁷ reconoce un principio de legalidad taxativo y estricto¹⁶¹⁸, con la consecuente limitación del *ius puniendi* del

¹⁶¹⁶ A. GIL GIL. 1999, "Derecho penal...", *loc cit*, pág. 88.

Estado¹⁶¹⁹. Estas características conllevan que nuestros tribunales deban tener en cuenta los requisitos del *nullum crimen sine lege*, que son la existencia de una *lex praevia, scripta, stricta y certa*, lo que conlleva, *inter alia*, que el derecho consuetudinario no tenga acogida como fuente del derecho penal interno¹⁶²⁰. Los anteriores requisitos se traducen en la reserva de ley orgánica, en el principio de taxatividad de la ley penal, prohibición de analogía y prohibición de retroactividad de la ley penal, salvo la más favorable para el reo. El Tribunal Constitucional ha confirmado estos presupuestos en su jurisprudencia. Así en la sentencia núm. 133/1987 de 21 de julio, indicó que el principio de legalidad en el ámbito del derecho sancionador estatal implica, por lo menos, estas tres exigencias: la existencia de una ley (*lex scripta*), que la ley sea anterior al hecho sancionado (*lex praevia*) y que la ley describa un hecho estrictamente determinado (*lex certa*), lo que significa un rechazo de la analogía como fuente creadora de delitos y penas e impide que el juez se convierta en legislador.

En cuanto a la reserva de ley, el art. 25.1 de la CE no establece la obligatoriedad de dicha reserva de ley. Nos tenemos que remitir a lo dispuesto en el art.17.1, 53.1 y 81.1 de la CE. Este último precepto establece que «*Son leyes orgánicas las relativas al desarrollo de los derechos fundamentales y de las libertades públicas, las que aprueben los Estatutos de Autonomía y el régimen electoral general y las demás previstas en la Constitución*». Lo anterior conlleva que todas las normas de carácter penal que impongan penas privativas de libertad deben ser aprobadas mediante ley orgánica, las que impongan penas pecuniarias o de otro tipo pueden ser aprobadas mediante una ley ordinaria, siendo esto doctrina constante del Tribunal Constitucional (STC

¹⁶¹⁷ El art. 9.3 de la Constitución española establece que: “*La constitución garantiza el principio de legalidad...*”; el art. 25.1 de la CE dispone que: «*Nadie puede ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan delito, falta o infracción administrativa, según la legislación vigente en aquel momento*”; y el art. 1.1 del Código penal establece que: “*No será castigada ninguna acción ni omisión que no esté prevista como delito o falta por ley anterior a su perpetración*».

¹⁶¹⁸ A. GIL GIL. 2005, “La sentencia...”, *loc cit*, pág. 6; F. MUÑOZ CONDE y M. GARCÍA ARÁN. 1998, *loc cit*, pág. 109.

¹⁶¹⁹ J. J. BUSTOS RAMÍREZ y H. HORMAZABAL MALAREÉ. 1997, *loc cit*, pág. 80 y G. RODRÍGUEZ MOURULLO. 1978, *loc cit*, pág. 59.

¹⁶²⁰ J. J. BUSTOS RAMÍREZ y H. HORMAZABAL MALAREÉ. 1997, *loc cit*, pág. 81 a 83.

núm. 24/2004 de 24 de febrero, 184/1995 de 12 de diciembre, 118/1992 de 16 de septiembre...)¹⁶²¹. Para entender si una ley desarrolla un derecho fundamental, ésta tiene que afectar al ejercicio del mismo¹⁶²², por lo que las penas de prisión y las medidas de seguridad privativas de libertad deberán en todo caso aprobarse por ley orgánica¹⁶²³. La necesidad de taxatividad de la norma penal conlleva que el tipo penal debe ser lo suficientemente preciso y claro para que el ciudadano entienda con una simple lectura la conducta que está prohibida. Este requisito afecta al contenido material del *nullum crimen sine lege*; empero lo dicho, hay ocasiones en que el legislador puede utilizar términos amplios o conceptos valorativos, los cuales los tribunales deberán interpretar correctamente teniendo en cuenta entre otros aspectos el momento histórico en el que se establecieron¹⁶²⁴. La prohibición de analogía se encuentra muy próximo al principio de tipicidad y al requisito de *lex scripta y stricta*, ya que sólo se podrá castigar aquello que esté previsto de forma expresa en la norma penal, de ahí que la extensión de la norma penal a ciertos supuestos semejantes o parecidos no se permita en el derecho penal, salvo la denominada analogía *in bonam parte*, cuando favorezca al reo. El art. 4.1 del Código Penal establece que «Las leyes penales no se aplicarán a casos distintos de los

¹⁶²¹ A. C. ANDRÉS DOMÍNGUEZ.2008, “Derecho penal...”, *loc cit*, pág.89, opina que la reserva de ley orgánica debería corresponder a todo tipo de normas penales, siendo indiferente si conllevan privación de libertad o no, toda vez que las propias sanciones pecuniarias pueden derivar en una privación de libertad por el impago de éstas; en el mismo sentido F. MUÑOZ CONDE y M. GARCÍA ARÁN. 1998, *loc cit*, pág.113 y S. MIR PUIG. 2008, *loc cit*, pág. 110.

¹⁶²² F. MUÑOZ CONDE y M. GARCÍA ARÁN. 1998, *loc cit*, pág. 113, estos autores entienden que el bien jurídico protegido de la norma penal no puede ser el elemento característico que determine si una norma desarrolla o no un derecho fundamental.

¹⁶²³ S. MIR PUIG. 2008, *loc cit*, pág.110. La Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 140/1986, de 11 de noviembre, en su FJ 4º dispuso que «la formulación del principio de legalidad respecto de las normas penales sancionadoras penales contenido en el art.25.1 de la CE, supone la exigencia del rango de ley formal para este tipo de normas; pero no implica, por sí sola, la necesidad de que asuman los caracteres de las leyes orgánicas previstas en el art.81.1 del texto constitucional...»; como se puede apreciar el TC no otorga a todas las leyes penales el carácter de ley orgánica, sino sólo a aquellas que desarrollan los derechos fundamentales.

¹⁶²⁴ F. MUÑOZ CONDE y M. GARCÍA ARÁN. 1998, *loc cit*, pág.115 y A. C. ANDRÉS DOMÍNGUEZ. 2008, “Derecho penal...”, *loc cit*, pág. 94. La Sentencia del Tribunal Constitucional de 24 de febrero de 1994, STC 53/1994 en su FJ 4º B establece que «el principio de legalidad no queda infringido cuando la definición del tipo incorpore conceptos cuya delimitación permita un margen de apreciación, si los mismos responden a bienes jurídicamente protegidos y la concreción de éstos es la dinámica y evolutiva y también es conciliable con el art.25.1 de la CE la utilización legislativa y aplicación judicial de normas penales abiertas».

comprendidos expresamente en ellas», salvo cuando expresamente así se disponga, como en el caso de las atenuantes del art.21.6 del CP¹⁶²⁵. Un aspecto que hay que distinguir es la diferencia entre interpretación de la norma penal, la cual por extensión se puede aplicar a otros tipos, y la analogía, que está proscrita en nuestro ordenamiento jurídico si perjudica al individuo¹⁶²⁶. Por último, el requisito de prohibición de aplicación retroactiva de la norma penal desfavorable se encuentra regulado en el art. 9.3 y en el art. 25.1 de la CE. Esta prohibición está unida al principio de seguridad jurídica que impera en el principio *nullum crimen sine lege* y al de prevención general del derecho penal¹⁶²⁷, ya que la ley debe castigar y sancionar un comportamiento antes de que éste se produzca, no pudiendo alcanzar la norma penal a actos cometidos con anterioridad a su aprobación. El Tribunal Constitucional ha indicado que «*la imperiosa exigencia de predeterminación normativa, de lex praevia y lex certa, conlleva, lógicamente, la prohibición de aplicación retroactiva de la ley penal tipificadora*» (STC núm. 95/1992 de 11 de junio FJ 3º y 4º).

4.1. La sentencia de la Audiencia Nacional en el caso Scilingo.

La *praxis* judicial española sobre la máxima del principio de legalidad en crímenes internacionales es escasa. Aun así hay dos resoluciones judiciales que nos pueden ilustrar acerca de la interpretación dada a este principio cuando se están enjuiciando crímenes internacionales. Dichas resoluciones judiciales recayeron en la misma causa, el caso *Scilingo*¹⁶²⁸. La primera sentencia pronunciada fue por la Audiencia Nacional (en adelante, AN) el día 19 de abril del dos mil cinco (SAN núm. 16/2005). En esta resolución judicial se efectúa una interpretación del *nullum crimen sine lege* muy flexible, próxima a las

¹⁶²⁵ A. C. ANDRÉS DOMÍNGUEZ. 2008, “Derecho penal...”, *loc cit*, pág. 93; F. MUÑOZ CONDE y M. GARCÍA ARÁN. 1998, *loc cit*, pág. 132 y ss y; S. MIR PUIG. 2008, *loc cit*, pág. 115.

¹⁶²⁶ Cfr. Sentencias del Tribunal Constitucional núm. 1599/2000, de 20 de octubre, núm. 87/2001, de 29 de enero, núm. 1506/2001, de 20 de julio y núm. 1712/2002, de 21 de octubre.

¹⁶²⁷ F. MUÑOZ CONDE y M. GARCÍA ARÁN. 1998, *loc cit*, pág. 151.

¹⁶²⁸ Cfr. A. GIL GIL. 2009. “Principio de legalidad y crímenes internacionales. Luces y sombras en la sentencia del Tribunal Supremo en el caso Scilingo”, en *Nuevos desafíos del derecho penal internacional*, Directores: A. CUERDA RIEZU y F. JIMÉNEZ GARCÍA, Madrid: Tecnos, pág. 391 y ss.

interpretaciones realizadas por los tribunales internacionales penales. Esto conllevó numerosas críticas al respecto¹⁶²⁹. No podemos olvidar que esta causa versa sobre la comisión de crímenes internacionales en aplicación del principio de justicia universal, siendo los tribunales españoles competentes para enjuiciar estos actos, aplicando normas de carácter interno, es decir, nuestro Código Penal, lo que limita mucho el campo de punición penal.

En mi opinión, no podemos trasladar la máxima del *nullum crimen sine iure*, aplicada en el seno del derecho internacional, al derecho penal interno. Esto conllevaría una relajación excesiva de la garantía penal estudiada. Como afirma BASSIOUNI, desde hace tiempo las normas internacionales convencionales son aplicadas, ejecutadas y desarrolladas por los Estados a través de su derecho interno¹⁶³⁰. El derecho internacional en muchas ocasiones parte de la necesidad de implementar nacionalmente un desarrollo legislativo del convenio internacional, toda vez que tales normas internacionales han sido elaboradas muy genéricamente, a causa de la complejidad de concluir un acuerdo suficientemente amplio sobre la materia en cuestión. En esta implementación nacional es en dónde deben especificarse o desarrollarse más a fondo las normas genéricas de índole internacional. El Estado tiene la obligación de cumplir con lo dispuesto en el convenio internacional, por lo que debe adoptar medidas legislativas suficientes para dar cobertura legal en su derecho interno a las conductas prohibidas en la norma internacional. Si no cumple el Estado con lo anterior, estará cometiendo una vulneración del tratado, con su consecuente responsabilidad internacional.

En este orden de ideas, lo que defiende es que nuestro legislador es el principal responsable de adaptar las normas internacionales a nuestro derecho interno, primero mediante su ratificación y posterior publicación en el Boletín

¹⁶²⁹ Entre las principales posturas críticas podemos encontrar a la profesora GIL (A. GIL GIL. 2005, “La sentencia...”, *loc cit*, pág. 3 y ss.) y F. J. ÁLVARO GARCÍA (ver prólogo de A. C. ANDRÉS DOMÍNGUEZ. 2008, “Derecho penal...”, *loc cit*, pág. 13 a 62). Como posturas a favor de la sentencia 16/2005 de la Audiencia Nacional encontramos a M. CAPELLÁ I ROIG. 2005, “Los crímenes contra la humanidad en el caso Scilingo”, en *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, nº 10.

¹⁶³⁰ M. C. BASSIOUNI. 1999, “Crimes Against...”, *loc cit*, pág. 288.

Oficial y, en segundo lugar, mediante la correspondiente modificación o aprobación de una ley concreta sobre la materia, salvo que el convenio sea *self executing*. Nuestros tribunales nacionales deberán aplicar exclusivamente las normas penales internas, que deben ser aprobadas mediante ley orgánica (cuando afecten al desarrollo de los derechos fundamentales). Pero lo más importante es que estas leyes deberán interpretarse y aplicarse de conformidad con lo dispuesto en nuestra Constitución Española (art. 5.1 de la LOPJ) teniendo en cuenta la interpretación efectuada por el Tribunal Constitucional de la misma. Esto nos quiere decir que cualquier interpretación del principio de legalidad debe realizarse de acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Ciertamente, la interpretación del *nullum crimen sine lege* llevada a cabo en la SAN núm. 16/2005 se apartó en exceso de la establecida por nuestro Tribunal Constitucional. Es más, considero que la Audiencia Nacional ejerció labores de un tribunal penal internacional, cosa que no es. Los tribunales españoles deben aplicar e interpretar el derecho interno¹⁶³¹ y nunca debe hacerse dicha interpretación en contradicción con lo dispuesto en la Constitución española o lo establecido por el Tribunal Constitucional sobre ésta. Resulta menester indicar que nuestros órganos judiciales podrán apoyarse en una norma internacional para completar un tipo penal, pero no aplicar esta como tipo penal en sí mismo.

En la SAN núm. 16/2005 se indica, entre otras cosas, que en el derecho internacional el principio de legalidad se articula como un «*nullum crimen sine iure*, lo que permite una interpretación mucho más amplia de las exigencias derivadas de este principio, en cuanto que sería suficiente la consideración como tal en Derecho internacional, aunque no estuviera tipificado en derecho interno». Esto no nos tiene que extrañar. El problema surge cuando la Audiencia Nacional quiso, en términos expresos, *reinterpretar* el principio de legalidad¹⁶³², queriendo asignar a este postulado el carácter de principio de

¹⁶³¹ Sentencia de la Audiencia Nacional núm. 16/2005, de 19 de abril, FJ 1º, B punto 4.1.7, reconoce que debe aplicarse de «*forma inmediata el derecho positivo interno español, que es el que implica un mandato directo a los jueces*».

¹⁶³² Sentencia de la Audiencia Nacional núm. 16/2005, de 19 de abril, FJ 1º, B punto 4.1.4.

justicia superior, entendiendo que «no puede haber mayor injusticia que llevar a cabo interpretaciones estrictas conducentes a la impunidad del sujeto»¹⁶³³. De partida se puede deducir que la Audiencia Nacional quería apartarse del criterio estricto del principio de legalidad impuesto por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Con su interpretación pretendió instaurar un principio de justicia en vez de una garantía criminal, en contra de toda la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Ello podría ser de alabar en aras de la justicia y evitación de la impunidad, pero insisto, en un procedimiento penal doméstico no se pueden relajar ciertos principios básicos y fundamentales del derecho penal. El sometimiento a la justicia de los responsables de crímenes internacionales es con todas las garantías, sin excepción o relajación alguna. La Audiencia Nacional reconoció la inaplicabilidad directa de las normas internacionales hasta que éstas se incorporasen en nuestro ordenamiento jurídico de conformidad con el proceso constitucional establecido¹⁶³⁴. Lo curioso es que entendió que el mandato o prohibición que la norma penal interna establecía ya existía con anterioridad y por ello su aplicación no fue retroactiva respecto del mandato originario que recogió¹⁶³⁵.

Hay que significar que a *Scilingo* se le condenó por crímenes de lesa humanidad cometidos en la década de los 70' en Argentina, mientras que el tipo penal citado fue incorporado en nuestro código penal mediante la ley orgánica 15/2003 de 25 de noviembre, con lo que la aplicación retroactiva de la ley penal parece evidente. Sin embargo, se consideró que tal retroactividad no se produjo, ya que las normas originarias que regulaban el crimen de lesa humanidad ya sancionaban estos actos. Lo anterior es cierto, pero no es menos cierto que efectuar tal interpretación da lugar a la incorporación del derecho consuetudinario como fuente del derecho penal interno, cosa que nuestro Tribunal Constitucional no ha autorizado. El derecho consuetudinario puede servir para interpretar las normas internas o incluso para complementar las mismas en ciertas situaciones, pero nunca puede servir de norma originaria

¹⁶³³ *Ibidem*, FJ 1º, B punto 4.1.4.

¹⁶³⁴ *Ibidem*, FJ 1º, B.1, párrafo séptimo.

¹⁶³⁵ A. GIL GIL. 2005, "La sentencia...", *loc cit*, pág. 6.

penal sobre la que se asiente la acusación penal¹⁶³⁶. Como sostiene GIL GIL, la costumbre no puede cumplir con los requisitos del principio de legalidad afirmados por nuestro Tribunal Constitucional, ni con el fundamento democrático de tal garantía criminal¹⁶³⁷, al faltar la suficiente taxatividad de la norma penal. Nuestros tribunales no pueden convertirse en los principales defensores de los derechos humanos violentando las normas internas y la doctrina y jurisprudencia emanada de las mismas. Todo lo contrario, deben aplicar el derecho con el máximo respeto a las garantías penales establecidas, a diferencia de otros procesos penales internacionales estudiados anteriormente.

A mi juicio, la única forma que existe para que prospere en un futuro la tesis mantenida por la Audiencia Nacional de relajación del principio de legalidad, pasa por una reforma de nuestra Constitución y del Código Penal, añadiendo en el art. 25 de la CE y en el art.1.1 y 2.1 del CP que, en relación a los crímenes internacionales contemplados en el Estatuto de Roma de 1998, los cuales representan el núcleo duro del derecho penal internacional, se entenderá que *la ley aplicable es el derecho nacional o internacional que regía en el momento de la comisión del crimen*. Esta modificación, como puede observarse a simple vista, es muy difícil de conseguir, por la sencilla razón de lo complejo que es modificar nuestra norma suprema. Ahora bien, la evolución del *nullum crimen sine lege* dentro del derecho penal internacional que consagra un principio de legalidad estricto y sin flexibilidad alguna, nos conduce a pensar que el verdadero significado que debe darse a este postulado básico del derecho penal en la persecución de crímenes internacionales, bien en uso de la justicia universal o de otro cualquiera, no es otro que el establecido por nuestro Tribunal Supremo, no habiendo lugar alguno a la costumbre como fuente creadora de normas penales¹⁶³⁸.

¹⁶³⁶ Cfr. F. MUÑOZ CONDE y M. GARCÍA ARÁN. 1998, *loc cit*, pág.126 y J.M. RODRÍGUEZ DEVESA. 1986, *loc cit*, pág. 258.

¹⁶³⁷ A. GIL GIL. 2005, “La sentencia...”, *loc cit*, pág. 6 y 7.

¹⁶³⁸ G. RODRÍGUEZ MOURULLO. 1978, *loc cit*, pág. 67.

4.2. La sentencia del Tribunal Supremo en el caso Scilingo.

La segunda resolución judicial que trata el principio de legalidad sobre crímenes internacionales es la sentencia núm. 798/2007, de 1 de octubre del Tribunal Supremo (en adelante, TS) en el caso *Scilingo*, que modificó en parte la posición de la Audiencia Nacional y calificó de forma distinta los crímenes cometidos. En esta sentencia se aprecia de forma evidente como el Tribunal Supremo recurre a una interpretación estricta y taxativa del principio de legalidad en el seno de causas dirimidas en nuestro sistema penal. La sentencia de la Audiencia Nacional fue recurrida, entre otras causas, por una aplicación indebida del art. 607 bis del CP (“delitos de lesa humanidad”), toda vez que este precepto fue incorporado a nuestro ordenamiento jurídico a través de la Ley Orgánica 15/2003, que entró en vigor el día uno de octubre del 2004, aplicándose la misma a hechos ocurridos entre los años 1976 a 1981, con la consecuente violación del principio de legalidad¹⁶³⁹. Por ello, el Tribunal Supremo afirmó, como ya había hecho antes, que en nuestro ordenamiento jurídico el principio de legalidad debía interpretarse como una garantía formal al ser imprescindible la existencia de una ley que defina las conductas punibles y las sanciones que les corresponde a éstas, lo que implica el carácter escrito de la norma penal (*lex scripta*). Junto a esto se deduce la absoluta reserva de ley en el ámbito penal. La garantía material existente en el principio de legalidad se traduce en la imperiosa exigencia de la predeterminación normativa de las conductas ilícitas y de las sanciones correspondientes, es decir, la existencia de preceptos jurídicos que permitan predecir con el suficiente grado de certeza dichas conductas. El Tribunal Supremo hacía referencia a los requisitos de *lex praevia* y *lex certa*, lo que conllevaba la diferente postura sobre este principio en relación con la interpretación efectuada por la Audiencia Nacional, ya que igualmente exigía la prohibición de aplicación analógica de la norma penal, prohibiendo en todo caso la aplicación retroactiva de la ley penal salvo que ésta fuese más favorable al reo¹⁶⁴⁰. En el caso *Scilingo*, en el momento de la

¹⁶³⁹ Cfr. Sentencia del Tribunal Supremo núm. 798/2007, de 1 de octubre, causa *Scilingo*, FJ 6º, párrafo 1º.

¹⁶⁴⁰ *Ibidem*, FJ 6º, punto 1º.

comisión de los hechos, no había en el ordenamiento jurídico español norma penal alguna que sancionase los delitos de lesa humanidad, así como tampoco en el ordenamiento argentino. Lo que sí existían eran las conductas concretas que implican los crímenes de lesa humanidad, es decir, asesinatos, detenciones ilegales, torturas, lesiones, etc. Todo ello conlleva que la aplicación del art. 607bis del CP a los hechos enjuiciados careciese de lógica alguna, al no ser ni siquiera norma penal más favorable, toda vez que no existía una anterior¹⁶⁴¹.

La argumentación efectuada por la Audiencia Nacional de aplicación directa de las normas consuetudinarias para justificar la no vulneración del principio de legalidad en el caso *Scilingo*, fue desmontada también por el Tribunal Supremo. En mi opinión, del contenido de la sentencia núm. 798/2007 se deduce la afirmación de que en el derecho penal internacional rige un principio de legalidad relajado o más flexible que en los sistemas penales continentales. Cuando el TS manifiesta que el art. 7.2 del CEDH establece un mínimo de carácter general que no impide en ningún caso que cada Estado formule el principio de legalidad de manera más exigente en relación con la aplicabilidad de sus propias normas penales por sus propios tribunales nacionales¹⁶⁴², reconoce lo siguiente. Por un lado, en el derecho internacional ha regido un *nullum crimen sine iure*. Por otro lado, la no posibilidad de aplicación directa de las normas consuetudinarias hasta que éstas se hayan integrado en nuestro ordenamiento jurídico por los cauces establecidos en la Constitución española. La argumentación que realiza el TS para significar que el derecho consuetudinario no podría ser de aplicación directa es la siguiente *«el Derecho Internacional Penal de carácter consuetudinario, que sería aplicable en esta materia, no contiene una descripción de los tipos penales que permita su aplicación directa. No solo porque las conductas no siempre han sido formuladas de igual forma en su descripción típica, sino especialmente porque cuando han sido incorporadas al derecho interno, tampoco han mantenido una total homogeneidad con las normas internacionales*

¹⁶⁴¹ *Ibidem*, FJ 6º, punto 2º.

¹⁶⁴² *Ibidem*, FJ 6º, punto 4º, párrafo 2º.

*prexistentes...*¹⁶⁴³». Lo anterior es cierto. El crimen contra la humanidad o de lesa humanidad a lo largo del tiempo no ha tenido una tipificación homogénea¹⁶⁴⁴, por lo que la *lex* a aplicar no podía ser *certa* y *stricta*. Ello se aprecia claramente en la diferente tipificación existente entre el art. 607 bis del CP y el art. 7 del ECPI. Junto a lo anterior se aduce también que las normas internacionales consuetudinarias carecen de previsión específica sobre las penas, lo que impide considerarlas normas aplicables por sí mismas en forma directa¹⁶⁴⁵. En relación a esta argumentación hay que reseñar que dentro del actual derecho penal internacional el principio *nulla poena sine lege* sigue sin ser regulado de manera precisa, en definitiva, sin ser objeto de una regulación taxativa. Un ejemplo evidente es la redacción del art. 23 y 77 del ECPI.

El Tribunal Supremo dejó claro que el derecho consuetudinario no era apto para crear tipos penales completos que pudieran ser aplicados directamente por los tribunales españoles. El derecho penal internacional, bien convencional bien consuetudinario, debía servir para interpretar la norma penal doméstica y aplicar ésta en virtud de lo dispuesto en el art. 10.2 de la CE, así como las sentencias de otros tribunales nacionales o internacionales que hubiese resuelto causas parecidas en ausencia de pronunciamientos o jurisprudencia interna¹⁶⁴⁶. En definitiva, el TS concluyó que el principio de legalidad impide la aplicación directa del derecho consuetudinario como única norma aplicable al caso¹⁶⁴⁷. Esto nos conduce a la posibilidad de aplicar normas consuetudinarias como apoyo y complemento de las domésticas, siempre que no se quebranten los requisitos de *lex praevia*, *stricta*, *certa* y *scripta*. Cualquier tribunal con un sistema continental, ya sea español o extranjero, deberá observar con escrupulosa exactitud el principio de legalidad a la hora de castigar crímenes internacionales, constituyendo un claro límite al ejercicio de la justicia universal para los órganos judiciales.

¹⁶⁴³ *Ibidem*, FJ 6º, punto 4º, párrafo 3º.

¹⁶⁴⁴ Cfr. A. GIL GIL. 1999, "Derecho penal...", *loc cit*, pág. 106 y ss.

¹⁶⁴⁵ Sentencia del Tribunal Supremo núm. 798/2007, de 1 de octubre, causa *Scilingo*, FJ 6º, punto 4º, párrafo 4º.

¹⁶⁴⁶ *Ibidem*, FJ 6º, punto 5º, párrafo 1º y 3º.

¹⁶⁴⁷ *Ibidem*, FJ 6º, punto 6º, párrafo 1º.

CAPÍTULO DÉCIMO: DERECHO COMPARADO.

1. Países con un sistema de *civil law*.

1.1. Alemania.

La principal característica del derecho alemán es que tiene dos códigos penales¹⁶⁴⁸, el ordinario (*Strafgesetzbuch*, StGB) y el código penal internacional (*völkerstrafgesetzbuch*, VStGB), sobre los cuales puede aplicarse el principio de jurisdicción universal¹⁶⁴⁹. En relación al código penal ordinario (StGB), el título jurisdiccional universal se encuentra contemplado en el StGB §6 y en el StGB §7 (2) (2). En el primer precepto se dispone que el derecho penal alemán se aplicará, independientemente del derecho aplicable al lugar del delito, a los siguientes actos cometidos en el extranjero: genocidio (§220a); crímenes que impliquen energía atómica, explosivos y radiación en los casos enumerados en los preceptos §§307,308 (I) a (IV), 309 (II) y 310; ataques sobre el tráfico aéreo o marítimo (§316c); tráfico de personas (§180b); tráfico de pornografía en los casos enumerados en §184 (III) & (IV); distribución no autorizada de narcóticos; falsificación de tarjetas de crédito y eurocheques; fraude económico (§264) y aquellos actos que tengan que ser perseguidos en cumplimiento de un tratado internacional y que sea vinculante para el Estado alemán, incluso si se ha cometido en el extranjero¹⁶⁵⁰.

Lo más llamativo del precepto referido es que la mayoría de ilícitos penales tienen una base convencional para poder ser perseguidos universalmente, salvo excepciones, como el crimen de genocidio, el cual no tiene base propiamente convencional, sino que ha sido la jurisprudencia y el derecho consuetudinario quien ha determinado su represión universal. El último inciso del StGB §6 (9) es muy parecido a la cláusula establecida en el

¹⁶⁴⁸ J.L. RODRÍGUEZ VILLASANTE y PRIETO. 2005, “Legislación comparada y jurisdicción universal”, en *Revista Española de Derecho Militar*, Vol. 86, pág. 513 a 527.

¹⁶⁴⁹ Cfr. L. REYDAMS. 2003, *loc cit*, pág. 141.

¹⁶⁵⁰ *Ibidem*, pág. 142.

art. 23.4.h) de la LOPJ, pudiéndose a través de la misma perseguir crímenes de guerra que constituyan infracciones graves del DIH, crímenes de tortura o delitos de terrorismo, sin que se requiera nexo alguno con el Estado alemán.

El precepto del StGB §7 (2) (2) dispone que el derecho penal alemán también se aplicará a cualquier acto cometido en el extranjero si el mismo es constitutivo de delito en el territorio en donde se cometió, o si dicho territorio no está sujeto a norma penal alguna, siempre que el criminal fuese un extranjero en el momento en que cometió el delito y se encontrase en Alemania y no fuese extraditado porque la solicitud fuese rechazada o no fuese posible la misma. Este precepto claramente hace referencia a la obligación alternativa *aut dedere aut iudicare*, que obliga en determinadas circunstancias a implementar un sistema de justicia universal para ciertos hechos punibles. En el derecho alemán, sin embargo, esta clausula da origen al título jurisdiccional de representación, el cual diferiría del universal¹⁶⁵¹. En este estado de ideas, podemos sostener que el precepto §7 (2) (2) podría dar origen al principio de jurisdicción universal subsidiario, supletorio o territorial, en virtud del *iudex apprehensionis*.

Centrándonos ahora en el *völkerstrafgesetzbuch*, en los casos de que una persona cometiera un crimen de guerra, en principio le sería de aplicación el VStGB, ya que en el art. 1 de dicha ley se dispone que esta ley rige para todos los delitos contra el derecho internacional descritos en ella, incluso cuando el hecho fue cometido en el extranjero y no muestra ninguna relación con el territorio nacional¹⁶⁵². Con anterioridad a esta ley regía la StGB, en concreto el §6(9)¹⁶⁵³. Del artículo enunciado se deduce que antes de entrar en vigor el VStGB, podía aplicarse la jurisdicción universal en Alemania sobre la

¹⁶⁵¹ Cfr. E. ORIHUELA CALATAYUD. 2000, “La cooperación internacional...”, *loc cit*, pág. 185 y 186; L. REYDAMS. 2003, *loc cit*, pág. 143; M. COBO DEL ROSAL y T.S. VIVES ANTÓN. 1999, *loc cit*, pág. 217 y 218; J. MEYER. 1990, “The vicarius administration of justice: an overlooked basis of jurisdiction”, en *Harvard International Law Journal*, Vol. 31, pág. 108 y ss.

¹⁶⁵² Traducción al español de A. GIL GIL, en G. WERLE, 2005, *loc cit*, pág. 661.

¹⁶⁵³ Amnesty International, 2001 “*Universal jurisdiction: the duty of states to enact and implement legislation*”, Chapter four part A (War Crimes).

base de tratados internacionales que le obligaban a perseguir determinados delitos. Con la creación del VStGB los crímenes internacionales podrán ser perseguidos de conformidad a ésta norma. Esta ley tiene su origen en la debida implementación del Estatuto de la CPI¹⁶⁵⁴. Una característica a tener en cuenta del anterior precepto es el hecho de que en el mismo no se exige ningún tipo de vínculo o relación entre el crimen internacional y el Estado alemán. Sin embargo, la jurisprudencia de la Corte Suprema Federal no ha opinado lo mismo, como veremos posteriormente.

Dentro del contexto de persecución de crímenes internacionales en el Estado alemán resulta importante la ley procesal (*Strafprozeßordnung* o StPO), en su versión de 21 de junio del 2002 que modifica el precepto §153.f, el cual establece que la fiscalía puede abstenerse de perseguir el hecho punible según los párrafos 6 a 14 del Código Penal Internacional en los casos del párrafo 153.c) párrafo 1º, número 1 y 2, cuando el culpable no se encuentre en el territorio nacional ni es de esperar tal presencia. Sin embargo, en los supuestos del párrafo 153.c), número 1º, si el culpable es alemán, lo anterior sólo regirá cuando el hecho sea perseguido por un tribunal internacional o por el tribunal del Estado en cuyo territorio fue cometido el hecho o cuyos ciudadanos fueren lesionados por el hecho. La fiscalía puede abstenerse de perseguir un hecho punible en aplicación de los párrafos 7 al 15 del Código Penal Internacional en los supuestos del párrafo 153.c), párrafo 1º, números 1 y 2, cuando: 1. No exista ninguna sospecha contra un alemán; 2. El hecho no fue cometido contra un alemán; 3. Ningún sospechoso se encuentra en el territorio nacional ni es de esperar tal presencia; 4. El hecho es perseguido por un tribunal penal internacional o por un Estado en cuyo territorio fue cometido el hecho, cuyo ciudadano es sospechoso del hecho o cuyo ciudadano fue lesionado por el hecho. Lo mismo rige cuando el culpable de un hecho cometido en el extranjero se encuentra en territorio nacional pero se dan los supuestos previstos en el párrafo 1º, número 2 y 4 y la entrega a un tribunal internacional

¹⁶⁵⁴ Cfr. L. REYDAMS. 2003, *loc cit*, pág. 144.

o a la extradición al Estado que persigue es admisible y está prevista¹⁶⁵⁵. Estas disposiciones nos introducen en el principio de oportunidad, el cual podría lesionar el derecho a la tutela judicial efectiva.

Sobre las causas que se han conocido en dicho país podemos hacer referencia a varias. La primera fue la causa *Tadic*, a consecuencia del conflicto armado surgido en la antigua Yugoslavia. Esta persona fue acusada de cometer atrocidades contra los musulmanes en los campos de detención existentes, quebrantando normas básicas del DIH, vigente tanto en Alemania como en la antigua Yugoslavia. Ciertamente, este caso no pudo concluirse toda vez que *Tadic* fue entregado al Tribunal Penal Internacional para Yugoslavia para que fuese juzgado. Sin embargo, antes de la referida entrega se pronunció una resolución judicial que podría aclararnos la posición mantenida por los órganos judiciales alemanes en aquel momento sobre la jurisdicción universal. Así, un magistrado del *Bundesgerichtshof* en una decisión sobre la competencia del Estado alemán para tal causa sostuvo que el derecho penal alemán era aplicable en virtud del StGB §6(1) al crimen de genocidio cometido en el extranjero, independientemente del derecho del lugar de los hechos, en síntesis, a causa del llamado principio de justicia universal. Empero lo referido, aunque el derecho internacional no prohíbe el ejercicio de la justicia universal, se requiere la existencia de un vínculo (*ein legitimierender Anknüpfungspunkt*) con el Estado que pretende aplicarlo. En tales casos estaría justificada la aplicación del derecho penal alemán a hechos ocurridos en el extranjero por no nacionales. La ausencia de dicho vínculo quebrantaría el principio de no interferencia en asuntos internos de otros Estados y el principio de soberanía estatal. La importancia de los valores protegidos en el StGB §6 o los intereses políticos generales de Alemania no justificarían la aplicación del título jurisdiccional universal. El hecho de que el presunto responsable haya estado residiendo en Alemania, haya establecido su centro de intereses en este país y fuese arrestado

¹⁶⁵⁵ J.L. RODRÍGUEZ VILLASANTE y PRIETO. 2005, “Legislación comparada...”, *loc cit*, pág. 514; L. REYDAMS. 2003, *loc cit*, pág. 145.

dentro del mismo, constituyen vínculos suficientes¹⁶⁵⁶. Como podemos apreciar se entendió que la aplicación de la justicia universal podría afectar a principios internacionales fundamentales, tales como el no injerencia en asuntos internos y el de soberanía, de ahí, la necesidad de la existencia de un vínculo suficiente para no lesionar estos principios. El vínculo¹⁶⁵⁷ podría consistir en que el responsable residiese en Alemania, como fue el caso. Al final atendiendo a los instrumentos internacionales suscritos por Alemania, la residencia del responsable y la gravedad de las acusaciones, se sostuvo que los órganos judiciales alemanes eran competentes, en aras de la justicia universal, aunque posteriormente fue entregado al Tribunal penal Internacional para Yugoslavia.

La segunda causa relevante fue contra *Novislav Djajic*, el Tribunal de Baviera el día 23 de mayo de 1997 condenó a cinco años de prisión a *Djajic* por el asesinato de 14 musulmanes en el Este de Bosnia en abril de 1992. Si bien es cierto que *Djajic* fue absuelto por el crimen de genocidio, no es menos cierto que éste fue condenado por violaciones de los Convenios de Ginebra de 1949 constitutivas de crímenes internacionales, en concreto, crímenes de guerra. Así, en aplicación del §6(9) del StGB y del §7 (2) (2) del StGB (al rechazar las autoridades bosnias la extradición), en relación con los art. 3, 146 y 147 del CGIV y bajo el principio de jurisdicción universal, se juzgó a *Djajic*. En la sentencia se afirmó que «*it would be intolerable if the perpetrator of a crime under the international law committed against civilians, who had moved into German territory, would be...left in peace or extradited to a state that is patently not willing to prosecute him*¹⁶⁵⁸». De nuevo se requería la presencia del responsable en el territorio.

El tercer supuesto fue la causa *X v. SB and DB*, a consecuencia de una denuncia anónima contra *SB* y *DB* por la comisión de infracciones graves del

¹⁶⁵⁶ *Bundesgerichtshof*, sentencia de 13 de febrero de 1994, parcialmente reimpressa en *Neue Zeitschrift für Strafrecht* 232; L. REYDAMS. 2003, *loc cit*, pág. 150.

¹⁶⁵⁷ Cfr. W. KALECK. 2009, "From Pinochet to Rumsfeld: Universal Jurisdiction in Europe 1998-2008", en *Michigan Journal of International Law*, Vol. 30, pág. 949.

¹⁶⁵⁸ *Public Prosecutor v. Djajic*, Bayrisches Oberlandesgericht, de 23 mayo de 1997, decisión reimpressa en *Neue juristische wochenschrift* 392; L. REYDAMS. 2003, *loc cit*, pág. 151.

DIH y actos de genocidio. Lo relevante era que ni *SB* ni *DB* estaban en Alemania y tampoco se conocía si el denunciante era alemán, extranjero y si se encontraba en el país. La Corte Federal Suprema afirmó que los órganos judiciales alemanes carecían de competencia para conocer de la referida denuncia, todo ello, porque la ausencia de un punto de contacto o vínculo suficiente con los hechos denunciados violaría el principio de no injerencia en asuntos internos y soberanía estatal. También sostuvo que si la única limitación para conocer del caso fuese la del principio de oportunidad regulado en el StPO §153.c, el sistema penal alemán se colapsaría con persecuciones por todo el mundo. La presencia de la víctima en el país no es un requisito suficiente, siendo necesaria la del responsable para tener jurisdicción sobre la causa¹⁶⁵⁹.

El cuarto supuesto fue la causa *Jorgic*, condenado a prisión de por vida por sentencia de la Corte Suprema de Dusseldorf, de fecha 26 de septiembre de 1997¹⁶⁶⁰, por la comisión de un delito de genocidio y violaciones graves del art. 3 común a los Convenios de Ginebra de 1949, entre otros. El tribunal alemán necesitaba cierta conexión del delito con su jurisdicción, por lo que argumentó que el interés de Alemania en perseguir a dicho criminal estaba sustentado en el hecho de que éste había estado residiendo en Alemania desde 1969 a 1992 y estaba casado con una ciudadana alemana. Si bien es cierto que en los preceptos del StGB §6(9) y §7(2) (2) no se requiere de manera expresa ningún tipo de conexión, no es menos cierto que los tribunales alemanes han exigido esta conexión o vínculo, tal y como estamos observando en los casos comentados. El órgano judicial alemán justificó su competencia con base en el StGB §6(1) y 6(9) y en el doble vínculo establecido desde la *causa Tadic*, es decir, la presencia del responsable en Alemania y un nexo entre el conflicto y dicho Estado miembro de la comunidad internacional¹⁶⁶¹.

¹⁶⁵⁹ *Bundesgerichtshof*, sentencia de 11 de diciembre de 1998, parcialmente reimpressa en *Neue Zeitschrift für Strafrecht* 236 ; L. REYDAMS. 2003, *loc cit*, pág. 152.

¹⁶⁶⁰ *Public Prosecutor v. Jorgic*, Oberlandesgericht Düsseldorf, de 26 septiembre de 1997, reimpressa parcialmente en *Neue Zeitschrift für Strafrecht* 396; L. REYDAMS. 2003, *loc cit*, pág. 153 y 154.

¹⁶⁶¹ Cfr. M^a. D. BOLLO AROCENA. 2004, *loc cit*, pág. 363.

Por último, haremos referencia a la causa *Sokolovic* quien fue condenado como cómplice de un crimen de genocidio por la Corte Federal Suprema de Düsseldorf, en virtud del StGB §6(1) y (9) en conjunción con los Convenios de Ginebra de 1949. Lo más relevante de esta causa es que el órgano judicial citado estaba dispuesto a abandonar el criterio del doble vínculo que regía desde la causa *Tadic*. Si bien es cierto que en la causa *Sokolovic*, se reunían los vínculos necesarios para que los órganos judiciales alemanes pudieran conocer del mismo (residencia en Alemania, trabajaba en Alemania, etc.), lo fundamental es que la Corte Federal Suprema afirmó que la Corte estaba inclinada, al menos en relación al StGB §6(9), que los vínculos a los que se ha hecho referencia en otras ocasiones no son necesarios. Realmente, cuando Alemania en ejecución de una obligación internacional y legal, basada en un instrumento convencional, persigue o extradita a un extranjero por hechos punibles cometidos fuera del país y punibles de conformidad con la ley penal alemana, la violación del principio de no injerencia apenas podía sostenerse¹⁶⁶².

Hemos de significar que con posterioridad a las causas relacionadas, en Alemania se han interpuesto numerosas denuncias contra máximos dirigentes que han podido cometer crímenes internacionales, entre las más relevantes encontramos la causa contra Jorge Videla (causa *Elisabeth Kasemann* y *Klaus Zieschank*). Esta denuncia se fundamentaba básicamente en el principio de personalidad pasiva y no pudo dar origen a una causa penal en Alemania, toda vez que los tribunales argentinos denegaron la extradición y procedieron ellos mismos a juzgar tales hechos en aplicación del principio de territorialidad, el cual es preferente ante cualquier otro título jurisdiccional. En noviembre del 2003 se interpuso una denuncia contra el anterior Presidente de la República de China *Jiang Zemin*. La Fiscalía Federal por su parte, en el año 2005, informó que no debía iniciarse procedimiento penal alguno, ya que tal persona gozaba de inmunidad al ser Presidente de Gobierno cuando se

¹⁶⁶² *Oberlandesgericht Düsseldorf*, sentencia de 29 de noviembre de 1999, reimpressa posteriormente en *Neue Juristische Wochenschrift* (2001); L. REYDAMS. 2003, *loc cit*, pág. 155.

cometieron los hechos denunciados¹⁶⁶³. Desde mi punto de vista, el denunciado al no ostentar cargo oficial alguno no disfrutaba de inmunidad *ratio personae*, por lo que podía ser investigado judicialmente. Cuestión distinta era si su comportamiento podía encuadrarse dentro de los denominados actos de Estado, es decir, si formaba parte de la inmunidad en razón de la materia¹⁶⁶⁴.

Posteriormente, en el año 2005 se volvió a archivar una denuncia contra el Vicepresidente de Chechenia *Ramzan Kadyrow*, aplicándose la doctrina de la inmunidad procesal, al igual que con el ex Presidente de China. De nuevo la Fiscalía Federal sostuvo una posición errónea sobre la figura jurídica de la inmunidad, la cual rige para ministros, presidentes y jefes de un Estado, pero no para un líder local, como era esta persona¹⁶⁶⁵. En el año 2004 y 2006, una organización (Centro para los derechos Constitucionales) presentó diversas denuncias contra *Donald Rumsfeld* por los hechos sucedidos en la prisión de Abu Ghraib en Irak de. La Fiscalía Federal volvió a archivar las denuncias en virtud del StPO §153.f, estableciendo un nuevo criterio de subsidiariedad, al defender la posición de que los órganos judiciales preferentes para conocer de la denuncia serían los del *locus delicti* y los estadounidenses, basándose en el principio de personalidad activa. Asimismo, en la segunda denuncia la Fiscalía Federal afirmó los criterios de que el denunciado no se encontraba en Alemania ni se esperaba en un futuro su presencia, de ahí, que solicitasen el archivo de la misma¹⁶⁶⁶. La última denuncia llamativa interpuesta por la presunta comisión de crímenes internacionales fue contra *Zakir Almatov* quien era ministro de Uzbekistán, y de nuevo, la Fiscalía Federal solicitó el archivo de la misma con base en el StPO §153.f, al entender que el denunciado no se encontraba en el país ni se esperaba su presencia¹⁶⁶⁷.

¹⁶⁶³ W. KALECK. 2009, *loc cit*, pág. 952.

¹⁶⁶⁴ Cfr. Amnistía Internacional. 2008, “Alemania: la lucha contra la impunidad a través de la jurisdicción universal”, *EUR/23/003/2008*, Madrid: Amnistía Internacional, pág. 97.

¹⁶⁶⁵ *Ibidem*, pág. 98.

¹⁶⁶⁶ Cfr. W. KALECK. 2009, *loc cit*, pág. 952 y Amnistía Internacional. 2008, “Alemania...”, *loc cit*, pág. 99.

¹⁶⁶⁷ Amnistía Internacional. 2008, “Alemania...”, *loc cit*, pág. 100 y Cfr. W. KALECK. 2009, *loc cit*, pág. 952 y 953.

A la vista de todas las causas expuestas podríamos afirmar que en el derecho penal alemán, en principio, no se exigiría la presencia del responsable en el territorio para ejercerse la jurisdicción universal, siendo en todo caso un posible presupuesto procesal. Aun así, la *praxis* de los órganos judiciales exige la presencia en el territorio del imputado o denunciado para iniciarse un procedimiento. Si acudimos a la normativa procesal, ésta impone varias restricciones al ejercicio de la justicia universal, ya que rige preferentemente el principio de oportunidad que ha invocado la Fiscalía Federal en la mayoría de denuncias interpuestas por la presunta comisión de crímenes internacionales. Este principio de oportunidad nos conduce a la necesidad de que existan diversos vínculos con el hecho punible que hagan próspera la investigación judicial. Por ello se requiere la presencia del denunciado en el territorio, constituyéndose así en una jurisdicción universal subsidiaria y territorial condicionada al *iudex apprehensiones*.

1.2. Bélgica.

La legislación penal de este país se ha visto modificada en los últimos años a consecuencia del principio de jurisdicción universal. Si en un principio se estableció un ámbito de aplicación muy amplio, instaurando una justicia universal absoluta, a día de hoy, el título competencial se ha restringido de manera notable, estableciéndose una serie de vinculaciones o conexiones para que los tribunales belgas puedan conocer de un crimen internacional. El título jurisdiccional universal puede encontrarse en dos normas. La primera sería el *Code de Procédure Penale*, en cuyos art.10.3, 10ter, 10quarter y 12bis se regulan una serie de delitos que pueden ser perseguidos universalmente (falsificación de moneda, prostitución infantil y tráfico de personas, corrupción, etc.); el precepto más importante de este *Code de Procédure Penale* es el art. 12bis (introducido en el año 2001), el cual incorpora una cláusula doméstica que permite enjuiciar ciertos crímenes. Este artículo indica que los tribunales de Bélgica son competentes para conocer de los delitos cometidos fuera del territorio belga que son objeto de un convenio

internacional obligatorio para Bélgica, si la convención obliga de cualquier forma a someter el asunto a las autoridades competentes con el propósito de perseguirlo. Evidentemente, el anterior precepto hace referencia a la regla *aut dedere aut iudicare*. Asimismo, en el *Code de Procédure Penale* se hace mención a una serie de reglas generales. Por ejemplo, en el art. 12 se afirma que solo podrán perseguirse aquellos delitos en los que el responsable se encuentre en Bélgica, por lo que los procedimientos *in absentia* o aquellos en los que la presencia del responsable este condicionada a la correspondiente extradición están excluidos. El art. 13 comprende la cosa juzgada incluyendo el indulto y la amnistía. En el art. 14 se confirma que en todos los procesos penales se aplicará el derecho penal y procesal belga¹⁶⁶⁸. Una cuestión importante a tener en cuenta es que en el derecho belga se permite la acusación particular¹⁶⁶⁹, por lo que las víctimas pueden incitar la incoación de un proceso penal, al igual que sucede en nuestro ordenamiento jurídico.

La segunda norma en la que puede sostenerse la aplicación del título jurisdiccional universal es la ley de 16 de junio de 1993, *Loi relative à la repression des infractions graves aux Conventions de Genève du 12 aout 1949 aux Protocoles I et II du 8 juin 1977*, la cual fue enmendada por la ley de 10 de febrero de 1999 (para incluir los crímenes de genocidio y crímenes de lesa humanidad, a fin de implementar debidamente en su ordenamiento jurídico el Estatuto de la CPI), estableciendo en su art. 7 que los tribunales de Bélgica serán competentes para conocer de las violaciones enumeradas en la presente norma, con independencia del lugar en dónde fueron cometidas. Con base en este precepto se instauró la justicia universal *in absentia* o absoluta. Dicha norma dio lugar a numerosas causas contra presuntos criminales de guerra, ya que no se exigía ninguna vinculación y era de aplicación a todo tipo de conflicto armado, fuere internacional o interno. A su vez, al igual que sucedió en Alemania, se formularon numerosas denuncias contra líderes internacionales por presuntas violaciones del DIH, lo cual se tradujo en importantes presiones contra el gobierno belga para que modificasen su

¹⁶⁶⁸ Cfr. L. REYDAMS. 2003, *loc cit*, pág. 105 y 106.

¹⁶⁶⁹ Cfr. W. KALECK. 2009, *loc cit*, pág. 932.

legislación relativa a la jurisdicción universal. A consecuencia de ello, se aprobó la *Loi du 23 Avril* y la *Loi du 5 Août del 2003*, produciéndose una restricción considerable del principio de eficacia mundial. Tras la modificación llevada a cabo, ningún tribunal belga puede conocer de crímenes internacionales ocurridos fuera de Bélgica en los que la víctima o el presunto culpable no sean belgas, sólo conocerán cuando sea ciudadano o residente belga (si el delito se ha cometido en el extranjero), y en cualquier caso el *Federal Attorney General* (Fiscal General) deberá informar positivamente. Así pues, a día de hoy, la jurisdicción universal en Bélgica está seriamente reducida, aplicándose con ello una jurisdicción universal restringida y condicionada en virtud del *iudex aprehensionis*¹⁶⁷⁰.

Durante el período de tiempo en el que la justicia universal estuvo vigente de manera amplia se enjuiciaron muchas causas en aplicación de este título jurisdiccional. Por ejemplo, el caso de *Higaniro, Ndindilyimana* o el *Butare case*, todos ellos criminales de guerra con ocasión del conflicto de Ruanda. Una de las causas más llamativas fue contra *Yerodia Ndombasi*, Ministro de Asuntos Exteriores de la República del Congo, a quién se le acusaba de crímenes de guerra y crímenes contra la humanidad. Los tribunales belgas dictaron una orden de arresto contra este Ministro, sin tener en cuenta su inmunidad, lo que dio lugar a que la República del Congo llevase el asunto ante la CIJ, la cual pronunció la famosa sentencia *Concerning the Arrest Warrant de 11 de abril del 2001, Belgium v. Congo*. En esta sentencia no se trató el asunto de la jurisdicción universal, pero sí se dejó claro que el acusado tenía inmunidad mientras ostentase su cargo, por lo que no podía ser objeto de una detención¹⁶⁷¹. A raíz de la decisión de la CIJ, los tribunales belgas en la causa seguida contra *Ndombasi* afirmaron que la misma era inadmisibile desde el principio, ya que se estaba vulnerando lo dispuesto en el art. 12 del *Code de*

¹⁶⁷⁰ *Ibidem*, pág. 934.

¹⁶⁷¹ J.L. RODRÍGUEZ VILLASANTE y PRIETO. 2005, “Legislación comparada..., *loc cit*, pág. 515 y 516.

Procédure Penale que obliga a que este presente en territorio belga el responsable penal contra quien se sigue la causa¹⁶⁷².

En la causa *Abbas Hijazi et al. V. Sharon et al.*, surgieron numerosos conflictos políticos entre ambos Estados (Bélgica e Israel), lo que denota la carga política que conlleva la jurisdicción universal desde el momento en que se pretende enjuiciar a líderes de países soberanos y altos cargos políticos. La denuncia fue interpuesta en el año 2001, por supervivientes de la masacre de Sabra y Chatila (Líbano) en el año 1982, siendo en ese momento *Sharon* Primer Ministro de Israel y no existiendo vínculo alguno entre lo hechos denunciados y el Estado belga. En este contexto la *Chambre de mises en accusation*, en resolución judicial de fecha 26 de junio del 2002, acordó la inadmisibilidad de la denuncia al no estar presente en territorio belga *Sharon*, tal y como exige el art. 12 del *Code de Procédure Penale*. Además, este órgano judicial entendió que la jurisdicción *in absentia* era contraria a la Convención de represión del Genocidio, a los Convenios de Ginebra de 1949, a la CEDH y al principio de soberanía estatal¹⁶⁷³. Todas estas manifestaciones fueron confirmadas en la correspondiente apelación.

En conclusión, podemos sostener que en Bélgica rige el principio de jurisdicción universal territorial, con base en el *iudex apprehensionis*. Además, es significativo el hecho de que para proceder en aplicación del título jurisdicción universal es necesario el visto bueno del Ministerio Fiscal, por lo que el principio de oportunidad también tiene un papel importante en la materia, cosa que en otros delitos no ocurre, de ahí la crítica que debemos efectuar al respecto. Las modificaciones sufridas en la legislación belga tienen su justificación en determinadas presiones políticas que derivaron en la restricción del principio referido, todo ello, al denunciarse constantemente a líderes políticos y jefes soberanos de estados soberanos.

¹⁶⁷² Cfr. L. REYDAMS. 2003, *loc cit*, pág. 116.

¹⁶⁷³ *Ibidem*, pág. 117.

1.3. Francia.

La aplicación de la ley penal en el espacio aparece regulada en el *Code Pénal*, toda vez que en el art. 113.2 se establece que el derecho penal francés es aplicable a todos los delitos cometidos en el territorio de la República. Asimismo, en el art. 113.6 de la referida ley penal se contempla el principio de personalidad activa y el principio de protección aparece incorporado en el art. 113.10. En relación al principio de personalidad pasiva, el mismo también está implementado en el sistema penal francés, aunque con anterioridad, éste no se contemplaba, ya que fue impugnada su validez internacional en el *caso Lotus*. Desde el año 1994 este principio aparece incorporado en el art. 113.7 del *Code Pénal*¹⁶⁷⁴. Los títulos jurisdiccionales mencionados deben conjugarse con lo dispuesto en el *Code de Procédure Pénale*, en cuyo art. 689 se establece que los responsables o cómplices de delitos cometidos en el extranjero pueden ser perseguidos y juzgados ante los tribunales franceses cuando sea de aplicación al delito el derecho francés en virtud de lo dispuesto en el *Code Pénale*, en otra ley estatal o cuando un tratado internacional otorgue a los tribunales franceses competencia para conocer del delito.

El principio de jurisdicción universal aparece regulado en el art. 689.1 a 689.11 (este último precepto fue incorporado por la *Loi 2010-930* de 9 de agosto, sobre implementación del Estatuto de la CPI) del *Code de Procédure Pénale*. En estos artículos se enumeran una serie de hechos punibles que están incorporados en diversos tratados internacionales y sobre los cuales los tribunales franceses pueden conocer judicialmente. Por ejemplo, el Convenio contra la tortura, el convenio de apoderamiento ilícito de aeronaves, el convenio de represión de atentados terroristas con bombas o el convenio de represión de la financiación del terrorismo, entre otros.

En mi opinión, el precepto más importante relativo a la jurisdicción universal es el art. 689.11 del *Code de Procédure Pénale*, que dispone que

¹⁶⁷⁴ Cfr. L. REYDAMS. 2003, *loc cit*, pág. 131 y Cfr. W. KALECK. 2009, *loc cit*, pág. 936.

puede ser procesado y juzgado por los tribunales franceses cualquier persona que resida habitualmente en el territorio de la República y que haya cometido en el extranjero uno de los crímenes de la jurisdicción de la Corte Penal Internacional, si los hechos están sancionados por la legislación del Estado donde fueron cometidos o si el Estado de la nacionalidad del responsable es parte del Estatuto de la CPI. Los tribunales franceses solo juzgarán los crímenes de competencia de la Corte Penal Internacional cometidos por extranjeros cuando el Estado de la nacionalidad de los responsables o la Corte no decidan iniciar procedimiento penal alguno¹⁶⁷⁵.

Asimismo, la jurisdicción universal en Francia puede ser aplicada en virtud de las leyes de cooperación con el Tribunal Penal Internacional para Yugoslavia (*Loi n° 95-1 du 2 janvier 1995 portant adaptation de la législation française aux dispositions de la résolution 827 du Conseil de sécurité des Nations Unies instituant un tribunal international en vue de juger les personnes présumées responsables de violations graves du droit international humanitaire commises sur le territoire de l'ex-Yougoslavie*) y con el Tribunal Penal Internacional para Ruanda (*Loi n°96-432 du 22 mai 1996 portant adaptation de la législation française aux dispositions de la résolution 955 du Conseil de sécurité des Nations Unies instituant un tribunal international en vue de juger les personnes présumées responsables d'actes de génocide ou d'autres violations graves du droit international humaniterie commis en 1994 sur le territoire du Rwanda*), en cuyo art. 2 común a ambas normas penales se establece que los tribunales franceses serán competentes para conocer de los hechos punibles descritos en las Resoluciones del CSNU, siempre que el responsable se encuentre en territorio francés. Así pues, el Estado francés fue uno de los pioneros en implementar un sistema de represión universal para los crímenes internacionales previstos en los Estatutos del TPIY y del TPIR¹⁶⁷⁶. Aparte del Ministerio Fiscal también pueden formalizar una acusación particular aquellas personas que hayan sido perjudicadas por tales crímenes

¹⁶⁷⁵ Cfr. M^a. D. BOLLO AROCENA. 2004, *loc cit*, pág. 360.

¹⁶⁷⁶ Cfr. W. KALECK. 2009, *loc cit*, pág. 936.

internacionales¹⁶⁷⁷, abriéndose por lo tanto el abanico de partes procesales, no recayendo exclusivamente en el Fiscal, lo que puede conllevar un abuso de determinados principios procesales, como el de oportunidad.

Entre las principales causas seguidas en Francia en aplicación del título jurisdiccional universal, dejando de lado el caso *Klaus Barbie*, que podría consistir en la aplicación del principio de personalidad pasiva o de territorialidad, podemos encontrar la causa *Javor et al. V. X*, a consecuencia de una denuncia interpuesta por refugiados bosnios por la comisión de crímenes de genocidio, lesa humanidad, tortura e infracciones graves del DIH. En un primer momento el *Tribunal de Grande Instance de Paris*, mediante resolución judicial de fecha 6 de mayo de 1994, sostuvo que la Convención de prevención del Genocidio no establecía la jurisdicción universal, al igual que los crímenes de lesa humanidad no encontraban título jurisdiccional universal alguno, por lo que sólo se consideró competente para conocer de los crímenes de tortura y las infracciones graves del DIH. Posteriormente, la *Cour d'appel de Paris*, por resolución de 24 de octubre de 1994, confirmó la anterior resolución judicial, sin embargo, indicó que en virtud del Convenio contra la tortura, era necesario que el responsable se encontrase en territorio francés. Sobre las infracciones graves del DIH entendió que los Convenios de Ginebra de 1949 no eran *self-executing*, por lo que no había título jurisdiccional suficiente¹⁶⁷⁸. Como conclusión la *Cour de cassation* volvió a confirmar lo dicho en la apelación, requiriendo la presencia del responsable en territorio francés¹⁶⁷⁹.

En la causa *Dupaquier et al v. Munyeshyaka* por la presunta comisión de crímenes internacionales tipificados en el Estatuto del TPIR, lo importante era la presencia del responsable penal dentro del territorio francés, aparte de los

¹⁶⁷⁷ Cfr. L. REYDAMS. 2003, *loc cit*, pág. 134; Redress. 1999, “*Universal jurisdiction in Europe: criminal prosecutions in Europe since 1990 for war crimes, genocide, torture and crimes against the humanity*”, pág. 25.

¹⁶⁷⁸ L. REYDAMS. 2003, *loc cit*, pág. 136.

¹⁶⁷⁹ Cfr. M^a. D. BOLLO AROCENA. 2004, *loc cit*, pág. 361; hemos de significar que lo más relevante de las decisiones de los tribunales franceses fue que entendieron que la presencia del responsable en el territorio no hace distinción alguna entre fase de investigación judicial, procesamiento o juicio, por lo que el responsable debe estar en territorio francés desde el inicio de la investigación.

vínculos evidentes que tenía el Estado de Ruanda con el país galo. Dicho esto, hemos de reseñar que el *Tribunal de Grande Instance de Privas*, mediante resolución de 9 de enero de 1996 afirmó que el Estado francés sólo podía ser competente por el crimen de tortura y no por los de genocidio o crímenes de lesa humanidad. Tras diversas instancias judiciales, al final los tribunales franceses conocieron de la causa por ser constitutiva de un crimen de tortura¹⁶⁸⁰.

En la causa *Ould Dah* seguida contra un General del Estado de Mauritania por crímenes de tortura, los tribunales franceses tenían que decidir si eran competentes a pesar de la amnistía promulgada por Mauritania. En este contexto dichos órganos judiciales entendieron que tales normas de olvido sólo regían para el Estado que las había promulgado, no siendo vinculantes para terceros Estados que actuaban en cumplimiento del derecho internacional. Lo curioso de esta causa es que el responsable fue condenado *in absentia*, ya que en un primer momento fue detenido y procesado mientras se encontraba en Francia, siendo posteriormente puesto en libertad, huyendo de Francia sin ser encontrado, por lo que la condena fue impuesta sin que el responsable se hallase presente en el territorio galo¹⁶⁸¹.

1.4. Países Bajos.

El principio de territorialidad es el criterio básico para determinar la competencia de los tribunales holandeses. Sin embargo, podemos significar que este país normalmente ha sido reticente a aplicar criterios de extraterritorialidad de la ley penal. Como ejemplo, salvo que los tratados internacionales obliguen al Estado holandés a implementar el principio de personalidad pasiva, éste rechaza aplicar este criterio, tal y como sucedió en la Convención de 1979 contra la toma de rehenes, en cuyo art. 5.1.d) se faculta a las partes a incorporar el principio de personalidad pasiva si lo consideran apropiado para perseguir lo hechos punibles del instrumento internacional,

¹⁶⁸⁰ Cfr. Redress. 1999, *loc cit*, pág. 26; L. REYDAMS. 2003, *loc cit*, pág. 138.

¹⁶⁸¹ Cfr. W. KALECK. 2009, *loc cit*, pág. 937.

rechazando este Estado aplicar el referido principio jurisdiccional¹⁶⁸². Asimismo, la doctrina holandesa critica la regla *aut dedere aut iudicare*, por lo que suelen hacer reservas a esta obligación en todos los tratados que ratifican (si la misma aparece incorporada en el texto). Tales reservas van encaminadas a considerar que la obligación de juzgar solamente surge cuando una demanda de extradición ha sido cursada y denegada (aplican como criterio base el art. 6 y 7 de la Convención europea contra el terrorismo)¹⁶⁸³. Llegados a este punto, se puede afirmar que en los Países Bajos solamente se incorpora la jurisdicción universal cuando un tratado internacional obliga a ello, por lo que la jurisdicción universal facultativa no suele ser utilizada en este país.

La jurisdicción universal aparece incorporada de un lado en el *Wetboek van Strafrecht* o código penal. Por ejemplo, la piratería, la falsificación de moneda, determinados actos terroristas contra aeronaves o buques marítimos, pueden ser perseguidos universalmente si el responsable se encuentra en territorio holandés y la extradición ha sido cursada y denegada. También en la *Act Implementing the Torture Convention* se contempla la jurisdicción universal, incluso de forma más amplia que en el resto de tratados internacionales suscritos, ya que no se formalizó la reserva sobre la regla de extraditar o juzgar que normalmente se hacía.

De otro lado, la *International Crimes Act* de 19 de junio del 2003 es la norma básica en los Países Bajos para enjuiciar crímenes internacionales bajo el principio de justicia universal. Así la Sección 2 establece que «*Without prejudice to the relevant provisions of the Criminal Code and the Code of Military Law, Dutch criminal law shall apply to: (a) anyone who commits any of the crimes defined in this Act outside the Netherlands, if the suspect is present in the Netherlands; (b) anyone who commits any of the crimes defined in this Act outside the Netherlands, if the crime is committed against a Dutch national; (c) a Dutch national who commits any of the crimes defined in this Act outside the Netherlands (...)*». Como puede apreciarse, solo se exige como

¹⁶⁸² Cfr. L. REYDAMS. 2003, *loc cit*, pág. 165.

¹⁶⁸³ *Ibidem*, pág. 166.

requisito que el presunto culpable de un crimen internacional se encuentre en el territorio de los Países Bajos para poder enjuiciarlo. A su vez, también puede observarse el principio de personalidad pasiva en el apartado b). Dentro de la norma analizada se castigan los crímenes de guerra, de lesa humanidad y el genocidio entre otros¹⁶⁸⁴.

De conformidad con la anterior ley, denominada *Wartime Offences Act*, se enjuiciaron varias causas contra criminales de guerra, una de ellas fue el caso *Knevesic* por la violación grave de las leyes y costumbres de guerra en el conflicto de la antigua Yugoslavia, en concreto, del art. 3 común a los Convenios de Ginebra. Esta causa fue archivada, toda vez que el conflicto en cuestión fue calificado como no internacional y por lo tanto no había jurisdicción universal alguna¹⁶⁸⁵. Posteriormente, un tribunal militar manifestó que «*the provisions of the Wartime Offences Act are applicable, whereunder article 3 establishes universal jurisdiction concerning the offences described in articles 8 and 9 of that act*»¹⁶⁸⁶. Esta causa llegó al más alto tribunal (*Hoge Raad der Nederlanden*), quien confirmó la jurisdicción del país holandés de conformidad al principio de justicia universal. Así pues, podemos sostener que en relación con los crímenes de guerra, la justicia universal rige en Holanda de manera plena. Aparte de lo anterior, es significativo que para la persecución de crímenes en el sistema penal holandés sea necesaria la acusación del Ministerio Fiscal, no rigiendo una acusación particular propiamente dicha. Sin embargo, los denunciantes pueden recurrir la decisión del Fiscal de no acusar y el juez competente deberá decidir si tiene que acusar o no el Fiscal. Asimismo, se permite la persecución y los juicios *in absentia*¹⁶⁸⁷.

En la causa *Wijngaarde et al v. Bouterse* seguida contra un líder del Estado de Surinam, por presuntos crímenes de lesa humanidad y torturas, en

¹⁶⁸⁴ J.L. RODRÍGUEZ VILLASANTE y PRIETO. 2005, “Legislación comparada...”, *loc cit*, pág. 522 y 523.

¹⁶⁸⁵ *Examining magistrate* de 1 de diciembre de 1995.

¹⁶⁸⁶ Arnhem District Court, Military Chamber, Decision nº 05/07805-95, 21 de febrero de 1996, pára. 11.

¹⁶⁸⁷ Cfr. L. REYDAMS. 2003, *loc cit*, pág. 169.

primera instancia¹⁶⁸⁸ se indicó que los hechos enjuiciados constituían crímenes de lesa humanidad y tortura bajo el derecho consuetudinario, y que dicha costumbre internacional dotaba a los Estados de jurisdicción universal sobre el extranjero sospechoso de haber cometido tales crímenes. Después de analizar los hechos investigados, se llegó a la conclusión de que los mismos no eran constitutivos de crímenes de guerra, ni tampoco crímenes de lesa humanidad, pero sí crímenes de tortura, punibles bajo la *Act implementing the UN Torture*, a través del principio de jurisdicción universal. Esta decisión judicial fue muy criticada, ya que se pretendía ejercer una jurisdicción *in absentia*, algo impensable en Holanda. Así pues, cuando la causa llegó a la *Hoge Raad der Nederlanden*¹⁶⁸⁹, ésta anuló la decisión anterior en virtud de lo siguiente:

- a. La aplicación de la *Act implementing the UN Torture* para hechos anteriores a su entrada en vigor (año 1988), violaría el principio de legalidad (art. 16 de la constitución holandesa)¹⁶⁹⁰.
- b. Los hechos objeto de investigación no eran constitutivos de tortura, en el sentido dado por la convención de Naciones Unidas¹⁶⁹¹.
- c. La jurisdicción instaurada (universal) a consecuencia de la implementación de esta convención contra la tortura no podía ser aplicada retroactivamente¹⁶⁹².
- d. La jurisdicción a aplicarse en virtud de la normativa citada solo podía ejercerse cuando concudiesen los requisitos exigidos en la misma, es decir, la presencia del responsable en territorio holandés¹⁶⁹³.

Posteriormente en la causa *Nzapali*, sí se condenó a esta persona por torturas con base en la jurisdicción universal, ya que éste estaba presente en

¹⁶⁸⁸ District Court of Amsterdam, orden de 20 de noviembre de 2000.

¹⁶⁸⁹ Hoge Raad der Nederlanden, judgment 18 September 2001.

¹⁶⁹⁰ *Ibidem*, pára. 4.

¹⁶⁹¹ *Ibidem*, pára. 5.

¹⁶⁹² *Ibidem*, pára. 6.

¹⁶⁹³ *Ibidem*, pára. 8.5.

territorio holandés y los hechos ocurrieron con posterioridad al año 1988, fecha de entrada en vigor de la ley que castigaba las torturas¹⁶⁹⁴.

A consecuencia de los diversos conflictos surgidos en las últimas décadas en Afganistán, los tribunales holandeses han aplicado la jurisdicción universal para crímenes de guerra. En la causa *Hesam Hesamuddin* se condenó a este militar afgano por la comisión de crímenes de guerra, en concreto de las violaciones del art. 3 común a los Convenios de Ginebra. En todas las instancias judiciales que se pronunciaron sobre esta causa se confirmó la sentencia inicial¹⁶⁹⁵. El órgano judicial de primera instancia, ante la alegación de la defensa del militar afgano de que los tribunales holandeses no tenían competencia universal para conocer de crímenes de guerra cometidos en una contienda armada interna, sostuvo que los Convenios de Ginebra de 1949 no prohibían que los Estados se dotasen de jurisdicción universal para perseguir aquellas otras violaciones de los referidos convenios, como son las violaciones del art. 3 común. A los hechos confirmados por la sentencia le era de aplicación la *Wartime Offences Act*, la cual fue sustituida en el año 2003 por la *International criminal Act*, por lo que el tribunal afirmó que se tenía que aplicar la primera norma junto con la *Act implementing the UN Torture*. La Corte Suprema confirmó la jurisdicción universal de la *Wartime Offences act* en el caso analizado¹⁶⁹⁶.

Por último, hemos referirnos a otro procedimiento por crímenes de guerra, la causa *Abdullah Faqirzada*, en la que se absolvió al imputado por no haber pruebas suficientes en su contra. Aun así, resulta de vital importancia la asunción de competencia de los tribunales holandeses para conocer en aplicación de la justicia universal de tales hechos punibles¹⁶⁹⁷. Los criterios utilizados son los mismos que los anteriores, es decir, la no prohibición de que

¹⁶⁹⁴ Cfr. W. KALECK. 2009, *loc cit*, pág. 942 y District Court of Rotterdam, 7 de abril 2004.

¹⁶⁹⁵ District Court of The Hague, 14 octubre 2005; cfr. G. METTRAUX. 2006, “Dutch Courts’ Universal Jurisdiction over Violations of Common Article 3 *qua* War Crimes”, en *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 4, pág. 362 a 371.

¹⁶⁹⁶ Hoge Raad der Nederlanden, judgment 8 July 2008.

¹⁶⁹⁷ District Court of the Hague, 25 June 2007; Hague Court Appeal, 16 July 2009 y Hoge Raad der Nederlanden, 8 November 2011.

se asuma jurisdicción universal para otros hechos punibles distintos de las infracciones graves del DIH¹⁶⁹⁸.

2. Países con un sistema de *common law*.

2.1. Reino Unido.

Este Estado se caracteriza por pertenecer a un sistema de *common law*, a diferencia del resto de países analizados que integran el sistema continental. Una característica reseñable del ordenamiento jurídico inglés es la primacía casi absoluta del principio de territorialidad, hasta límites insospechados, ya que prefieren extraditar a sus propios nacionales antes que aplicar títulos jurisdiccionales extraterritoriales¹⁶⁹⁹. De hecho, tradicionalmente este país se ha opuesto al principio de jurisdicción universal y de personalidad pasiva¹⁷⁰⁰. No obstante, existen diversas normas que propugnan la aplicación del título jurisdiccional universal. Por ejemplo, la *Geneve Conventions Act* de 1957, la *Aviation Security Act* de 1982, la *Taking of Hostages Act* de 1982 y la sección 134 de la *Criminal Justice Act* de 1988. En todas estas normas se permite la persecución universal de ciertos hechos punibles, siempre que el responsable se encuentre en el Reino Unido, siendo necesario que la persecución se incite por el *Attorney General* o por el *Director of Public Prosecutor*¹⁷⁰¹.

En relación a la represión de crímenes de guerra hemos de analizar la *War Crimes Act* de 1991 que ha completado a la anterior *Geneva Conventions Act* de 1957 y la *International Criminal Court Act* de 2001, que ha venido a implementar los crímenes internacionales de competencia de la Corte Penal Internacional. Respecto de la *War Crimes Act* de 1991, la misma es de aplicación a los crímenes de guerra cometidos durante la 2ª Guerra Mundial.

¹⁶⁹⁸ Cfr. W. KALECK. 2009, *loc cit*, pág. 943.

¹⁶⁹⁹ Si acudimos a la sección 15 de la *Extradition Act de 1989* podemos observar que se permite la extradición de nacionales aun sin la existencia de tratados internacionales al efecto, con base en principios *ad hoc*.

¹⁷⁰⁰ Cfr. L. REYDAMS. 2003, *loc cit*, pág. 203.

¹⁷⁰¹ *Ibidem*, pág. 204.

En el art. 1.1 se establece que «*Subject to the provisions of this section, proceedings for murder, manslaughter or culpable homicide may be brought against a person in the United Kingdom irrespective of his nationality at the time of the alleged offence if that offence: (a) was committed during the period beginning with 1st September 1939 and ending with 5th June 1945 in a place which at the time was part of Germany or under German occupation; and (b) constituted a violation of the laws and customs of war*». Resulta bastante discutible que el precepto anterior contemple la justicia universal, ya que se limita a unos crímenes de guerra determinados cometidos en un lugar concreto, no siendo indiferente el lugar del *locus delicti*. Además, la nacionalidad del responsable tampoco resulta indiferente, toda vez que en la sección 1.2 de la norma se establece que ningún procedimiento será llevado a cabo en virtud de lo dispuesto en esta norma contra cualquier persona, a menos que ésta fuese a fecha de 8 de marzo de 1990 o llegue a ser ciudadano o residente del reino Unido, de la isla de Man o del canal de islas¹⁷⁰². El ámbito de aplicación de la *War Crimes Act* es muy particular. Por razón del lugar se aplica a los injustos cometidos durante la 2ª Guerra Mundial en territorio bajo ocupación alemana o en la propia Alemania. Por razón de la materia se aplica solo para homicidios y asesinatos que constituyan violaciones graves de las leyes y costumbres de guerra. Por último, la *ratione temporis* está fijada en los injustos cometidos durante la 2ª Guerra Mundial¹⁷⁰³. Todo ello nos conduce a pensar que en realidad no se contempla la justicia universal en esta norma.

La *Geneva Conventions Act* de 1957 viene a suplir las deficiencias de la anterior norma. En la sección 1.1 de la norma antedicha se establece un ámbito de aplicación más amplio. Se aplica a cualquier persona cualquiera que sea su nacionalidad, que dentro o fuera del Reino Unido cometa o ayude a cometer una serie de injustos prohibidos por los Convenios de Ginebra. La norma será de aplicación a las violaciones graves estipuladas en el art. 50 CGI, art. 51 CGII, art. 130 CGIII y art. 147 CGIV. En el año 2009 esta norma fue

¹⁷⁰² Cfr. J.L. RODRÍGUEZ VILLASANTE y PRIETO. 2005, “Legislación comparada...”, *loc cit*, pág. 524 y 525.

¹⁷⁰³ Cfr. L. REYDAMS. 2003, *loc cit*, pág. 205.

enmendada y también es de aplicación a las violaciones graves del Protocolo Adicional I de 1977 a los Convenios de Ginebra, relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales. Ambas normas penales, criminalizadoras de los delitos cometidos en el seno de un conflicto armado no tipifican como hechos punibles los crímenes de guerra cometidos en contiendas armadas domésticas, por lo que la jurisdicción universal no podría aplicarse a los mismas¹⁷⁰⁴.

La segunda norma penal importante es la *International Criminal Court Act* del 2001. En la sección 51 se dispone que serán punibles los crímenes de genocidio, lesa humanidad y crímenes de guerra, ya sean cometidos en el Reino Unido o fuera de éste, siempre que sea por un nacional, por un residente o por una persona sujeta a los servicios de jurisdicción de dicho país¹⁷⁰⁵. Asimismo, en la sección 68 se enumeran los requisitos para que se pueda perseguir a los responsables de los anteriores crímenes, así resultará necesario que el responsable sea residente del Reino Unido y que el comportamiento por el cual se le enjuicia también sea constitutivo de crimen en dicho Estado¹⁷⁰⁶. Teniendo en cuenta las disposiciones analizadas, podemos significar que la justicia universal estaría muy limitada, siendo únicamente de aplicación cuando el responsable fuese extranjero pero residente en el Reino Unido, por lo que toda persona que no ostente dicho estatuto debería ser extraditada a otro Estado o ser entregada a la Corte Penal Internacional para que se pudiese proceder contra ella¹⁷⁰⁷. En suma, para aplicar la justicia universal se requiere un vínculo fuerte con el Estado, en concreto, ser residente; estaríamos ante una justicia universal condicional y territorial.

¹⁷⁰⁴ Cfr. Redress. 1999, *loc cit*, pág. 44.

¹⁷⁰⁵ La sección 51 de la *International Criminal Court Act* 2001 establece que «*It is an offence against the law of England and Wales for a person to commit genocide, a crime against humanity or a war crime. This section applies to acts committed: a) in England or Wales, or b) outside the United Kingdom by a United Kingdom national, a United Kingdom resident or a person subject to UK service jurisdiction*».

¹⁷⁰⁶ La sección 68 de la *international criminal court act* 2011, dispone que «*Proceedings may be brought against such a person in England and Wales or Northern Ireland for a substantive offence under this Part if: a) he is resident in the United Kingdom at the time the proceedings are brought, and, b) the acts in respect of which the proceedings are brought would have constituted that offence if they had been committed in that part of the United Kingdom*».

¹⁷⁰⁷ Cfr. L. REYDAMS. 2003, *loc cit*, pág. 206.

Entre los casos en los que se aplicó la jurisdicción universal para enjuiciar crímenes de guerra, encontramos el caso *Sawoniuk*¹⁷⁰⁸ en aplicación de la *War Crimes Act* 1991, siendo condenado por la violación grave de las leyes y costumbres de guerra. Esta persona cometió diversos delitos (asesinatos de judíos en la Bielorusia ocupada por los nazis, en violación de las leyes y usos de la guerra) durante la 2ª Guerra Mundial y antes del año 1990 ya residía en el Reino Unido, reuniendo por lo tanto los requisitos exigidos por la *War Crimes Act* 1991.

El caso de extradición de *Pinochet* también guarda relación con el principio de justicia universal, ya que ha dado origen a numerosas controversias sobre dicho título jurisdiccional, al intentar juzgarse a un líder mundial que en el momento de los hechos objeto de investigación gozaba de inmunidad. En la resolución de la *House of Lords* de 24 de marzo de 1999, se dejó bien claro por la mayoría de los magistrados que la Convención Internacional contra la tortura de 1984 instauraba un sistema de jurisdicción universal, al ser considerado tal comportamiento como un crimen internacional de carácter *ius cogens*, el cual podía ser perseguido universalmente¹⁷⁰⁹. En la opinión de Lord *Browne-Wilkinson* se afirmó que la Convención contra la tortura de 1984 recogía la regla *aut dedere aut iudicare*, la cual podría dar origen a la justicia universal en el caso de que el responsable se hallase en el territorio y no se procediese a su extradición. Esta posición fue confirmada por los Estados Parte en el borrador de la convención¹⁷¹⁰.

Otra causa relevante sobre aplicación de la jurisdicción universal es el caso *Fayardi Zardad*, líder militar de Afganistán¹⁷¹¹ acusado de cometer

¹⁷⁰⁸ Sentencia disponible en www.icrc.org/IHL-NAT.NSF.

¹⁷⁰⁹ Regina v. and others *ex parte Pinochet*, opinion de LORD BROWNE-WILKINSON que indica «*The jus cogens nature of the international crime of torture justifies states in taking universal jurisdiction over torture wherever committed. International law provides that offences jus cogens may be punished by any state because the offenders are "common enemies of all mankind and all nations have an equal interest in their apprehension and prosecution*»: *Demjanjuk v. Petrovsky* (1985) 603 F. Supp. 1468; 776 F. 2d. 571».

¹⁷¹⁰ Cfr. Doc. UN. E/CN. 4/1984/72, para. 26.

¹⁷¹¹ Cfr. W. KALECK. 2009, *loc cit*, pág. 941.

crímenes de tortura¹⁷¹² y toma de rehenes¹⁷¹³. En ambos casos, la justicia inglesa asumió competencia suficiente para conocer de tales hechos punibles, bien por lo dispuesto en la sección 134 de la *Criminal Justice Act* o por lo establecido en la *Hostage Taking Act*.

2.2. Canadá.

El principio de territorialidad es el criterio primario de competencia de los tribunales canadienses, sin embargo, el mismo no se recoge de manera expresa en el código criminal¹⁷¹⁴. En la sección (7) del referido *criminal code* se regulan determinados supuestos de aplicación extraterritorial de la ley penal canadiense, en concreto, la justicia universal. Hemos de significar que los supuestos contemplados se refieren a delitos internacionales tales como actos terroristas a bordo de aeronaves, contra personal diplomático protegido, contra la seguridad marítima, etc. En todos estos ejemplos es necesario para que los tribunales puedan conocer de los hechos punibles que el responsable se encuentre en territorio canadiense. Una cuestión importante es que en todos los casos de aplicación extraterritorial de la ley penal es indispensable la autorización del *Attorney General* para iniciar un procedimiento penal¹⁷¹⁵.

Aparte de lo antedicho, la jurisdicción universal para crímenes internacionales¹⁷¹⁶ aparece contemplada en la *Genove Conventions Act 1965*. En concreto, en la Sección 3 (1) se dispone «*Every person who, whether within*

¹⁷¹² Central Criminal Court Old Bayley, 7 de abril del 2004, *R. v. Zardad*, judgment and ruling pursuant to a preparatory hearing held under s.29 of the criminal procedure and investigations act 1996.

¹⁷¹³ Central Criminal Court, 5 de octubre del 2004, *R.v. Zardad*, ruling on the taking hostage act 1982.

¹⁷¹⁴ Cfr. L. REYDAMS. 2003, *loc cit*, pág. 119.

¹⁷¹⁵ La sección 7 (7) *criminal code* establece que «*If the accused is not a Canadian citizen, no proceedings in respect of which courts have jurisdiction by virtue of this section shall be continued unless the consent of the Attorney General of Canada is obtained not later than eight days after the proceedings are commenced*»; cfr. L. REYDAMS. 2003, *loc cit*, pág. 120.

¹⁷¹⁶ Para un estudio más pormenorizado, cfr. los artículos de A. PIGRAÚ SOLÉ. 2007, “La persecución de los criminales de guerra en Canadá: De Rauca a Munyaneza”, en *Revista Española de Derecho Militar*, Vol. 89, pág. 89 a 162 y, H. TORROJA MATEU. 2006, “La competencia de la jurisdicción canadiense en materia de crímenes de derecho internacional: El trayecto hacia un refugio inseguro”, en *Revista Electrónica española de derecho internacional*, núm. 11.

or outside Canada, commits a grave breach referred to in Article 50 of Schedule I, Article 51 of Schedule II, Article 130 of Schedule III, Article 147 of Schedule IV or Article 11 or 85 of Schedule V is guilty of an indictable offence, and (a) if the grave breach causes the death of any person, is liable to imprisonment for life; and (b) in any other case, is liable to imprisonment for a term not exceeding fourteen years». Posteriormente, esta norma fue enmendada en el año 1991 para dar cobertura también a los Protocolos Adicionales de los Convenios de Ginebra (PAI y PAII). Resulta llamativo mencionar la sección 3 (3) de la referida norma penal, toda vez que en la misma se establece que aquella persona sospechosa de haber cometido uno de los crímenes de la subsección (1), puede ser objeto de un proceso penal, ya esté o no la persona en el Canadá. Como puede apreciarse la cláusula de jurisdicción universal es muy amplia, ya que no vincula el inicio del proceso a la presencia del responsable en el territorio canadiense¹⁷¹⁷, cosa que sí se requiere en el *criminal code*. De cualquier forma, la incitación del *Attorney general* es imprescindible para que conozcan los tribunales canadienses.

Por último, hemos de referirnos a la *Crimes Against Humanity and War Crimes Act 2000*, norma que implementó en el ordenamiento canadiense el Estatuto de la CPI. En la Sección 6 (1) se establece que «*Every person who, either before or after the coming into force of this section, commits outside of Canada: genocide, crimes against humanity and war crimes, is guilty of an indictable offence and may be prosecuted for that offence in accordance with section 8*». En la Sección 8 (b) se dispone que «*a person who is alleged to have committed an offence under section 6 or 7 may be prosecuted for that offence if . . . after the time of the offence is alleged to have been committed, the person is present in Canada*». Ahora, en la nueva normativa sí se exige la presencia del responsable en el territorio del Canadá. Conviene reseñar que el *Criminal Code* canadiense tuvo que ser reformado en el año 1987 para poder perseguirse a ciertos criminales de guerra, puesto que la *Crimes Against Humanity and*

¹⁷¹⁷ Cfr. L. REYDAMS. 2003, *loc cit*, pág. 121.

War Crimes Act del año 2000 todavía no estaba en vigor¹⁷¹⁸. Esta nueva norma penal sustituye a la anterior *Genove Conventions Act*. La jurisdicción universal contemplada actualmente es territorial, al exigirse la presencia del responsable y la incitación del *Attorney General*.

Entre las causas seguidas en Canadá respecto de criminales de guerra, podemos citar el caso *Rauca*, quien acabó siendo extraditado a la República Federal alemana. El caso *Finta*, quién fue juzgado por crímenes de guerra y crímenes contra la humanidad a causa de la reforma llevada a cabo en el Código Penal canadiense, siendo absuelto por la High Court of Ontario el 25 de mayo de 1990. Por último, el caso *Munyaneza*, quien ha sido juzgado por la *Crimes Against Humanity and War Crimes Act del año 2000* por delitos de crímenes de guerra (pillaje), genocidio y crímenes contra la humanidad (asesinato y violencia sexual), siendo condenado mediante la sentencia de 29 de octubre del 2009, de la Cour Superieure de la Provincia de Quebec en Canadá. Posteriormente, esta sentencia fue confirmada por la de fecha 22 de mayo del 2009, de la Superior Court of Quebec. En esta última sentencia se afirmó que «*In contrast to all Canadian laws that punish offences committed on Canadian territory, the Act provides that a person who has committed abroad a crime of genocide, a crime against humanity or a war crime can be prosecuted in Canada if he or she resides here*»¹⁷¹⁹. De lo anterior se deduce claramente el principio de jurisdicción universal, siempre que el presunto responsable resida en territorio canadiense.

¹⁷¹⁸ Art. 6 del Código Penal canadiense del año 1987: «*Notwithstanding anything in this Act or any other Act, every person who, either before or after the coming into force of this subsection, commits and act or omission of Canada that constitutes a war crime or a crime against the humanity and that, if committed in Canada, would constitute an offence against the laws of Canada in force at the time of the act or omission shall be deemed to have committed that act or omission in Canada at that time if: a) at the time of the act or omission: that person is a Canadian citizen or is employed in a civilian or military capacity; that person is a citizen of, or is employed in a civilian or military capacity by, a state that is engaged in an armed conflict against Canada or; he is a victim of the act or omission or is a Canadian citizen or a citizen of the state that is allied with Canada in an armed conflict or; b) at the time of the act or omission, Canada could, in conformity with international law, exercise jurisdiction over the person with respect to the act or omission on the basis of the person's presence in Canada and, subsequent to the time of the act or omission the person is present in Canada (...)*».

¹⁷¹⁹ Sentencia de fecha 22 de mayo de 2009, de la Corte Superior de Quebec, párr. 65.

2.3. *Australia.*

Las principales normas que tratan sobre la persecución universal de criminales de guerra son la *War Crimes Act 1945* y la *Genove Conventions Act 1957*. En relación a la *War Crimes Act 1945*, lo más llamativo de la misma es que sólo es de aplicación a ciudadanos australianos o residentes en Australia o en territorios externos del país¹⁷²⁰, por lo que podría confundirse aquí el principio de justicia universal con el de personalidad activa o pasiva, al igual que sucedía en el Reino Unido. Asimismo, esta norma sólo se aplica para determinados crímenes cometidos en un período de tiempo concreto. Así, en la Sección 9 se dispone que «*War crime to be indictable offence (1) A person who: (a) on or after 1 September 1939 and on or before 8 May 1945; and (b) whether as an individual or as a member of an organisation; committed a war crime is guilty of an indictable offence against this Act*». Lo anterior determina una evidente limitación en la persecución de criminales de guerra, al restringirse la misma a un espacio temporal muy delimitado. Esto podría justificarse por el hecho de que dicha norma surge para enjuiciar a los criminales de la 2ª Guerra Mundial que se encontraban en territorio australiano. Esta norma fue enmendada por la *War Crimes amendment Act 1988*. La nueva norma seguía manteniendo el criterio de aplicarse únicamente a ciudadanos australianos o residentes en Australia, pero ahora no era necesario que en el momento de la comisión del crimen tuvieran tal nacionalidad o residieran en dicho país. Se puede afirmar que esta normativa australiana es muy restrictiva en cuanto a la aplicación del principio de justicia universal.

En cuanto a la *Genove Conventions Act 1957*, que fue enmendada en el año 1991, puede decirse que la misma regula el principio de justicia universal. En la Sección 7 se establece que «*A person who, in Australia or elsewhere, commits, or aids, abets or procures the commission by another person of, a grave breach of any of the Conventions or of Protocol I is guilty of an*

¹⁷²⁰ Section 11 Only Australian citizens or residents to be prosecuted: *A person shall not be charged with an offence against this Act unless he or she is: (a) an Australian citizen; or (b) a resident of Australia or of an external Territory;* en War Crimes Act 1945.

*indictable offence. (2) [list of grave breaches omitted] (3) This section applies to persons regardless of their nationality or citizenship*¹⁷²¹». En cualquier caso es necesaria la incitación del *Attorney General* para iniciar un proceso penal, por lo que la discrecionalidad del fiscal puede suponer un obstáculo para el proceso. Al igual que otros Estados el gobierno australiano decidió aprobar una norma penal que implementase el Estatuto de la CPI en su legislación, así surge la *International Criminal Court Act 2002*, la cual conllevó una modificación del *Criminal Code* incorporando los crímenes de genocidio, lesa humanidad y crímenes de guerra como hechos susceptibles de persecución universal. No se requiere la residencia del responsable en Australia, sino su mera presencia.

Sobre las causas más llamativas seguidas en Australia podemos citar el caso *Polyukhovich*, en aplicación de la *War Crimes Act 1945*, enmendada en el año 1988. En dicha sentencia el Juez BRENNAN manifestó que «*The Act discharges an international obligation or meets an international concern that persons alleged to be guilty of war crimes and crimes against humanity be sought out, brought to trial and upon conviction, punished, irrespective of the place where the crime was committed or where the alleged offender is found and irrespective of the citizenship or residence of the alleged offender or the victim*¹⁷²²». Del extracto de la sentencia citada, se deduce claramente el principio de justicia universal, al expresarse que las obligaciones internacionales deben llevarse a cabo sobre personas responsables de crímenes de guerra, sin tener en cuenta la ciudadanía o residencia del culpable o la víctima.

2.4. Estados Unidos.

La legislación penal de los EE.UU es compleja, al existir un código penal federal conjunto para todos los estados federados de Norteamérica y posteriormente un código penal específico de cada estado federado. Nosotros

¹⁷²¹ Cfr. L. REYDAMS. 2003, *loc cit*, pág. 87.

¹⁷²² *Polyukhovitch v. Commonwealth* (1991) 172 CLR 501 High Court of Australia.

centraremos la atención en el código penal federal, el cual podemos adelantar que no dice nada al respecto sobre el ámbito de aplicación de la ley penal. Empero lo manifestado, la jurisprudencia de la Corte Suprema de los EE.UU. es constante en afirmar que el principio de territorialidad es el criterio principal en derecho penal¹⁷²³. Dicho lo anterior, hemos de significar que la evolución acaecida en torno al férreo criterio de territorialidad ha cambiado. Se han aprobado normas que permiten una aplicación extraterritorial de la ley penal norteamericana si los intereses de tal Estado pueden verse perjudicados, pudiéndose aplicar el principio de personalidad pasiva o el de protección¹⁷²⁴. Incluso, para ciertos ilícitos penales puede aplicarse el título jurisdiccional universal en virtud del *iudex apprehensionis*.

Acudiendo al *United States Code* (en adelante, USC), podemos observar varias disposiciones en las que se deduce un título jurisdiccional universal¹⁷²⁵, sin perjuicio de considerar que el criterio principal es el de territorialidad, según se desprende del 18 USC §7 “*special maritime and territorial jurisdiction of the United States*”. Por ejemplo, en relación al crimen internacional de genocidio, el 18 USC §1091¹⁷²⁶ establece que los tribunales tendrán competencia sobre el mismo, dando igual el lugar de comisión del crimen siempre que el presunto responsable se encuentre en los EE.UU. El crimen de toma de rehenes, regulado en el 18 USC § 1203¹⁷²⁷ establece que el crimen de toma de rehenes (en referencia a los hechos punibles regulados en el Convenio de Nueva York de 1984) no será punible bajo dicha sección si el

¹⁷²³ Cfr. *The Apollon*, 824, 9 Wheat (US) 361, 370 y *American banana Co v. United Fruit Co* 213 US 347 (1909) 365.

¹⁷²⁴ Cfr. C. L. BLAKESLEY. 1982, “United States jurisdiction over extraterritorial crime, en *Journal crime law and criminology*, Vol. 73, pág. 1109 y G.R. WATSON. 1993, “The passive personality principle”, en *Texas International Law Journal*, Vol. 28.

¹⁷²⁵ Cfr. C. A. BRADLEY. 2001, “Universal Jurisdiction and U.S. Law”, en *The University Chicago Legal Forum*, pág. 327 y 328; cfr. E. C. VIANO. 2008, “Informes Nacionales: United States of America”, en *Revista Internacional de Derecho Penal*, Vol. 79, pág. 427.

¹⁷²⁶ 18 USC § 1091 Genocide: «*There is jurisdiction over the offenses described in subsections (a), (c), and (d) if (1) the offense is committed in whole or in part within the United States; or (2) regardless of where the offense is committed, the alleged offender is: (D) present in the United States*».

¹⁷²⁷ 18 USC § 1203 Hostage Taking: «*(1) It is not an offense under this section if the conduct required for the offense occurred outside the United States unless: (A) the offender or the person seized or detained is a national of the United States; (B) the offender is found in the United States*».

hecho punible ocurre fuera de los EE.UU, salvo que el presunto responsable se encuentre en este país. Con respecto al crimen de tortura el 18 USC § 2340A¹⁷²⁸ establece que habrá jurisdicción para si el presunto responsable es nacional de los EE.UU (personalidad activa) o éste se encuentra presente en el país, dando igual la nacionalidad de la víctima o del responsable.

En relación a los crímenes de guerra podemos observar una regulación un tanto distinta dependiendo de la sección a la cual acudamos. Ciertamente, en el 18 USC §2441¹⁷²⁹ se dispone que cualquiera, ya sea dentro de los EE.UU o fuera de dicho Estado, que cometa un crimen de guerra en las circunstancias referidas en la subsección b), será castigado por tales hechos. Las características mencionadas de la subsección b) es que el responsable del crimen de guerra o la víctima han de pertenecer a las Fuerzas Armadas de los EE.UU. De lo anterior se deduce que en realidad no existe una jurisdicción universal para los crímenes de guerra en la legislación norteamericana¹⁷³⁰, tal y como se deriva de los Convenios de Ginebra, actuando de manera contraria a como lo han hecho el resto de Estados con un sistema de *common law* (Reino Unido, Australia o Canadá)¹⁷³¹. Sin embargo, de forma totalmente contradictoria, con respecto al crimen de guerra consistente en el reclutamiento de menores de 15 años de edad para fines bélicos se indica en el 18 USC §2442¹⁷³² que hay jurisdicción sobre dicho crimen si el responsable es nacional

¹⁷²⁸ 18 USC § 2340A Torture: «(b) Jurisdiction: There is jurisdiction over the activity prohibited in subsection (a) if: (1) the alleged offender is a national of the United States; or (2) the alleged offender is present in the United States, irrespective of the nationality of the victim or alleged offender».

¹⁷²⁹ 18 USC §2441 War Crimes: «a) Offense: Whoever, whether inside or outside the United States, commits a war crime, in any of the circumstances described in subsection (b), shall be fined under this title or imprisoned for life or any term of years, or both, and if death results to the victim, shall also be subject to the penalty of death”; (b) Circumstances: The circumstances referred to in subsection (a) are that the person committing such war crime or the victim of such war crime is a member of the Armed Forces of the United States or a national of the United States (as defined in section 101 of the Immigration and Nationality Act)».

¹⁷³⁰ Cfr. C. A. BRADLEY. 2001, *loc cit*, pág. 328.

¹⁷³¹ Cfr. L. REYDAMS. 2003, *loc cit*, pág. 214.

¹⁷³² 18 USC § 2442 War Crimes (recruitment or use of child soldiers): «(c) Jurisdiction: There is jurisdiction over an offense described in subsection (a), and any attempt or conspiracy to commit such offense, if: (1) the alleged offender is a national of the United States (as defined in section 101(a)(22) of the Immigration and Nationality Act (8 U.S.C. 1101(a)(22))) or an alien lawfully admitted for permanent residence in the United States (as defined in section

de los EE.UU (personalidad activa), el hecho ocurre en su totalidad o en parte en los EE.UU (territorialidad) e incluso si el presunto responsable se encuentra en el país con independencia de su nacionalidad. En este caso sí se contempla una jurisdicción universal en virtud del *iudex apprehensionis*. Llegados a este punto, huelga afirmar que la legislación norteamericana sobre crímenes de guerra no está regulada acorde con lo dispuesto en los Convenios de Ginebra, los cuales instauran una jurisdicción universal absoluta, y como mínimo, territorial con base en el *iudex apprehensionis*. Resulta incoherente que en relación a otros crímenes internacionales sí se contemple una jurisdicción universal, y sobre los crímenes de guerra no se desarrolle el mismo criterio de competencia, a excepción del reclutamiento de niños menores de 15 años para fines bélicos.

Con independencia de la normativa expuesta anteriormente, considero oportuno efectuar una breve referencia a las comisiones militares (*military commissions*) instauradas en los EE.UU., ya que éstas tienen una jurisdicción extraterritorial que podría asemejarse a la universal, al poder juzgarse a extranjeros por hechos cometidos fuera de los EE.UU contra personas no nacionales, en concreto, aliados de los EE.UU. Si bien es cierto que estas comisiones militares pudieran aplicar el principio de beligerancia, no es menos cierto que este principio ha podido ser desplazado por el de jurisdicción universal, en relación a las infracciones graves del DIH. Así, el 10 USC §948B¹⁷³³ establece que las comisiones militares podrán juzgar las violaciones de las leyes de la guerra cometidas por extranjeros que no sean considerados ni prisioneros de guerra ni población civil (*alien unprivileged enemy belligerents*). Dichas comisiones militares solamente exigen dos requisitos básicos para establecer su competencia, uno personal: la condición “ilegítima” del responsable al no ostentar el *status* de prisionero de guerra o población civil; y

101(a)(20) of such Act (8 U.S.C. 1101(a)(20)); ^[1]: (2)the alleged offender is a stateless person whose habitual residence is in the United States; (3)the alleged offender is present in the United States, irrespective of the nationality of the alleged offender; or (4)the offense occurs in whole or in part within the United States».

¹⁷³³ 10 USC §948B Military Commissions Generally: «Purpose: This chapter establishes procedures governing the use of military commissions to try alien unprivileged enemy belligerents for violations of the law of war and other offenses triable by military commission».

una material: la naturaleza del hecho punible, entre las que encontramos, las violaciones de las leyes de la guerra, incluidas las infracciones graves del DIH¹⁷³⁴.

Así pues, nos encontramos ante una jurisdicción extraterritorial semejante a la universal, pero que no puede considerarse como tal, ya que están limitadas las personas que pueden ser objeto de dichos procesos “judiciales”¹⁷³⁵. En el supuesto de que no se realizase esta limitación *ratione personae*, la semejanza de ésta jurisdicción con la universal para crímenes de guerra sería relevante, llegando incluso a no poder diferenciarse la una de la otra. De cualquier forma y tal como se regulan en la actualidad estas comisiones militares por su competencia, fuera de la extraterritorialidad que supone su jurisdicción, la misma no puede considerarse universal. Antes de abordar las causas seguidas en los EE.UU en aplicación del título jurisdiccional universal, hemos de reseñar la importante labor de la *American Law Institute*, la cual a través de su *Restatement of the foreign relations law of the United States (1986)*¹⁷³⁶ amplía los supuestos de aplicación de la jurisdicción universal más allá del delito de piratería, como por ejemplo a los crímenes de guerra, genocidio, ataques o secuestros de aeronaves y ciertos actos de terrorismo¹⁷³⁷. Dicha resolución fue citada en dos causas que trataremos, de ahí su importancia.

¹⁷³⁴ Cfr. Manual for Military Commissions of United States. 2010 Edition, pág. II-14; el 10 USC §948D Jurisdiction of Military Commissions: «A military commission under this chapter shall have jurisdiction to try persons subject to this chapter for any offense made punishable by this chapter, sections 904 and 906 of this title (articles 104 and 106 of the Uniform Code of Military Justice), or the law of war, whether such offense was committed before, on, or after September 11, 2001, and may, under such limitations as the President may prescribe, adjudge any punishment not forbidden by this chapter, including the penalty of death when specifically authorized under this chapter. A military commission is a competent tribunal to make a finding sufficient for jurisdiction».

¹⁷³⁵ Cfr. D. FLECK. 2009, “Shortcomings of...”, *loc cit*, pág. 850.

¹⁷³⁶ Restatement of the foreign relations law of the United States, Section §404: «A state has jurisdiction to define and prescribe punishment for certain offenses recognized by the community of nations as of universal concern, such as piracy, slave trade, attacks on or hijacking of aircraft, genocide, war crimes, and perhaps certain acts of terrorism, even where none of the bases of jurisdiction indicated in § 402 is present».

¹⁷³⁷ Cfr. L. REYDAMS. 2003, *loc cit*, pág. 213; cfr. E. C. VIANO. 2008, *loc cit*, pág. 424.

Centrándonos en los casos en los que se ha aplicado la jurisdicción universal o se ha analizado la misma, encontramos el proceso de extradición de *John Demjanjuk*¹⁷³⁸ por crímenes de guerra cometidos durante la 2ª Guerra Mundial contra el pueblo judío. Aquí los tribunales norteamericanos debían valorar si los hechos por los cuales Israel solicitaba la extradición de tal persona eran constitutivos de delito y en su caso si Israel tenía jurisdicción para conocer de los mismos, ya que en caso contrario no podría concederse la extradición. Al respecto, la Corte de Distrito de Ohio indicó que los crímenes por los cuales se solicitaba la extradición eran punibles, tanto por la ley israelí como por la norteamericana. El Estado de Israel podía conocer de los crímenes mediante la jurisdicción universal, toda vez que a causa de su naturaleza es irrelevante la nacionalidad del responsable o de la víctima, así como el lugar en el cual se cometieron, al tratarse de una ofensa contra la comunidad internacional. Además de Israel cualquier otro Estado podría haber ejercido su derecho a juzgar estos hechos punibles¹⁷³⁹. A la vista de lo manifestado por el tribunal no podría albergarse duda alguna sobre la universalidad de persecución de los crímenes de guerra, particularmente, las infracciones graves del DIH, con independencia de la presencia del responsable en el territorio, ya que los tribunales israelíes mediante la figura de la extradición solicitaron la presencia de aquél ante sus autoridades.

En el caso *Yunis*¹⁷⁴⁰ y *Yousef*¹⁷⁴¹ los tribunales norteamericanos también plantearon el principio de jurisdicción universal como título jurisdiccional apto para conocer determinados actos prohibidos por el

¹⁷³⁸ Cfr. 612 F.Supp. 544 (D.C. Ohio 1985) y *Demjanjuk v. Petrovsky*, 776 F.2d 571 (1985) appeal judgment.

¹⁷³⁹ Cfr. *Ibidem*, section “*Israel Jurisdiction*: “—sobre los crímenes de guerra y de lesa humanidad, el tribunal indicó que: *The international community has determined that these offenses are crimes over which universal jurisdiction exists*”. Hemos de significar que en el caso que nos ocupa el Estado de Israel alegó diversos títulos de jurisdicción para ser competente de los crímenes de guerra en cuestión, tales como el de personalidad pasiva o el de protección, todos ellos válidos en derecho internacional y aplicables al supuesto concreto.

¹⁷⁴⁰ *United States v. Yunis* 681 F.Supp. 896 (D.D.C.).

¹⁷⁴¹ *United States v. Yousef* 927 F.Supp. 673 (S.D.N.Y. 1996), hemos de significar que en esta causa los tribunales norteamericanos terminaron declinando cualquier tipo de aplicación del principio de jurisdicción universal, al considerar que los actos de terrorismo, a causa de su indefinición global no podían ser reprimidos universalmente; cfr. ANTHONY J. COLANGELO. 2005, “The new universal jurisdiction: *in absentia*...”, *loc cit*, pág. 595 y ss.

Convenio de la Haya de 1970 de apoderamiento ilícito de aeronaves y el Convenio de Montreal de 1971 para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de la aviación civil. En el caso *Yunis* se afirmó que los EE.UU podrían aplicar la jurisdicción universal ya que los actos cometidos eran muy graves y punibles, por lo que cualquier Estado que capturase al responsable podría juzgarle en nombre de la comunidad internacional con independencia de la nacionalidad de la víctima, del autor o del lugar de comisión del hecho punible. En los casos referidos hemos de significar que también se defendió la posibilidad de aplicar el principio de personalidad pasiva al haber víctimas norteamericanas.

CAPÍTULO ONCE: EL TÍTULO JURISDICCIONAL UNIVERSAL EN EL DERECHO ESPAÑOL.

1. Orígenes.

1.1. Ley del año 1870 del Poder Judicial.

En la Ley provisional sobre Organización del Poder Judicial, de 15 de septiembre de 1870, se enunciaban una serie de hechos punibles que podían ser perseguidos extraterritorialmente, pudiendo confundirse, en ciertos casos, el principio de protección con el de jurisdicción universal como títulos jurisdiccionales susceptibles de aplicación al efecto¹⁷⁴². De cualquier forma, podemos sostener que esta ley contemplaba la jurisdicción universal atendiendo a la naturaleza y gravedad de algunos delitos que podían ser juzgados por nuestros tribunales¹⁷⁴³. Así pues, en el art. 336 se establecía que los tribunales del Reino juzgarían a los españoles o extranjeros, que fuera del territorio nacional, hubiesen cometido alguno de los siguientes delitos, entre los que se encontraban una serie de delitos que afectaban a los intereses nacionales, tales como la falsificación de billetes de banco, de firmas de ministros, de sellos públicos, delito de rebelión, de lesa Majestad o delitos contra la seguridad exterior del Estado. La remisión que efectuó esta ley a los delitos contra la seguridad exterior del Estado (Título I del Código Penal del año 1944) es vital, toda vez que podemos encontrar, dentro de estos delitos, el delito de piratería *ex art.* 138, el delito contra el derecho de gentes *ex art.* 137 e incluso, mediante la Ley 44/1971, de 15 de noviembre, el delito de genocidio *ex art.* 138bis¹⁷⁴⁴. Estos ilícitos penales no atentaban contra la seguridad u orden interno del Estado español en todos los supuestos. Podían concurrir

¹⁷⁴² Cfr. J. ANTÓN ONECA. 1986, *loc cit*, pág. 138 y ss.

¹⁷⁴³ Cfr. M. OLLÉ SESÉ. 2008, “Justicia Universal...”, *loc cit*, pág. 355 y 356, este autor menciona incluso como antecedentes más remotos de la justicia universal dentro de nuestro ordenamiento jurídico, las Siete Partidas (1265). Hemos de reseñar que para ANTÓN ONECA la jurisdicción universal estaba fundamentada en el *iudex apprehensionis* así como en la instauración de determinados tribunales internacionales (posible confusión con la justicia penal internacional), cfr. J. ANTÓN ONECA. 1986, *loc cit*, pág. 140 a 143 y; cfr. E. CUELLO CALÓN. 1980, *loc cit*, pág. 255.

¹⁷⁴⁴ Cfr. E. CUELLO CALÓN. 1980, *loc cit*, pág. 257.

situaciones en las que se atentaba contra la comunidad internacional, siendo por ello delitos de carácter universal que atraían perfectamente la jurisdicción cosmopolita, con indiferencia del lugar de comisión del mismo o la nacionalidad de las víctimas o responsables penales. La única limitación jurisdiccional configurada fue que estos hechos punibles no podrían ser perseguidos si los responsables habían sido absueltos, indultados o condenados con anterioridad en el extranjero, efectuándose así un reconocimiento al principio de cosa juzgada¹⁷⁴⁵. En suma, la confusión entre el principio de justicia universal y el de protección de intereses parece evidente. Aun así, los términos de la ley posibilitaban la aplicación de la justicia universal para perseguir actos de piratería y genocidio.

Asimismo, el art. 338 de la ley de 1870 establecía los supuestos en los que se aplicaba el art. 336, particularmente, cuando el extranjero fuese aprehendido en el territorio español o se obtuviera su extradición. Esto denota la importancia de la extradición a la hora de evitar la impunidad de determinados delitos, incluso, en el momento en que se aprobó esta ley. Resulta interesante ver que el legislador introdujo la necesidad de la presencia del responsable en el territorio, aunque no en términos absolutos, al preverse la posibilidad de obtener su presencia mediante la extradición. Como conclusión, en el art. 346 se disponía que lo manifestado en relación a la comisión de delitos en el extranjero se entendía sin perjuicio de lo dispuesto en los tratados internacionales en los que España fuese parte o que celebrasen en el futuro. Este precepto podría consistir en una cláusula de salvaguarda del derecho internacional, ya que no se impedía que en virtud de instrumentos internacionales los tribunales españoles conociesen de cualquier otro tipo de delitos, con independencia del lugar de comisión del mismo o nacionalidad de los responsables. Esta cláusula será posteriormente reproducida en la actual LOPJ, de ahí su importancia.

¹⁷⁴⁵ M. OLLÉ SESÉ. 2008, “Justicia Universal...”, *loc cit*, pág. 357.

1.2. Código de Justicia Militar del año 1945.

Si en el apartado anterior pudimos observar que el principio de justicia universal no se encontraba plenamente incorporado en nuestro ordenamiento jurídico, con la aprobación del Código de Justicia Militar (en adelante, CJM) desde mi punto de vista, se produce la incorporación del mismo. El art. 17 del CJM disponía que *«Serán juzgados en España por la jurisdicción militar los españoles o extranjeros que cometieran en país extranjero un delito de los comprendidos en este Código o en otras leyes penales militares, si fueran aprehendidos en territorios o zonas marítimas o aéreas de Soberanía o Protectorado españoles...Lo preceptuado en este artículo se entenderá sin perjuicio de los Tratados vigentes o que, en lo sucesivo, se concierten con otros Estados»*. Este precepto concuerda con lo que hemos denominado jurisdicción universal territorial, ya que para que conociesen los tribunales militares españoles era necesario que el presunto responsable fuese hallado en nuestro territorio¹⁷⁴⁶. En ningún momento se exigía vínculo o nexo alguno para que los tribunales militares españoles conociesen del hecho punible, todo lo contrario, nuestros tribunales podían enjuiciar a un extranjero por hechos cometidos fuera del territorio nacional, el único requisito que se requería era que el hecho punible estuviese tipificado en el CJM o en otra ley penal militar. Si bien es cierto que el art. 17 del CJM constituye un claro ejemplo de extraterritorialidad de la ley penal, no es menos cierto que, en puridad, tampoco podría servirnos como un ejemplo manifiesto de jurisdicción universal, ya que a través de este principio se persiguen los delitos más graves que lesionan o ponen en peligro bienes jurídicos del orden internacional y no los meros ilícitos penales militares, los cuales, la mayoría de ellos, no atentan contra aquélla, al estar destinados a proteger la disciplina, jerarquía y subordinación en los Ejércitos.

¹⁷⁴⁶ Cfr. C. LAMARCA PÉREZ. 2001, “La competencia por terrorismo en los casos de Argentina y Chile”, en *El Principio de Justicia Universal*, Madrid: Colex, pág. 86.

El art. 17 del CJM podría ser un ejemplo del uso indebido de este título jurisdiccional¹⁷⁴⁷, ya que la jurisdicción militar tenía la facultad de juzgar determinados hechos punibles sobre los que no existía ningún instrumento internacional que contemplase dicha posibilidad. En definitiva, mediante vía legislativa se confirió tal potestad. En realidad, la finalidad de este precepto debemos circunscribirla a la época convulsa y colonial de mediados del siglo XX. En este período de tiempo, nuestras Fuerzas Armadas se encontraban desplegadas en territorios “coloniales” o bajo Protectorado español, de ahí que el legislador entendiese oportuno que los tribunales militares españoles pudiesen conocer de ciertos delitos que afectasen a nuestros militares. Dicho esto, una interpretación teleológica podría conducirnos a considerar este título jurisdiccional como el de protección de intereses más que el de universalidad. Empero lo anterior, dentro del CJM se tipificaban también determinadas conductas que perfectamente podrían ser consideradas actualmente como crímenes de guerra, e incluso, como infracciones graves del DIH¹⁷⁴⁸, estando sujetas al sistema de eficacia de los Convenios de Ginebra de 1949, es decir, a la justicia universal. Así pues, la interpretación correcta que deberíamos dar a este precepto debería tener como fundamento principal el delito que se pretendiese juzgar. Si el mismo no perjudicaba o ponía en peligro bienes jurídicos del orden internacional, el título jurisdiccional sería el de protección de intereses. Sin embargo, si el hecho punible perjudicaba o ponía en peligro bienes jurídicos del orden internacional, sí podría entrar en juego la justicia universal¹⁷⁴⁹.

Por último, al igual que sucedió en la ley de 1870 se incorporó en el art. 17 del CJM una cláusula de primacía del derecho internacional sobre el

¹⁷⁴⁷ Cfr. F. DE QUEROL Y DURÁN. 1946, “*Principios de derecho militar español con arreglo al Código de Justicia Militar de 17 de julio de 1945*”, Madrid: Editorial Naval.

¹⁷⁴⁸ En los art. 279 a 285 se tipificaban los delitos contra el derecho de gentes, devastación y saqueo, incluyéndose en los mismos algunos comportamientos que podrían ser considerados como crímenes de guerra.

¹⁷⁴⁹ Debemos recordar que mediante la Ley 42/1971 de 15 de noviembre, se tipificó en el art. 294 bis del CJM el delito de “Terrorismo”, pudiendo por lo tanto el mismo ser perseguido universalmente, mediante el art. 17 del referido CJM, no olvidando que dicho hecho punible actualmente sí podría ser considerado como un delito internacional; cfr. C. LAMARCA PÉREZ. 1985. “Tratamiento Jurídico...”, *loc cit*, pág. 147; cfr. M^a. D. BOLLO AROCENA. 2004, *loc cit*, pág. 415.

doméstico, al utilizarse el término «*sin perjuicio de los Tratados vigentes o que, en lo sucesivo, se concierten con otros Estados*», lo que significó que lo dispuesto en los instrumentos internacionales no se viera afectado por esta disposición legal. Esta cláusula de vital importancia será repetida posteriormente en la nueva modificación del art. 23.4 de la LOPJ, llevada a cabo por la Ley Orgánica 1/2009, de 3 de noviembre.

2. Régimen actual.

2.1. Ley Orgánica del Poder Judicial del año 1985.

Constituido el Estado español como un estado democrático de derecho a través de la promulgación de la CE de 1978 y efectuándose por lo tanto la ratificación de numerosos instrumentos internacionales, cuya finalidad primordial era proteger determinados derechos humanos, era obligatorio cambiar el sistema de competencia universal que tenían atribuidos nuestros tribunales, ya fuesen ordinarios o militares. En este contexto, se promulgó la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, en cuyo art. 23.4 se establecía el régimen de competencia universal sobre determinados hechos punibles¹⁷⁵⁰. Tal precepto establecía que «*Igualmente será competente la jurisdicción española para conocer de los hechos cometidos por españoles o extranjeros fuera del territorio nacional susceptibles de tipificarse, según la ley penal española, como alguno de los siguientes delitos: genocidio, terrorismo, piratería y apoderamiento ilícito de aeronaves, falsificación de moneda extranjera, los relativos a la prostitución y tráfico ilegal de drogas psicotrópicas, tóxicas y estupefacientes, así como cualquier otro que según los tratados o convenios internacionales deba ser perseguido en España*». El precepto referido ha sido objeto de varias reformas legislativas, a fin de poder perseguirse universalmente nuevos hechos punibles, incorporándose los delitos

¹⁷⁵⁰ Cfr. V. GIMENO SENDRA. 2004, *loc cit*, pág. 118; B. GARCÍA SÁNCHEZ. 2004, “Los límites a la ley penal...”, *loc cit*, pág. 124; A. PIGRAU SOLÉ. 2009, “La Jurisdicción Universal...”, *loc cit*, pág. 87 y ss.

de mutilación genital femenina, tráfico ilegal o inmigración clandestina de personas sean o no trabajadores, y corrupción de menores¹⁷⁵¹.

La base principal sobre la que han girado las modificaciones efectuadas en el principio de justicia universal no ha sido otra que tipificar injustos que afectan a la comunidad internacional¹⁷⁵², a fin de dar el debido cumplimiento a los instrumentos internacionales que vinculan a nuestro Estado. Como objeción al respecto, podemos significar que en ciertas ocasiones se han incluido delitos cuyo bien jurídico no pertenece a la comunidad internacional, como sucedió con la mutilación genital femenina. Este hecho es discutible al no afectar a la comunidad internacional dicho injusto. En cualquier caso, el art. 23.4 de la LOPJ (en su versión originaria), como bien manifestó GIMENO SENDRA, establecía dos grupos de delitos que podía ser perseguidos universalmente. En primer lugar, aquellos que por la propia naturaleza del hecho punible eran de inmediata y directa competencia extraterritorial, con la única limitación de que el responsable no hubiese sido absuelto, indultado o penado en el extranjero. En segundo lugar, aquellos ilícitos que podían llegar a ser perseguidos universalmente por la ratificación de algún instrumento internacional¹⁷⁵³, entre los que evidentemente estarían incluidas las infracciones graves del DIH previstas en los Convenios de Ginebra de 1949 y en su Protocolo Adicional I de 1977.

Como puede apreciarse, uno de los apartados más relevantes se encontraba ubicado al final, al disponerse que *cualquier otro* (se refiere a cualquier otro delito) *que según los tratados o convenios internacionales deba ser perseguido en España*, toda vez que el mismo servía como una especie de

¹⁷⁵¹ Mediante diversas leyes orgánicas se modificó el citado art. 23.4 de la LOPJ, entre otras Ley Orgánica 11/1999 de 30 de abril, Ley Orgánica 3/2005, de 8 de julio, Ley Orgánica 13/2007, de 19 de noviembre y Ley Orgánica 1/2009, de 3 de noviembre, que enmendó la redacción dada al precepto mencionado constituyendo la nueva redacción vigente.

¹⁷⁵² Si observamos el Preámbulo de la Ley Orgánica 13/2007, de 19 de noviembre, podemos apreciar que en el mismo se indicó que el art. 23.4 de la LOPJ contemplaba el principio de universalidad, cuyo fin era proteger bienes jurídicos de la comunidad internacional, con independencia del lugar de comisión del hecho punible y de la nacionalidad de las víctimas o responsables, sin hacerse mención alguna a la presencia del responsable en territorio nacional, requisito que posteriormente fue incluido en la nueva redacción del precepto legal.

¹⁷⁵³ Cfr. V. GIMENO SENDRA. 2004, *loc cit*, pág. 118 y 119.

cláusula de salvaguarda del derecho internacional convencional para todos aquellos hechos punibles no enumerados en los apartados anteriores y que sin embargo, en virtud del principio *pacta sunt servanda*, debían ser perseguidos por nuestros tribunales por haberse así acordado en un instrumento internacional¹⁷⁵⁴. Pues bien, los Convenios de Ginebra de 1949 y su Protocolo Adicional I de 1977 establecen la obligación de perseguir los *crímenes de guerra* que constituyan infracciones graves del DIH¹⁷⁵⁵. Esta cláusula de salvaguarda sirvió, y actualmente sirve, como herramienta para hacer cumplir el sistema de eficacia del DIH¹⁷⁵⁶.

No obstante, la interpretación que debe efectuarse de la referida cláusula no ha sido pacífica, ya que parte de la doctrina considera que sólo pueden ser perseguidos en España aquellos hechos punibles cuando expresamente se les ha dotado en la ley interna de título habilitante universal, no pudiendo ser perseguidos aquellos otros que no aparecen contemplados expresamente en el art. 23.4 de la LOPJ¹⁷⁵⁷. Desde mi punto de vista, esta interpretación dejaría vacío de contenido la cláusula de salvaguarda citada. El catálogo de hechos punibles que pueden ser objeto de persecución universal es *numerus apertus*, toda vez que el legislador lo consideró así al introducir la referida cláusula de remisión al derecho internacional convencional. Si la voluntad de nuestro legislador hubiese sido otra, no habría incorporado la misma. Además, mediante aquélla se daría cumplimiento a las obligaciones derivadas del derecho internacional. En suma, tenemos que acudir a lo dispuesto en los instrumentos internacionales para entender si nuestro Estado tiene o no el deber de perseguir ciertos comportamientos punibles, que en aras del principio de legalidad deben estar tipificados, en todo momento, en nuestro ordenamiento jurídico.

¹⁷⁵⁴ Cfr. M. OLLÉ SESÉ. 2008, “Justicia Universal...”, *loc cit*, pág. 214 y 215.

¹⁷⁵⁵ Cfr. A. GIL GIL. 2006, “Jurisdicción de...”, *loc cit*, pág. 83.

¹⁷⁵⁶ Cfr. M. OLLÉ SESÉ. 2008, “Justicia Universal...”, *loc cit*, pág. 200 y ss.

¹⁷⁵⁷ *Ibidem*, pág. 215.

Además, entiendo que las interpretaciones restrictivas de competencia, en relación a los crímenes internacionales susceptibles de persecución universal, deberían evitarse, por lo menos, en tanto en cuanto conste que no hay procedimiento penal alguno en jurisdicciones preferentes que tengan por finalidad efectuar una investigación judicial efectiva. Junto a lo anterior, la utilización del término «*cualquier otro...*» empleado en el art. 23.4.i) de la LOPJ no deja margen de duda para considerar que no hace falta que el hecho punible este expresamente enunciado en dicho precepto, ya que si no hubiese empleado otro término o expresión, haciendo referencia a los hechos punibles enunciados anteriormente.

2.2. Práctica judicial anterior a la reforma llevada a cabo por la Ley Orgánica 1/2009.

Si bien es cierto que el principio de justicia universal ha sido empleado por nuestros tribunales de manera sistemática con respecto a determinados hechos punibles (tráfico de drogas principalmente)¹⁷⁵⁸, no es menos cierto que en relación a la persecución de crímenes internacionales y, en particular, crímenes de guerra, la práctica ha sido más bien escasa. Hasta finales de los años 90 no se incoaron en nuestro Estado procedimientos penales para enjuiciar estos ilícitos penales. Nos referimos a los denominados casos de *Argentina y Chile*¹⁷⁵⁹. La incoación de estas causas, aparte del enriquecimiento jurídico que supuso para la doctrina, por la ausencia de todo precedente anterior, conllevó también determinados problemas políticos que pudieron suponer y, lamentablemente, han supuesto, la merma del título jurisdiccional universal mediante su enmienda en el año 2009. En todo momento se puso en tela de juicio la posible injerencia del Estado español, a través de sus órganos judiciales, en la soberanía de los Estados argentino y chileno¹⁷⁶⁰. Esta

¹⁷⁵⁸ C. CASTRESANA FERNÁNDEZ. 2001, “La figura del acusador público ante el principio de justicia universal”, en *El Principio de Justicia Universal*, Madrid: Colex, pág. 181.

¹⁷⁵⁹ A. PIGRAU SOLÉ. 2009, “La Jurisdicción Universal...”, *loc cit*, pág. 93.

¹⁷⁶⁰ Cfr. M. OLLÉ SESÉ. 2010, “El principio de justicia universal en España: del caso Pinochet a la situación actual”, en *Justicia de Transición, justicia penal internacional y justicia universal*, Coord. J. TAMARIT SUMALLA, Barcelona: Atelier, pág. 226.

circunstancia o alegación no encontraba justificación alguna, ya que los delitos que se investigaron eran crímenes internacionales, los cuales están contemplados en normas convencionales de naturaleza imperativa y eficacia *erga omnes*. Estos ilícitos permanecían completamente impunes, toda vez que no había procedimientos penales en curso y con anterioridad tampoco habían sido enjuiciados. Además, los bienes jurídicos protegidos atentaban contra la comunidad internacional en su conjunto, no particularmente contra los Estados implicados¹⁷⁶¹. También no podemos olvidar que los bienes jurídicos protegidos en los crímenes internacionales están relacionados con la comunidad internacional, por lo que no podemos hablar de asuntos internos, todo lo contrario, serían asuntos internacionales que constriñen a todo el orbe internacional. Por todo lo antedicho, cualquier alegación de injerencia en asuntos internos de otro Estado o menoscabo de la soberanía del mismo, resultaba irrazonable y carente de sentido.

Roto el hielo a través de las causas antedichas y a la vista de que nuestros órganos judiciales enjuiciaban la presunta comisión de crímenes internacionales en aplicación del principio de justicia universal, se interpusieron múltiples querellas solicitando la incoación de procedimientos penales para investigarlos. Teniendo en cuenta que nuestro sistema procesal permite la acusación popular, sin existir un monopolio exclusivo del Ministerio Fiscal en la acusación o solicitud al órgano judicial para que inicie una causa penal, diversas asociaciones se querellaron ante los Juzgados Centrales de Instrucción de la Audiencia Nacional, a fin de hacerse cumplir el sistema de eficacia del DIH. A raíz de esto, se iniciaron otras causas penales por la comisión de crímenes de guerra, como por ejemplo el denominado caso *Couso*, caso *Gaza*, o el caso *Guantánamo*, entre otros, siendo una característica común de los mismos la posible aplicación del principio de justicia universal¹⁷⁶².

¹⁷⁶¹ Cfr. M. OLLÉ SESÉ. 2008, “Justicia Universal...”, *loc cit*, pág. 202.

¹⁷⁶² Nos referimos a la posible aplicación de la jurisdicción universal, ya que no podemos olvidar que en alguna de tales causas existen víctimas españolas, por lo que el principio de personalidad pasiva podría también entrar en juego, aunque en puridad dicho título jurisdiccional no está contemplado en el art. 23 de la LOPJ; cfr. A. GIL GIL. 2006, “Jurisdicción de...”, *loc cit*, pág. 65.

2.2.1. *El caso Guatemala ante el Tribunal Supremo.*

Sin perjuicio de las consideraciones relativas a la jurisdicción universal llevadas a cabo por la Audiencia Nacional, en su auto de fecha 4 de noviembre de 1998, el caso *Guatemala* resuelto por el Tribunal Supremo constituye la piedra angular sobre la que se ha interpretado el principio de justicia universal por nuestros órganos judiciales en relación a crímenes internacionales¹⁷⁶³. Mediante sentencia del Tribunal Supremo, de fecha 25 de febrero del 2003, se configuraron las pautas esenciales para poder entender cuándo nuestros órganos judiciales podían ser competentes en aplicación de este principio. Anteriormente, la Audiencia Nacional (Pleno de la Sala) por auto de fecha 13 de diciembre del 2000, denegó la competencia de nuestros tribunales a los hechos ocurridos en Guatemala (presuntos crímenes de genocidio, terrorismo y torturas) con base, principalmente, en el principio de subsidiariedad, llegando a afirmar que el art. 6 del Convenio sobre el genocidio de 1948 imponía la subsidiariedad de la actuación de jurisdicciones distintas a las que el precepto contempla, de forma que un Estado debería abstenerse de ejercer jurisdicción sobre hechos constitutivos de genocidio que estuviesen siendo juzgados por los tribunales del país en que ocurrieron o por un tribunal internacional¹⁷⁶⁴.

Esta aplicación del principio de subsidiariedad fue interpretada de manera amplia. Se entendió que si legislativamente no había impedimento alguno para que los órganos judiciales del Estado del *locus delicti* los investigase, debería abstenerse la jurisdicción española. Esta afirmación era excesiva, ya que en todo caso podía entenderse que nuestros órganos judiciales no conociesen de unos hechos que estaban siendo investigados, pero no había lógica alguna sobre aquellos que podían ser objeto de investigación y no lo eran. Esta resolución de la Audiencia Nacional fue recurrida en casación,

¹⁷⁶³ Cfr. A. PIGRAU SOLÉ. 2009, “La Jurisdicción Universal...”, *loc cit*, pág. 98 y ss.; A. GIL GIL. 2006, “Jurisdicción de...”, *loc cit*, pág. 60 y ss.

¹⁷⁶⁴ Cfr. Auto del Pleno de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, de fecha 13 de diciembre de 2000, Fundamento Jurídico 2º, en dicha resolución se manifiesta incluso que el principio de subsidiariedad forma parte del *ius cogens*.

rechazando el Tribunal Supremo la interpretación del principio de subsidiariedad efectuada por la Audiencia Nacional¹⁷⁶⁵.

El Tribunal Supremo configuró un sistema de vínculos o nexos con el hecho punible para que no se vieran perjudicados determinados principios del derecho internacional, principalmente, el de no intervención en asuntos internos, cuando el título jurisdiccional universal surgiese del derecho interno y no del derecho internacional. En todo caso, estos vínculos debían estar relacionados con el hecho punible que determinaba la aplicación de la justicia universal y no con otros delitos que pudieran ser conexos con aquél¹⁷⁶⁶. Las vinculaciones o nexos requeridos por el Tribunal Supremo para que nuestros órganos judiciales conociesen de crímenes internacionales en aplicación del principio de justicia universal fue a consecuencia de lo siguiente:

- i. La jurisdicción es una manifestación de la soberanía del Estado, por lo que sus límites iniciales son coincidentes con los que le corresponden a aquella, estando delimitada por la de otros Estados.
- ii. La extensión de la ley penal doméstica fuera del territorio soberano se debe a causas de intereses particulares de cada Estado, tales como el principio de personalidad activa, pasiva o de protección.
- iii. Cuando la persecución del delito es a causa de la naturaleza del mismo se plantea la cuestión de la compatibilidad entre el principio de

¹⁷⁶⁵ El TS en su sentencia núm. 327/2003, de fecha 25 de febrero de 2003, en el FJ 6º indicó que «... el criterio de la subsidiariedad, además de no estar consagrado expresa o implícitamente en el Convenio para la prevención y la sanción del delito de genocidio, no resulta satisfactorio en la forma en que ha sido aplicado por el Tribunal de instancia. Determinar cuando procede intervenir de modo subsidiario para el enjuiciamiento de unos concretos hechos basándose en la inactividad, real o aparente, de la jurisdicción del lugar, implica un juicio de los órganos jurisdiccionales de un Estado acerca de la capacidad de administrar justicia que tienen los correspondientes órganos del mismo carácter de otro Estado soberano... en este caso, de un Estado soberano con el que España mantiene relaciones diplomáticas normalizadas. Una declaración de esta clase, que puede tener extraordinaria importancia en el ámbito de las relaciones internacionales, no corresponde a los Tribunales del Estado. El artículo 97 de la Constitución española dispone que el Gobierno dirige la política exterior, y no puede ignorarse la repercusión que en ese ámbito puede provocar una tal declaración»; hemos de significar que posteriormente el Tribunal Supremo en la sentencia núm. 712/2003, de 20 de mayo (caso Perú) estableció el principio de necesidad de intervención jurisdiccional.

¹⁷⁶⁶ Cfr. A. GIL GIL. 2006, “Jurisdicción de...”, *loc cit*, pág. 70.

jurisdicción universal y otros principios del derecho internacional. Cuando la justicia universal surge de normas convencionales no hay objeción alguna siendo justificable en todo caso. Sin embargo, cuando es el derecho interno el que introduce dicho principio, éste se encuentra limitado por el derecho internacional.

Con estas consideraciones el Tribunal Supremo estableció el denominado principio de conexión, es decir, los hechos punibles deberían guardar un mínimo de relación con el Estado español, ya fuese porque hubiese víctimas nacionales o existieran intereses nacionales en liza¹⁷⁶⁷, todo ello al no venir expresamente regulada la jurisdicción universal en los instrumentos internacionales. El Tribunal Supremo después de enumerar una serie de convenios internacionales, en los que a mi juicio se contempla implícitamente la jurisdicción universal, indicó que dentro de los mecanismos de persecución penal establecidos en los mismos regía la obligación de juzgar a los presuntos responsables cuando éstos se encuentren en su territorio y no se acceda a su extradición, solicitada por alguno de los Estados a los que el respectivo convenio haya obligado a instituir jurisdicción¹⁷⁶⁸. Estos criterios fueron reproducidos posteriormente en otras sentencias del Tribunal Supremo, como la Sentencia núm. 712/2003, de 20 de mayo (caso *del Perú*) o la Sentencia núm. 319/2004, de 8 de marzo (caso *Chile*), por lo que podemos afirmar que existía jurisprudencia sobre el principio de jurisdicción universal, principalmente, en relación al crimen de genocidio¹⁷⁶⁹. Asimismo, un dato importante es que el Tribunal Supremo desechó el principio de subsidiariedad

¹⁷⁶⁷ En la Sentencia del Tribunal Supremo núm. 327/2003, en el FJ 9º se dispuso que «*hoy tiene un importante apoyo en la doctrina la idea que no le corresponde a ningún Estado en particular ocuparse unilateralmente de estabilizar el orden, recurriendo al derecho penal, contra todos y todo el mundo, sino que más bien hace falta un punto de conexión que legitime la extensión extraterritorial de su jurisdicción*». Como dato significativo, podemos reseñar que el TS se fundamentó en su decisión en una sentencia del Tribunal Supremo alemán de 1994 y en otra resolución de la Corte de Casación belga sobre la causa *Ariel Sharon*.

¹⁷⁶⁸ Sentencia del Tribunal Supremo núm. 327/2003, FJ 10º; cfr. A. GIL GIL. 2006, “Jurisdicción de...”, *loc cit*, pág. 73; cfr. M. LLOBET ANGLÍ. 2006, “El alcance de principio de jurisdicción universal según el Tribunal Constitucional”, en *Indret*, n° 4, pág. 4.

¹⁷⁶⁹ Cfr. C. CASTRESANA FERNÁNDEZ. 2004, “La jurisdicción universal en la jurisprudencia de la sala segunda del Tribunal Supremo”, en *Revista del Poder Judicial*, n° 73, pág. 184.

establecido por la Audiencia Nacional en su auto de 13 de diciembre de 2000, imponiendo uno más razonable o extensivo¹⁷⁷⁰.

El Tribunal Supremo en el caso *Guatemala* rechazó que la jurisdicción española persiguiera los hechos cometidos en Guatemala en virtud del título jurisdiccional universal¹⁷⁷¹. En relación al genocidio y terrorismo fue total el rechazo. Sin embargo, con respecto al crimen de torturas, al existir víctimas españolas sí se concedió jurisdicción a nuestros tribunales¹⁷⁷², pero el título jurisdiccional a aplicar sería el de personalidad pasiva. En mi opinión, una crítica que debe efectuarse a esta importante sentencia es el hecho de que se obvió por completo la regulación de la justicia universal en los instrumentos internacionales, al mencionar dicha resolución judicial (después de enumerar una serie de tratados internacionales) que «*en ninguno de estos Tratados se establece de forma expresa la jurisdicción universal*»¹⁷⁷³. Evidentemente, de forma expresa no se menciona la jurisdicción universal en tales tratados internacionales, ni en los enumerados ni en ninguno otro, pero ello no conlleva que este título jurisdiccional no exista o no aparezca implícitamente contemplado, que es lo que ocurre. Este tipo de interpretación del título jurisdiccional universal es muy estricto, pudiendo contravenir derechos esenciales consagrados en nuestra norma suprema. Lo que sí es cierto es que para determinados hechos punibles se exigirá la presencia del responsable en el territorio y su no extradición, todo ello para que nuestros tribunales puedan

¹⁷⁷⁰ Sentencia del Tribunal Supremo núm. 327/2003, FJ 6º: «*el criterio de la subsidiariedad, además de no estar consagrado expresa o implícitamente en el Convenio para la prevención y la sanción del delito de genocidio, no resulta satisfactorio en la forma en que ha sido aplicado por el Tribunal de instancia. Determinar cuando procede intervenir de modo subsidiario para el enjuiciamiento de unos concretos hechos basándose en la inactividad, real o aparente, de la jurisdicción del lugar, implica un juicio de los órganos jurisdiccionales de un Estado acerca de la capacidad de administrar justicia que tienen los correspondientes órganos del mismo carácter de otro Estado soberano...Una declaración de esta clase, que puede tener extraordinaria importancia en el ámbito de las relaciones internacionales, no corresponde a los Tribunales del Estado*»; cfr. A. GIL GIL. 2006, “Jurisdicción de...”, *loc cit*, pág. 69.

¹⁷⁷¹ Cfr. C. MÁRQUEZ CARRASCO y M. MARTÍN MARTÍNEZ. 2011, “El principio de jurisdicción universal en el ordenamiento jurídico español: pasado, presente y futuro”, en *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, Vol. XI, pág. 284 y 285.

¹⁷⁷² C. CASTRESANA FERNÁNDEZ. 2004, “La jurisdicción universal...”, *loc cit*, pág. 187.

¹⁷⁷³ Sentencia del Tribunal Supremo núm. 327/2003, FJ 10º.

juzgar tales delitos¹⁷⁷⁴. Este extremo al venir estipulado en el propio convenio internacional no conllevaría una limitación desproporcionada del principio de justicia universal.

2.2.2. *El caso Scilingo.*

La sentencia de la Audiencia Nacional en el caso *Scilingo* supuso la primera condena en aplicación del título jurisdiccional universal por crímenes internacionales en nuestro Estado¹⁷⁷⁵. No es menos cierto que la aplicación por parte de este tribunal, y posteriormente, del Tribunal Supremo, del principio de justicia universal ofrece muchos puntos oscuros difíciles de resolver, toda vez que cuando la Audiencia Nacional condenó al oficial argentino por crímenes de lesa humanidad, el art. 23.4 de la LOPJ no incorporaba en su lista este crimen internacional. Previamente, el Tribunal Supremo en la sentencia de 15 de noviembre de 2004, manifestó que los órganos judiciales españoles podían ser competentes para conocer de los hechos investigados, los cuales fueron calificados en un primer momento como delitos de genocidio, torturas y terrorismo. El órgano judicial sostuvo que no había inconveniente para extenderse la jurisdicción española, ya que el presunto responsable se encontraba en nuestro territorio, había un punto de conexión directo con intereses españoles, al existir víctimas españolas y el procesado no había sido enjuiciado por tales hechos anteriormente¹⁷⁷⁶. Sin embargo, la Audiencia Nacional le condenó por crímenes de lesa humanidad y justificó la utilización de la justicia universal con base en la naturaleza de los hechos enjuiciados¹⁷⁷⁷, aún a pesar de que el legislador español en aquel momento no incorporó este crimen entre los que podían ser perseguidos universalmente, ni existía tratado internacional alguno que obligase a España a juzgar crímenes de lesa

¹⁷⁷⁴ Cfr. C. CASTRESANA FERNÁNDEZ. 2004, “La jurisdicción universal...”, *loc cit*, pág. 192, este autor hace una referencia expresa a los Convenios de Ginebra de 1949, sin embargo, desde mi punto de vista tales instrumentos internacionales tampoco regulan *expresamente* la jurisdicción universal, lo hacen de manera implícita, como el resto de instrumentos internacionales.

¹⁷⁷⁵ Sentencia de la Audiencia Nacional núm. 16/2005, de 19 de abril.

¹⁷⁷⁶ Cfr. Sentencia del Tribunal Supremo núm. 1362/2004, de 15 de noviembre, FJ 6º.

¹⁷⁷⁷ A. GIL GIL. 2005, “La sentencia...”, *loc cit*, pág. 14.

humanidad¹⁷⁷⁸. Con esta decisión se puso en quiebra el principio de legalidad que debe imperar en nuestro sistema judicial.

Posteriormente, el Tribunal Supremo confirmó la jurisdicción española, incluso, aunque se produjese un cambio en la calificación de los hechos investigados al ser condenado *Scilingo* por delitos de detención ilegal y asesinato. El Tribunal Supremo recurrió a configurar una similitud entre los crímenes de genocidio y lesa humanidad, también acudió a la naturaleza del crimen en sí y a la actuación de nuestro Estado en relación a su intención de perseguir este crimen (Leyes Orgánicas 15/1994 y 4/1998 de colaboración con el TPIY y el TPIR, ratificación del Estatuto de la CPI y aprobación de la Ley Orgánica 18/2003 de colaboración con la CPI)¹⁷⁷⁹. En mi opinión, ninguno de los fundamentos esgrimidos por el Tribunal Supremo justifican la aplicación de la justicia universal, toda vez que no hay tratado alguno que obligue a España a perseguir los crímenes de lesa humanidad y la posible jurisdicción facultativa no fue desarrollada por nuestro legislador. El art. 9.1 de la LOPJ indica que los Juzgados y Tribunales ejercerán su jurisdicción «*exclusivamente en aquellos casos en que les venga atribuido por esta u otra ley*», como bien sabemos, no había ley alguna que justificase la jurisdicción universal, por lo que se vulneró el principio de legalidad¹⁷⁸⁰. En definitiva, el Tribunal Supremo aplicó el principio de analogía para poder arrogarse jurisdicción sobre los crímenes de lesa humanidad, hecho discutible¹⁷⁸¹.

2.2.3. *El caso Guatemala ante el Tribunal Constitucional.*

En este orden de cosas llegó la sentencia de fecha 26 de septiembre de 2005, del Tribunal Constitucional (en adelante, STC 237/2005), relativa al caso *Guatemala*, todo ello al interponerse el correspondiente recurso de amparo contra la sentencia núm. 327/2003 del Tribunal Supremo. Esta sentencia del

¹⁷⁷⁸ *Ibidem*, pág. 15.

¹⁷⁷⁹ Cfr. Sentencia del Tribunal Supremo núm. 798/2007, de 1 de octubre, FJ 7º.

¹⁷⁸⁰ A. GIL GIL. 2009. “Principio de legalidad...”, *loc cit*, pág. 406.

¹⁷⁸¹ *Ibidem*, pág. 405.

Tribunal Constitucional anuló tanto la resolución judicial de la Audiencia Nacional, como la del Tribunal Supremo, al considerar que se había vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva consagrada en el art. 24.1 de la CE, en su vertiente de acceso a la jurisdicción¹⁷⁸². Lo más relevante de dicha sentencia, pronunciada en amparo, fue que el intérprete de la norma suprema configuró el principio de justicia universal, en relación al crimen de genocidio, como absoluto y concurrente¹⁷⁸³. El Tribunal Constitucional llegó a sostener que «*la Ley Orgánica del Poder Judicial instaura un principio de jurisdicción universal absoluto, es decir, sin sometimiento a criterios restrictivos de corrección o procedibilidad, y sin ordenación jerárquica alguna con respecto al resto de las reglas de atribución competencial, puesto que, a diferencia del resto de criterios, el de justicia universal se configura a partir de la particular naturaleza de los delitos objeto de persecución*»¹⁷⁸⁴. El único límite que se mantuvo fue el de la cosa juzgada, el cual estaba enunciado en el citado art. 23.4 de la LOPJ. Posteriormente, se centró en los requisitos o vínculos exigidos por el Tribunal Supremo en el supuesto de que no se regulase expresamente la jurisdicción universal por el instrumento internacional aplicable¹⁷⁸⁵. En este sentido, en relación con la presencia del responsable en territorio español el Tribunal Constitucional manifestó que no era necesario para poder iniciarse un procedimiento penal, máxime cuando existen mecanismos para poder hacer traer al responsable a nuestro territorio, como son la extradición o la orden de detención y entrega¹⁷⁸⁶. Con respecto a la existencia de víctimas nacionales o intereses españoles relevantes en los hechos objeto de debate, el Tribunal Constitucional indicó que tales requisitos eran *contra legem*, reduciendo el principio cosmopolita hasta límites que podían conllevar una derogación *de facto*, haciéndolo incluso irreconocible, de conformidad con lo estipulado por

¹⁷⁸² Cfr. M. LLOBET ANGLÍ. 2006, “El alcance de principio de jurisdicción universal...”, *loc cit*, pág. 6 y cfr. S. MENDOZA CALDERÓN. 2007, “La aplicación de...”, *loc cit*, pág. 136.

¹⁷⁸³ Cfr. M. OLLÉ SESÉ. 2010, “El principio de justicia universal en España: del caso Pinochet...”, *loc cit*, pág. 234.

¹⁷⁸⁴ Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 237/2005, de 26 de septiembre, FJ 3º, en dicho fundamento jurídico posteriormente también se afirma la posibilidad de que legalmente se proceda a limitar el ámbito de interpretación del art. 23.4 de la LOPJ, pero siempre teniendo en cuenta los parámetros configurados por el principio *pro actione*.

¹⁷⁸⁵ Cfr. A. GIL GIL. 2006, “Jurisdicción de...”, *loc cit*, pág. 75.

¹⁷⁸⁶ Sentencia del TC núm. 237/2005, de 26 de septiembre, FJ 7º.

el derecho internacional¹⁷⁸⁷. Por todo lo expuesto, el Tribunal Constitucional entendió que el derecho fundamental de acceso a la justicia, en relación con el principio *pro actione*, había sido vulnerado, al exigirse determinados requisitos y vínculos no acordes con el principio de justicia universal y con su desarrollo en el derecho internacional. Esta doctrina fue posteriormente reproducida por el Tribunal Constitucional en su sentencia núm. 227/2007, de 22 de octubre (caso *Falun Gong*)¹⁷⁸⁸, por lo que podríamos afirmar la existencia de cierta jurisprudencia constitucional.

2.2.4. Otros casos.

Acudiendo a los casos investigados en nuestro sistema judicial por presuntos crímenes de guerra (antes de la reforma del referido art. 23.4 de la LOPJ), no podemos olvidarnos de los denominados caso *Couso*¹⁷⁸⁹, caso *Gaza*¹⁷⁹⁰ y caso *Guantánamo*¹⁷⁹¹, que constituyen los principales precedentes en nuestro Estado del estudio de la jurisdicción universal sobre crímenes de guerra que constituyan infracciones graves del DIH. A las anteriores investigaciones podemos unir el caso *Ruanda*¹⁷⁹², toda vez que los hechos

¹⁷⁸⁷ *Ibidem*, FJ 8º.

¹⁷⁸⁸ Cfr. M. OLLÉ SESÉ. 2010, “El principio de justicia universal en España: del caso Pinochet...”, *loc cit*, pág. 234 y 235; M. LLOBET ANGLÍ. 2006, *loc cit*, pág. 7 y ss.

¹⁷⁸⁹ El Juzgado Central de Instrucción núm. 1 de la Audiencia Nacional, en el seno de las diligencias previas núm. 99/2003 dictó auto de fecha 19 de octubre del 2005 por el cual acordaba solicitar la extradición (busca, captura y detención) de diversos militares norteamericanos a causa del fallecimiento del nacional español José Couso en Irak.

¹⁷⁹⁰ El Juzgado Central de Instrucción núm. 4 de la Audiencia Nacional, en el seno de las diligencias previas núm. 157/2008, dictó auto de fecha 29 de enero del 2009, mediante el cual admitía la querrela interpuesta para la investigación de un ataque israelí en el territorio ocupado de Gaza que ocasionó la muerte de 21 personas y 150 heridos, todo ello para efectuarse la ejecución selectiva de un miembro de “Hamas”, pudiendo tales hechos constituir crímenes de guerra en el seno de una contienda internacional.

¹⁷⁹¹ El Juzgado Central de Instrucción núm. 5 de la Audiencia Nacional, dictó auto de fecha 27 de abril del 2009, por el cual acordó incoar las diligencias previas núm. 150/2009, en averiguación de los presuntos malos tratos y torturas sufridos en Guantánamo por diversas personas que fueron detenidas o capturadas durante la guerra de Afganistán, pudiendo constituir dichos hechos crímenes de guerra al infringirse determinados preceptos del CGIII, relativo a los prisioneros de guerra.

¹⁷⁹² El Juzgado Central de Instrucción núm. 4 de la Audiencia Nacional, en el seno del sumario núm. 03/2008, acordó mediante auto de fecha 6 de febrero del 2008, el procesamiento de más de 40 ruandeses por la presunta comisión de crímenes de guerra, crímenes de lesa humanidad y genocidio durante el conflicto ruandés. Conviene reseñar que en dicho auto decide el titular de

denunciados podrían dar lugar a la comisión de crímenes de guerra constitutivos de infracciones graves del DIH, siempre y cuando, entendiésemos el conflicto ruandés como internacional, hecho ciertamente discutible.

De otra parte, podríamos mencionar otra serie de casos que podrían estar vinculados con la comisión de crímenes de guerra que fuesen constitutivos de infracciones graves del DIH, como son el caso *Asesores de Bush* y el caso *Militares de El Salvador*. En relación al primer caso, relativo a la legitimación jurídica llevada a cabo por los Asesores de Bush sobre las torturas practicadas en la Bahía de Guantánamo, nuestros órganos judiciales no han podido juzgar estos injustos, al entender la Audiencia Nacional que en los EE.UU se habían efectuado ya numerosas investigaciones judiciales sobre los mismos¹⁷⁹³. Con respecto al caso *de los Militares de El Salvador* se acordó el procesamiento de varios militares salvadoreños que cometieron diversos hechos punibles durante la contienda armada interna que sufrió dicho Estado en el año 1988 y siguientes. El órgano judicial los calificó jurídicamente como asesinatos terroristas y crímenes de lesa humanidad o contra el derecho de gentes. Ciertamente, esta calificación jurídica no guarda, en principio, relación alguna con las infracciones graves del DIH. Además, con base en el principio de legalidad los presuntos crímenes de guerra cometidos solo estaban tipificados en nuestro Estado, en el momento de su comisión, en el Código Penal Militar, siendo discutible su aplicación a militares extranjeros por hechos que no guardan relación alguna con nuestras Fuerzas Armadas¹⁷⁹⁴, por lo que

tal órgano judicial no procesar a PAUL KAGAME toda vez que éste gozaría de la denominada inmunidad personal por ser Jefe de Estado.

¹⁷⁹³ Cfr. Auto de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional (Pleno), de fecha 23 de marzo del 2012, diligencias previas núm. 134/2009.

¹⁷⁹⁴ J.L. FERNÁNDEZ FLORES y DE FUNES. 1988, “Delitos contra...”, *loc cit*, pág. 818, sostiene la posible aplicación del Código Penal Militar a cualquier extranjero. Sin embargo, si aplicásemos el Código castrense a los militares salvadoreños, los órganos judiciales competentes para juzgarlos serían los militares, en virtud de lo dispuesto en el art. 2 de la Ley Orgánica 4/1987, de 15 de julio, de competencia y organización de la jurisdicción militar. El problema radica en que la jurisdicción militar se aplica en el ámbito estrictamente castrense y en los supuestos de estado de sitio, *ex art.* 117.5 de la CE, al tratarse de una jurisdicción especial. Los hechos acaecidos en El Salvador no estarían integrados en el ámbito estrictamente castrense, ni entiendo que debiesen ser juzgados por una jurisdicción especial como la militar. Cuestión distinta es que se trataran de crímenes de guerra ocurridos durante una contienda armada con nuestro Estado, en cuyo caso sí estarían legitimados nuestros

difícilmente podríamos defender la justicia universal para crímenes de guerra en este caso. Cuestión distinta, es que se califiquen los hechos como otros ilícitos penales que pueden ser enjuiciados mediante este título jurisdiccional¹⁷⁹⁵.

El Tribunal Supremo en el denominado caso *Couso* confirmó la jurisdicción de nuestros órganos judiciales para conocer de los presuntos crímenes de guerra cometidos en Irak (muerte del periodista español José Couso Permuy mientras se encontraba en un hotel de Bagdad, a causa del disparo de un proyectil proveniente de un carro de combate norteamericano). Si bien es cierto que la justificación de la atribución de competencia se fundamenta, principalmente, en la doctrina expuesta por el Tribunal Constitucional, no es menos cierto que nuestro tribunal de casación consideró que existía además un punto de conexión legitimante, a saber, la nacionalidad española de la víctima¹⁷⁹⁶.

2.2.5. *Caso Gaza*.

Ciertamente, podemos sostener que el caso *Gaza* es uno de los de mayor riqueza jurídica que se ha presentado en nuestros tribunales de justicia, en relación a crímenes de guerra constitutivos de infracciones graves del DIH¹⁷⁹⁷. A diferencia del caso *Couso*, aquí no había víctimas españolas ni intereses españoles en juego, por lo que nos encontraríamos ante el típico supuesto de jurisdicción universal absoluta. Pues bien, en un primer momento, el Juez Instructor acordó que la jurisdicción española era competente para conocer de los hechos, consistentes en el lanzamiento de una bomba por parte

órganos judiciales militares para juzgarlos. Además, el concepto de militar se refiere a aquellos que adquieren dicha condición de conformidad con las leyes relativas de adquisición y pérdida de la misma, es decir, la Ley 30/2007, de 19 de noviembre, de la Carrera Militar y la Ley 42/1999, de 25 de noviembre, del Régimen de Personal de la Guardia Civil.

¹⁷⁹⁵ Auto del Juzgado Central de Instrucción núm. 6 de la Audiencia Nacional, de fecha 30 de mayo del 2011, dictado en el seno del sumario núm. 97/10, por el cual se acuerda el procesamiento de diversos militares salvadoreños por la presunta comisión de delitos de terrorismo y crímenes contra el derecho de gentes.

¹⁷⁹⁶ Sentencia del Tribunal Supremo núm. 1240/2006, de fecha 11 de diciembre del 2006, FJ 12º.

¹⁷⁹⁷ Cfr. A. PIGRAU SOLÉ. 2009, “La Jurisdicción Universal...”, *loc cit*, pág. 107 y ss.

del Ejército de Israel en un edificio de Gaza (territorio ocupado de Israel) cuyo fin era ejecutar selectivamente a un líder de Hamas, ocasionando además de su muerte, la de más de 16 personas y 150 heridos, junto con numerosos daños en bienes de carácter civil. El principal argumento utilizado por el Instructor para sostener la asunción de competencia fue que el art. 146 CGIV contempla la jurisdicción universal concurrente, claramente alternativa respecto de otras jurisdicciones y en ningún caso estrictamente subsidiaria.

El Juez Instructor efectuó una interpretación del art. 23.4 de la LOPJ acorde con la jurisprudencia emanada del Tribunal Constitucional, llegando a sostener que el único límite de la jurisdicción universal lo constituía la institución de la cosa juzgada y que en el territorio del *locus delicti* no se estuvieran investigando los hechos punibles, toda vez que la justicia universal *ex art. 23.4 de la LOPJ* era absoluta. Por ello, acaba concluyendo el Instructor que aunque existieran investigaciones judiciales en el Estado de Israel por los mismos hechos, nuestros tribunales podrían seguir instruyendo la causa, en virtud del principio de concurrencia. A mayor abundamiento, el Juez Instructor consideró que en realidad no se habían producido investigaciones judiciales eficaces, toda vez que lo único que existió fue una investigación interna llevada a cabo por el propio Ejército de Israel¹⁷⁹⁸. En definitiva, no se veía vulnerado el principio de cosa juzgada, al no existir una resolución judicial que produjese tales efectos. La investigación interna practicada no podía satisfacer los requisitos propios de una investigación penal, al no estar judicializado el proceso, el cual era meramente administrativo, lo que podría conllevar la vulneración del derecho al Juez Ordinario predeterminado por la ley. Asimismo, entiende también el Instructor que considerar como investigación judicial las actuaciones efectuadas por los servicios secretos de Israel y asumidas por la Fiscalía Militar, la Fiscalía General del Estado y el Tribunal

¹⁷⁹⁸ Huelga afirmar que en una de las conclusiones de la investigación llevada a cabo por los servicios secretos del ejército de Israel, concluía que “si hubiese habido la certeza o posibilidad de que como resultado del ataque se hubiera causado la muerte de varios civiles más y heridos a otros, más allá de la mujer de *Shehadeh*, la ejecución del ataque no se hubiera producido”; cfr. auto del Juzgado Central de Instrucción núm. 4 de la Audiencia Nacional, de fecha 4 de mayo del 2009, FJ 6°.

Supremo, podría causar indefensión, toda vez que no existió en ningún momento una resolución judicial motivada en la fase de instrucción sobre la calificación jurídica de los hechos, tal y como requiere la jurisprudencia del Tribunal Constitucional en relación con el art. 24.1 de la CE.

Desde mi punto de vista, los fundamentos empleados por el órgano judicial instructor son acertados, ya que la jurisdicción instaurada en los Convenios de Ginebra de 1949, *ex art.* 146 del GIV, es universal, obligatoria, absoluta, primaria y concurrente. Estas características conllevarían que nuestros tribunales de justicia pudiesen instruir una causa penal por unos hechos que estuviesen siendo objeto de investigación judicial en otro Estado. El único límite a tenerse en cuenta es que no hubiese recaído una resolución firme absolutoria o condenatoria por los mismos hechos y que tal proceso penal hubiese sido eficaz, imparcial y justo. En síntesis, sin fraude de ley.

Sin embargo, la resolución del Juzgado Central de Instrucción núm. 4 fue apelada por el Ministerio Fiscal. La Audiencia Nacional, mediante resolución judicial de fecha 9 de julio de 2009, estimó dicho recurso, anulando la resolución recurrida y declarado el archivo definitivo de las actuaciones judiciales¹⁷⁹⁹. El Ministerio Fiscal, de forma sorprendente, apeló la resolución judicial de instancia con base en el principio de subsidiariedad que, recordemos, fue limitado por la doctrina del Tribunal Constitucional, otorgando mayor preferencia al principio de concurrencia de jurisdicciones. También alegó el principio de complementariedad, propio del procedimiento instaurado en la Corte Penal Internacional, que desde mi punto de vista, no debería aplicarse entre jurisdicciones del mismo rango jerárquico como son la española y la israelí. Dicho principio de complementariedad resulta interesante cuando tratamos con jurisdicciones que ostentan distintos planos jerárquicos, como puede ocurrir con la Corte Penal y nuestros tribunales, ya que aquella es quién tiene la potestad (otorgada soberanamente por nuestro Estado al ratificar el Convenio de Roma) de determinar si nuestros órganos judiciales están

¹⁷⁹⁹ Cfr. Auto de la Sala Penal de la Audiencia Nacional de fecha 9 de julio del 2009, en el seno de las diligencias previas 157/08.

capacitados o no para investigar o enjuiciar un hecho concreto *ex art.17.3 del ECPI*¹⁸⁰⁰. La Audiencia Nacional se refirió al principio de complementariedad de la Corte Penal Internacional como límite de la jurisdicción universal, hecho complicado de sostener, ya que dicho principio tiene por finalidad complementar a las jurisdicciones nacionales y no limitarlas como pretende la Audiencia Nacional¹⁸⁰¹. No podemos confundir la complementariedad de la Corte Penal Internacional con la justicia universal, la primera no puede limitar la segunda, en todo caso la perfeccionaría, al ser preferente la jurisdicción nacional antes que la Corte Penal¹⁸⁰². La grandeza del principio de complementariedad radica en que la Corte Penal Internacional asume funciones de vigilancia sobre los Estados parte¹⁸⁰³. Con mejor criterio, la Audiencia Nacional se remite a la LOCCPI como posible parámetro limitador de la justicia universal, aunque en mi opinión, el precepto esencial que limita la jurisdicción universal es el art. 7 de la LOCCPI y no los art. 8, 9 y 10 a los que se refiere en su resolución judicial.

La Audiencia Nacional procedió a efectuar un análisis del principio de justicia universal tomando en consideración la jurisprudencia tanto del Tribunal Supremo como la del Tribunal Constitucional. Sostuvo que la jurisdicción universal no era absoluta y que tenía ciertas limitaciones, tales como la institución de la cosa juzgada o en relación a los crímenes de guerra constitutivos de infracciones graves del DIH, que los instrumentos internacionales al efecto impusieran el deber a nuestro Estado de perseguirlos. Una vez efectuadas las anteriores referencias, la Audiencia Nacional toma en consideración la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, en particular, la sentencia del caso *Guatemala* STC núm. 237/2005, el caso *Falun Gong* STC núm. 227/2007, y de otra parte, la jurisprudencia del TS, en concreto, la del caso *Tibet*, STS núm. 645/2006, para afirmar que la existencia de vínculos o

¹⁸⁰⁰ C. CASTRESANA FERNÁNDEZ. 2004, “La jurisdicción universal...”, *loc cit*, pág. 205.

¹⁸⁰¹ Auto de la Sala Penal de la Audiencia Nacional de fecha 9 de julio del 2009, FJ 3º B). a).

¹⁸⁰² Cfr. J. M. GÓMEZ BENÍTEZ. 2006, “Complementariedad de la Corte Penal Internacional y jurisdicción universal de los tribunales nacionales”, en *Derecho Penal y Criminología*, Vol. 27, nº 82, pág. 37 y ss.

¹⁸⁰³ *Ibidem*, pág. 38.

elementos de conexión entre el hecho punible y nuestro Estado podrían ser un criterio razonable limitador de la justicia universal, tal y como manifestaron los magistrados que emitieron el voto particular en la STS núm. 327/2003 del caso *Guatemala*, todo ello para garantizar la efectividad de la intervención jurisdiccional. Llegados a este punto, la Audiencia Nacional establece una afirmación arriesgada, teniendo en cuenta que todavía no se había producido la enmienda del art. 23.4 de la LOPJ, al considerar que la justicia universal no era absoluta, ya que podía ser relativizada para restringir su ámbito de aplicación¹⁸⁰⁴. Exigió de nuevo vínculos de conexión no requeridos por la norma interna española ni por el derecho internacional. Recordemos que el caso analizado trataba sobre infracciones graves del DIH y los meritados Convenios de Ginebra de 1949 no exigen ningún tipo de vínculo o requisito, aparte de la presunta comisión del hecho punible y que el responsable no haya sido condenado o absuelto por los mismos hechos.

Pero el criterio fundamental que tuvo en cuenta la Audiencia Nacional para estimar la apelación interpuesta fue que en el Estado del *locus delicti* se habían efectuado y se estaban cursando procesos, tanto administrativos como judiciales, tendentes a esclarecer los hechos objeto de investigación. Existía pues litispendencia sobre el asunto, por lo que en aplicación del principio de necesidad de la intervención jurisdiccional y al existir investigaciones efectivas se acordó el archivo de la causa. Se dejó sin efecto el principio de concurrencia. Para el tribunal la naturaleza administrativa de las

¹⁸⁰⁴ Auto de la Sala Penal de la Audiencia Nacional de fecha 9 de julio del 2009, FJ 3º B), b), a'. 3: «El principio de la jurisdicción universal no puede ser entendido como un principio absoluto, que no pueda ser limitado por otros principios del Derecho Internacional. Es preciso tener presente que la doctrina del Derecho Internacional Público, en general, condiciona la jurisdicción de un Estado sobre hechos extraterritoriales a una determinada conexión de estos hechos con el Estado del que se trate. En este sentido se ha precisado que debe existir un "vínculo auténtico" o "sustancial" o "legítimo" o "un contacto legitimante" o un "contacto tan estrecho con los hechos que sea compatible con los principios de no intervención y de proporcionalidad". A tales criterios se deberá atender con especial razón cuando se trate de la persecución de hechos ejecutados dentro del ámbito de la soberanía de otro Estado. Termina indicando la referida S.T.S. que el principio de proporcionalidad es de aplicación ineludible siempre que pueda ser constatada una cierta colisión de pretensiones, en la que se deba dar preferencia a unas sacrificando las otras».

investigaciones llevadas a cabo en Israel no impedían que fueran efectivas y legales, ya que posteriormente se judicializaron. Así no se vulneró el derecho al Juez ordinario predeterminado por ley. Estas consideraciones del tribunal denotan la dificultad existente para que un órgano judicial nacional pueda acreditar si las investigaciones iniciadas en otros Estados son efectivas o no, todo ello, a fin de establecer las reglas de prioridad necesarias que rigen en toda jurisdicción concurrente. Evidentemente, la cooperación judicial entre Estados es primordial, sin ésta no se podrá saber si existen o no procedimientos penales abiertos y si los mismos son efectivos. De igual manera, nuestros órganos judiciales deberían examinar con detalle y teniendo en cuenta el ordenamiento jurídico afectado, las investigaciones cursadas. En mi opinión, lo principal es observar si los perjudicados gozan de las garantías procesales y penales básicas, si tienen derecho a recursos, a participar en la investigación y a efectuar alegaciones. Desde el momento en que se acredite lo anterior, el proceso abierto podría reunir las características necesarias para que el resto de jurisdicciones, que no gocen de prioridad alguna, dejen de investigar también los hechos. Por último, cabe reseñar que el Tribunal Supremo, en su auto de fecha 4 de marzo de 2010 (ATS núm. 550/2010), confirmó el auto de la Audiencia Nacional, al considerar que existían investigaciones efectivas en curso en el Estado de Israel, por lo que se inadmitió el recurso de casación interpuesto.

A la vista de todo lo manifestado, podemos deducir claramente que la Audiencia Nacional tuvo en cuenta el principio de subsidiariedad y el de necesidad implementado por el Tribunal Supremo, no dando consideración alguna al principio de concurrencia, máxime, cuando todavía no se había producido la reforma del art. 23.4 de la LOPJ.

2.3. Problemática sobre la nueva redacción del art. 23.4 de la LOPJ.

En el apartado anterior se ha visto como la jurisdicción universal instaurada en el art. 23.4 de la LOPJ era de carácter absoluto, lo que conllevó

que nuestros tribunales conocieran de numerosas causas, las cuales lamentablemente solían tener *consecuencias políticas*¹⁸⁰⁵, al estar implicados gobiernos o altas autoridades de éstos en la comisión de los mismos. Un ejemplo de lo anterior fue el caso *Gaza*, que implicó al Ministro de Defensa de aquel momento y a su Jefe de Estado Mayor. Todo esto se tradujo en conflictos diplomáticos entre el gobierno español y los Estados implicados, poniéndose en peligro las relaciones internacionales existentes. Ante esta situación el Gobierno español consideró apropiado enmendar el art. 23.4 de la LOPJ para limitar la aplicación del principio de justicia universal, sin tener en cuenta las exigencias del DIH, el cual se ha visto perjudicado por la reforma efectuada. El legislador español debería haber tenido en cuenta a la hora de modificar el principio de justicia universal, los mandamientos impuestos por el derecho internacional humanitario, que tienen como finalidad principal, *inter alia*, la protección de las víctimas en caso de conflicto armado, debiendo la comunidad internacional velar por el respeto de aquellas y a tal efecto, una de las herramientas más importantes para dicha consecución es la persecución de los crímenes de guerra mediante el *principio cosmopolita*. A mi entender, el sistema de eficacia del DIH debe prevalecer sobre los intereses políticos o sobre las relaciones internacionales de los Estados y, sobre todo, los Estados deben cumplir rigurosamente los tratados internacionales que regulan esta materia en virtud del principio *pacta sunt servanda*, no pudiendo, mediante mecanismos legislativos internos, limitar las disposiciones acordadas en un instrumento internacional.

Parte de la doctrina criticaba que dentro de nuestro sistema judicial no tuviera el Ministerio Fiscal una función más importante y determinante, es decir, que sólo pudiera ser éste quién determinase si se podía ejercer una acción penal o no, dejando a un lado al resto de partes, tal como sucedía en Bélgica o

¹⁸⁰⁵ Cfr. J. DEL CARPIO DELGADO. 2009, “El principio de justicia universal en España tras la reforma de 2009”, en *Diario La Ley*, nº 7307, Ref. D-390, pág. 1; A. PIGRAU SOLÉ. 2009, “La Jurisdicción Universal...”, *loc cit*, pág. 109; cfr. I. BLANCO CORDERO. 2009, “Sobre la muerte de la jurisdicción universal”, en *Revista General de Derecho Penal*, Vol. 12, pág. 4 y 5.

Alemania¹⁸⁰⁶. Aun así, en nuestro ordenamiento jurídico, el cual contempla el derecho fundamental de acceso a la justicia en virtud del sistema “*pro actione*”, no podría dejarse de lado a la parte querellante, ya que ello conllevaría una vulneración del derecho citado. En el sistema legal español de conformidad con el art. 105 de la LECrim, el principio de legalidad obliga, en todo caso y siempre que haya noticias de la comisión de un presunto delito, a ejercerse la acción penal correspondiente, quedando restringido el principio de oportunidad¹⁸⁰⁷. Ante la noticia de la comisión de un delito perseguible bajo el principio de justicia universal el fiscal español tiene la obligación de acusar¹⁸⁰⁸.

En este estado de cosas, nuestro legislador consideró necesaria la reforma de la regulación de la jurisdicción universal, aprobándose la Ley Orgánica 1/2009, de 3 de noviembre, que enmendó el art. 23. 4 de la LOPJ. Este artículo dispone actualmente que «4. *Igualmente, será competente la jurisdicción española para conocer de los hechos cometidos por españoles o extranjeros fuera del territorio nacional susceptibles de tipificarse, según la ley española, como alguno de los siguientes delitos: a) Genocidio y lesa humanidad. b) Terrorismo. c) Piratería y apoderamiento ilícito de aeronaves. d) Delitos relativos a la prostitución y corrupción de menores e incapaces. e) Tráfico ilegal de drogas psicotrópicas, tóxicas y estupefacientes. f) Tráfico ilegal o inmigración clandestina de personas, sean o no trabajadores. g) Los relativos a la mutilación genital femenina, siempre que los responsables se encuentren en España. h) Cualquier otro que, según los tratados y convenios internacionales, en particular los Convenios de derecho internacional humanitario y de protección de los derechos humanos, deba ser perseguido en España. Sin perjuicio de lo que pudieran disponer los tratados y convenios internacionales suscritos por España, para que puedan conocer los Tribunales españoles de los anteriores delitos deberá quedar acreditado que sus presuntos*

¹⁸⁰⁶ E. CHALAMISH. 2010, “Jurisdicción universal y política mundial: caso español”, en *Revista de Política Exterior*, Vol. XXIV, nº 134, pág. 69 y ss.; cfr. M. ABAD CASTELOS. 2012, “La persecución restringida de los delitos que lesionan valores esenciales de la comunidad internacional: ¿sigue existiendo la jurisdicción universal en España?”, en *Revista de Filosofía, Derecho y Política*, nº 15, pág. 76 y 77.

¹⁸⁰⁷ A. GIL GIL. 2003, “La persecución...”, *loc cit*, pág. 365.

¹⁸⁰⁸ C. CASTRESANA FERNÁNDEZ. 2001, “La figura del acusador...”, *loc cit*, pág. 182.

responsables se encuentran en España o que existen víctimas de nacionalidad española, o constatarse algún vínculo de conexión relevante con España y, en todo caso, que en otro país competente o en el seno de un Tribunal internacional no se ha iniciado procedimiento que suponga una investigación y una persecución efectiva, en su caso, de tales hechos punibles. El proceso penal iniciado ante la jurisdicción española se sobreseerá provisionalmente cuando quede constancia del comienzo de otro proceso sobre los hechos denunciados en el país o por el Tribunal a los que se refiere el párrafo anterior».

La nueva redacción ha conllevado una limitación considerable del sistema de eficacia del DIH¹⁸⁰⁹ y lo más importante, limitativos del derecho fundamental a la tutela judicial en su vertiente de acceso a la justicia del art. 24.1 de la CE¹⁸¹⁰. Los requisitos necesarios para poder aplicarse ahora la jurisdicción universal son los siguientes: presencia del presunto responsable en territorio español o existencia de víctimas españolas o existencia de vínculo o conexión relevante con España y, en todo caso, que no se haya iniciado procedimiento alguno que suponga una investigación efectiva en un Tribunal Internacional o en otro país competente. Debemos significar que los tres primeros nexos de conexión no son acumulativos, es decir, debe darse en todo caso uno de ellos, pero además, aparte del requisito anterior que tiene que acreditarse, deberá, imperativamente, concurrir el último (no existencia de procedimiento alguno en Tribunal Internacional u otro Estado competente) para que nuestros tribunales puedan conocer de un hecho en aplicación de la jurisdicción universal. En síntesis, puede concluirse que deberán concurrir dos requisitos.

¹⁸⁰⁹ J. CHINCHÓN ÁLVAREZ. 2009, “Análisis formal y material de la reforma del principio de jurisdicción universal en la legislación española: de la abrogación *de facto* a la derogación *de iure*”, en *Diario La Ley*, nº 7211, Ref. D-243, pág. 9; cfr. I. BLANCO CORDERO. 2009, “Sobre la muerte...”, *loc cit*, pág. 18.

¹⁸¹⁰ Cfr. M. OLLÉ SESÉ y C. LAMARCA PÉREZ. 2011, “La reforma del principio de justicia universal”, en *La Ley Penal*, nº 83, pág. 3.

En la exposición de motivos de la Ley Orgánica 1/2009, en el apartado tercero, únicamente se dice que la causa de la reforma del principio de jurisdicción universal se debe a *«adaptar y clarificar el precepto de acuerdo con el principio de subsidiariedad y la doctrina emanada del Tribunal Constitucional y la jurisprudencia del Tribunal Supremo»*. A mi juicio, existe una contradicción en dicha postura, toda vez que la doctrina del Tribunal Supremo fue corregida por el Tribunal Constitucional al ser diametralmente opuestas. El Supremo interpretaba la jurisdicción universal de manera restringida y el Constitucional de forma amplia, por lo que no puede afirmarse lo dispuesto en la exposición de motivos. Asimismo, en los debates parlamentarios se realizaron interesantes discursos en relación al tema analizado. El Sr. RIDAO lamentó la limitación de la justicia universal, la cual constituía un avance decisivo en la defensa de los derechos humanos de nuestra sociedad global y de los valores que son propios de la comunidad internacional más allá de valores particulares, *«porque desgraciadamente en nuestro mundo actual subsisten crímenes de especial gravedad (...) que permanecen impunes y que ofenden a toda la humanidad y que cuestionan los derechos humanos más fundamentales¹⁸¹¹»*. En el discurso de la Sra. MONTSERRAT se puede vislumbrar la finalidad de la reforma producida en nuestro país en torno a la justicia universal, toda vez que ésta manifestó que *«debíamos adaptar y clarificar el precepto de acuerdo con el principio de subsidiariedad y conforme a la doctrina del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional; homologar nuestra legislación con la de los países europeos de nuestro entorno y, solventar la problemática de que muchas de las sentencias son inejecutables y que afectaban a nuestras relaciones internacionales, generando a veces conflictos diplomáticos¹⁸¹²»*. De la locución efectuada por la diputada referida se deduce de forma clara la preocupación de los dirigentes políticos por la aplicación del principio de justicia universal, que conllevaba conflictos diplomáticos y perjudicaba nuestras relaciones internacionales¹⁸¹³, eso sí, siempre que tales investigaciones se dirigieran a países con los que

¹⁸¹¹ Diario de sesiones del Congreso de los Diputados de 25 de junio del 2009, nº 95, pág. 40.

¹⁸¹² *Ibidem*, pág. 45.

¹⁸¹³ Cfr. J. CHINCHÓN ÁLVAREZ. 2009, *loc cit*, pág. 11.

España tenía fuertes relaciones internacionales, lo que podría conllevar una politización de la justicia. Por último, el Sr. VILLARUBIA indicó en su discurso parlamentario que «*se pretende racionalizar la jurisdicción universal (...)*». Lo anterior es palmario, en el sentido de entender que lo que se pretendía era limitar la jurisdicción universal absoluta instaurada por la interpretación del Tribunal Constitucional. En definitiva, el debate parlamentario fue escaso¹⁸¹⁴ y además, a mi entender, se llevó a cabo la reforma mediante una ley que no tenía nada que ver con la jurisdicción universal, teniendo que haber concurrido una mayor discusión parlamentaria¹⁸¹⁵. A lo anterior podemos unir la celeridad de la reforma instaurada, que ha ocasionado ciertas contradicciones. Por ejemplo, en el preámbulo se menciona la posibilidad de perseguir universalmente crímenes de guerra mientras que en el texto dispositivo tales injustos no aparecen incorporados.

Aparte de todo lo manifestado, no podemos olvidarnos que el art. 23.4 de la LOPJ es una norma doméstica, cuya finalidad principal es dotar a nuestros órganos judiciales de competencia para conocer de determinados hechos punibles cometidos fuera de nuestro territorio y por extranjeros. En síntesis, se trataría de una norma procesal o de determinación de la extensión y límites de la jurisdicción¹⁸¹⁶. Si bien es cierto que la institución de la justicia universal debe mirarse desde el prisma del derecho internacional¹⁸¹⁷, no es menos cierto que los Estados deberían incorporarla en su ordenamiento jurídico, a fin de dar cumplimiento a lo dispuesto en los instrumentos internacionales que la contemplan, normalmente, de manera implícita. Esta necesidad de implementar en el ordenamiento interno la jurisdicción universal, debe partir del respeto a los principios básicos relativos al derecho de los tratados, en concreto, la no invocación del derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado, *ex art. 27* de la Convención de 1969 sobre el

¹⁸¹⁴ A. REMIRO BROTONS. 2010, “Crímenes internacionales...”, *loc cit*, pág. 59 y ss.

¹⁸¹⁵ J. CHINCHÓN ÁLVAREZ. 2009, *loc cit*, pág. 10.

¹⁸¹⁶ Recordemos que el art. 23.4 de la LOPJ se halla encuadrado dentro del Título I del Libro I de dicha ley, llevando por título “*De la extensión y límites de la jurisdicción*”.

¹⁸¹⁷ M. ABAB CASTELOS. 2012, “La persecución restringida...”, *loc cit*, pág. 66.

derecho de los tratados y la correcta interpretación del mismo, *ex art.* 31 del citado instrumento internacional.

Dicho lo anterior, el hecho de que con la nueva enmienda de la LOPJ se haya producido una limitación del ámbito extraterritorial de la ley penal española¹⁸¹⁸, en particular, de la jurisdicción universal, no debería producir reparo alguno, siempre y cuando tales limitaciones no fuesen en contra de lo estipulado en el derecho internacional y en nuestra norma suprema. La norma interna que implementa mandatos emanados de normas convencionales debería respetar su fuente primigenia, es decir, el instrumento internacional. En suma, la implementación de la norma convencional al derecho interno no debería perjudicar la finalidad y objeto de aquélla.

Llegados a este punto, hemos de reseñar la existencia de tratados internacionales que prevén implícitamente la jurisdicción universal y que nuestro art. 23.4 de la LOPJ ha recogido en su precepto, ya sea expresamente o mediante una cláusula genérica o de remisión. Un ejemplo evidente lo constituye el delito internacional de terrorismo, previsto en numerosos instrumentos internacionales y específicamente contemplado en la letra b) del art. 23.4 de la LOPJ. En cuanto a los crímenes de guerra constitutivos de infracciones graves del DIH, los Convenios de Ginebra de 1949 contemplan la jurisdicción universal obligatoria y nuestra norma interna, a través de la cláusula de salvaguarda del derecho internacional prevista en la letra h) del art. 23.4 de la LOPJ posibilita y obliga a su persecución¹⁸¹⁹. Pues bien, si un tratado faculta la aplicación de la justicia universal, basándose en determinadas condiciones, habitualmente relacionadas con la regla *aut dedere aut iudicare*, lo normal sería que nuestra norma interna previera estas condiciones o

¹⁸¹⁸ Cfr. A. C. ANDRÉS DOMÍNGUEZ. 2010, “La reforma del principio de justicia universal”, en *Revista de Derecho Penal*, nº 31, pág. 21.

¹⁸¹⁹ En sentido contrario FEIJOO SÁNCHEZ, quien considera que la extraterritorialidad de la ley penal contemplada en el art. 23.4 de la LOPJ es facultativa y no obligatoria, cfr. B. FEIJOO SÁNCHEZ. 2011, “El principio de justicia universal en el derecho penal español tras la reforma mediante la LO 1/2009”, en *Indret*, pág. 5. Este autor desde mi punto de vista se equivoca en relación a las infracciones graves del DIH, toda vez que la norma internacional prevé la obligación de juzgar no una mera facultad, la cual regiría para cualquier otra violación grave del DIH ya fuese cometida en contiendas internas o internacionales.

requisitos. De igual forma, cuando el texto internacional no dijese nada al respecto, no habría inconveniente alguno para que nuestra norma doméstica estableciese ciertas limitaciones sobre la aplicación de la jurisdicción española. Ahora bien, el umbral de las posibles limitaciones que pudiese introducir nuestra ley interna estarían relacionadas con la finalidad del convenio internacional correspondiente, el cual no podría verse perjudicado. Con respecto a las infracciones graves del DIH, toda vez que los Convenios de Ginebra de 1949 imponen una obligación a los Estados, quienes se han comprometido a respetarlos y hacerlos respetar, lo lógico y razonable es que nuestra norma interna no lesione o menoscabe esta finalidad. Por ello, entiendo que el art. 23.4 de la LOPJ al emplear el término «*sin perjuicio de lo que pudieran disponer los tratados y convenios internacionales suscritos por España...*», reconoce la finalidad y objeto esencial de los mismos, que no se verán afectados por las limitaciones previstas en nuestra norma doméstica¹⁸²⁰.

Lo manifestado resulta relevante ya que nuestros tribunales de justicia al aplicar la jurisdicción universal lo que estarán haciendo no es otra cosa que aplicar derecho penal español mediante normas de competencia españolas¹⁸²¹, como es el art. 23.4 de la LOPJ, todo ello con el fin de darse cumplimiento al derecho internacional. Desde esta perspectiva es fundamental que la trasposición de la norma convencional en derecho interno se efectúe con el máximo respeto a aquélla, teniendo en cuenta los valores, objeto y finalidad de la norma internacional afectada. Como afirma FEIJOO SÁNCHEZ, la razón por la que pueden ser competentes nuestros órganos judiciales para conocer de determinados hechos punibles, en virtud del principio de justicia universal, deriva de lo dispuesto en la legislación española, por lo que no sería incompatible que se limitase dicho principio mediante nuestra propia legislación, eso sí, respetando las obligaciones impuestas por el derecho internacional y nuestra Constitución española¹⁸²².

¹⁸²⁰ Cfr. J. DEL CARPIO DELGADO. 2009, *loc cit*, pág. 5.

¹⁸²¹ Cfr. B. FEIJOO SÁNCHEZ. 2011, *loc cit*, pág. 5.

¹⁸²² *Ibidem*, pág. 11. No comparto sin embargo la posición de este autor cuando sostiene que la aplicación de la justicia universal surge exclusivamente de la legislación española en consonancia con el derecho internacional, ya que está omitiendo en todo momento preceptos

2.4. Vinculaciones requeridas tras la enmienda de la Ley Orgánica 1/2009.

Nuestro legislador es libre para imponer límites al principio de justicia universal consagrado en el art. 23.4 de la LOPJ, siempre que respete el derecho internacional vinculante para nuestro Estado, así como los principios básicos y derechos fundamentales de la Constitución española. Dicho esto, hemos de reseñar que el Tribunal Constitucional sostuvo que la justicia universal contemplada en nuestro ordenamiento jurídico era «*absoluta, es decir, sin sometimiento a criterios restrictivos de corrección o procedibilidad, y sin ordenación jerárquica alguna con respecto al resto de las reglas de atribución competencial, puesto que, a diferencia del resto de criterios, el de justicia universal se configura a partir de la particular naturaleza de los delitos objeto de persecución*¹⁸²³»; no requiriéndose vinculación alguna, ni estableciéndose límites a dicho principio (a excepción de la cosa juzgada), ya que el propio tenor de la ley no los establecía. Sin embargo, con la nueva redacción dada por la Ley Orgánica 1/2009, se han introducido determinadas vinculaciones que limitan el sistema de jurisdicción universal, siendo estas las siguientes: la existencia de víctimas españolas o de un vínculo o conexión relevante con España o la presencia del presunto responsable en territorio español y que no se haya iniciado procedimiento alguno que suponga una investigación efectiva en un Tribunal internacional o en otro país competente. El último requisito debe concurrir en todo caso, mientras que los tres primeros son alternativos, es decir, basta con que concurra uno de ellos.

Si bien es cierto que la STC núm. 237/2005, en uno de sus fundamentos jurídicos, de forma visionaria, nos previene de la posibilidad de que la exégesis del art. 23.4 de la LOPJ pueda verse presidida por posteriores criterios reguladores que vengán a restringir su ámbito de aplicación, no es menos cierto que dicha restricción no es ilimitada. En todo caso deberá ser razonable y

vinculantes de carácter *erga omnes* como son los Convenios de Ginebra de 1949, que imponen una obligación a los Estados. Por lo cual, en relación a las infracciones graves del DIH, la norma que impone a los Estados el perseguir dichos comportamientos surge del derecho internacional, siendo posteriormente implementada la misma en nuestro ordenamiento jurídico.

¹⁸²³ Sentencia del núm. TC 237/2005, de 26 de septiembre, FJ 3º.

proporcionada, a fin de no vaciar de contenido el principio de justicia universal. La *voluntas legislatoris* debe partir del respeto al derecho internacional, del cumplimiento de los mandatos establecidos en los tratados internacionales vinculantes y de la debida observancia a los derechos fundamentales establecidos en la Constitución española. La esencia de la justicia universal radica en la aplicación del derecho penal doméstico para proteger unos bienes jurídicos vinculados con la comunidad internacional, pero mediante un proceso penal que debe satisfacer las exigencias y derechos derivados de nuestro ordenamiento jurídico, tanto para el imputado como para los perjudicados.

2.4.1. *Existencia de víctimas españolas.*

En muchas ocasiones se ha confundido la jurisdicción universal con otra serie de títulos jurisdiccionales de aplicación extraterritorial de la ley penal. Con la enmienda llevada a cabo por la Ley Orgánica 1/2009, considero que se ha producido lo referido, es decir, se ha confundido la justicia universal con el principio de personalidad pasiva¹⁸²⁴. Si queremos que nuestros tribunales cumplan con las exigencias internacionales derivadas de los tratados internacionales, no podemos aplicar exclusivamente la ley cuando haya víctimas españolas, ya que ello no supone la aplicación de la justicia universal, si no el principio de personalidad pasiva, es decir, la defensa de nuestros compatriotas. Esta interpretación podría ser insolidaria, toda vez que los crímenes internacionales cometidos en territorios ajenos dejarían de poder ser investigados en nuestro Estado si no hay una víctima española, con el correspondiente incumplimiento de las referidas exigencias internacionales. Otra cuestión a tener en cuenta es el hecho de que la justicia universal, tal y como manifestó el Tribunal Constitucional en su STC núm. 237/2005, se fundamenta en la *particular naturaleza* del hecho punible y no en la

¹⁸²⁴ Cfr. A. PIGRAU SOLÉ. 2009, “La Jurisdicción Universal...”, *loc cit*, pág. 122; M. OLLÉ SESÉ y C. LAMARCA PÉREZ. 2011, *loc cit*, pág. 4; cfr. I. BLANCO CORDERO. 2012, “La jurisdicción universal...”, *loc cit*, pág. 573 y ss.; cfr. I. BLANCO CORDERO. 2009, “Sobre la muerte...”, *loc cit*, pág. 8 y 9; cfr. A. C. ANDRÉS DOMÍNGUEZ. 2010, “La reforma...”, *loc cit*, pág. 34 y ss.

nacionalidad de la víctima¹⁸²⁵. Desde el momento en que el responsable no se encuentre en territorio español y no existan intereses españoles se requerirá la existencia de víctimas españolas, criterio demasiado proteccionista como para considerarlo dentro del título jurisdiccional universal, aunque fuese exigido con anterioridad por el Tribunal Supremo¹⁸²⁶.

El presupuesto de la nacionalidad de la víctima puede derivar en interpretaciones erróneas de los crímenes internacionales. Por ejemplo, en el crimen de genocidio, el cual perjudica a la comunidad internacional como ningún otro, despreciándose el respeto de la vida de una etnia o grupo racial, conllevaría que en nuestro ordenamiento jurídico sólo fuese relevante si las víctimas son españolas¹⁸²⁷. El tipo penal referido protege a la comunidad internacional no a la población o ciudadanía española. Por ello, la confusión con el principio de personalidad pasiva o incluso con el de protección es patente. De ahí que considere que este requisito supone una desnaturalización por completo de la justicia universal.

Los art. 49 CGI, 50 CGII, 129 CGIII y 146 CGIV de los Convenios de Ginebra de 1949 consagran la jurisdicción universal obligatoria, en definitiva, de obligado cumplimiento para nuestro Estado. No se exige que las víctimas deban ser del Estado Parte, ya que la finalidad de tales preceptos fue evitar resquicio alguno para la impunidad de los criminales de guerra, dando igual la nacionalidad de las partes implicadas (víctimas y responsables) en beneficio de la propia comunidad internacional que es la auténtica perjudicada. De igual manera, si el Estado Parte no quiere enjuiciar al responsable puede extraditarlo a otro país que sí esté dispuesto a ejercer las acciones penales pertinentes. Como se indicó, la implementación de las normas internacionales dentro de nuestro ordenamiento jurídico debe hacerse atendiendo a la finalidad del tratado internacional, sin perjudicar el mismo, ni su objeto. En este estado de

¹⁸²⁵ Cfr. J. DEL CARPIO DELGADO. 2009, *loc cit*, pág. 13.

¹⁸²⁶ STS núm. 327/2003, de 25 de febrero, FJ 12º.

¹⁸²⁷ Cfr. A. C. ANDRÉS DOMÍNGUEZ. 2010, “La reforma...”, *loc cit*, pág. 35; Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 237/2005, de 26 de septiembre, FJ. 9º.

ideas, si dichos convenios no requieren la existencia de víctimas nacionales para que se cumpla la obligación de buscar y hacer comparecer ante los tribunales de justicia a los responsables de la comisión de infracciones graves del DIH, el derecho interno no puede imponer tal limitación, ya que se estaría restringiendo y condicionando el mandato imperativo de los artículos precitados. A mayor abundamiento, dicha limitación estaría comprometiendo una de las finalidades principales de los Convenios de Ginebra, en concreto, la persecución universal de los criminales de guerra. Lo característico de este derecho consuetudinario es que conllevó un avance notable en la represión de los crímenes de guerra, ya que ahora las partes contendientes no son las únicas que tienen derecho a reprimirlas penalmente, sino que también cualquier otro Estado se encontraría en la obligación de buscar a los responsables y someterlos a la justicia. Desde esta óptica, requerir la existencia de víctimas españolas para perseguir infracciones graves del DIH conllevaría una desnaturalización grave de los Convenios de Ginebra, así como una limitación no requerida por el derecho internacional. Por ello, entiendo que el término del art. 23.4 de la LOPJ «*sin perjuicio de lo que pudieran disponer los tratados y convenios internacionales...*», debería conllevar que en relación a los crímenes de guerra constitutivos de infracciones graves del DIH, nuestros tribunales de justicia interpreten o consideren la no necesidad de existencia de víctimas españolas, toda vez que tal vínculo no es exigido por el derecho internacional y la incorporación del mismo supondría una interpretación demasiado restrictiva del convenio, llegando a afectar a su objeto y finalidad.

Recordemos que el art. 23.4 de la LOPJ no es una norma penal, se trata de una norma de carácter procesal o de atribución de competencia, por lo que la interpretación de la misma deberá guiarse por los parámetros establecidos en el art. 3 del Código Civil, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquellas¹⁸²⁸. Dicho espíritu y finalidad de la norma hemos de ponerla en

¹⁸²⁸ Cfr. M. COBO DEL ROSAL y T.S. VIVES ANTÓN. 1999, *loc cit*, pág. 137, como bien apuntan estos autores la interpretación de la norma no puede ser excesivamente formalista, sino que debe atender a su espíritu y finalidad; cfr. L. JIMÉNEZ DE ASÚA. 1958, “Principios de derecho penal...”, *loc cit*, pág. 102.

relación con el derecho internacional, ya que los crímenes de guerra punibles bajo los Convenios de Ginebra sólo podrían ser perseguidos en España bajo la letra h) del art. 23.4 de la LOPJ, que nos remite expresamente al derecho internacional humanitario y al derecho internacional de los derechos humanos. Cuando se produce tal remisión al derecho internacional el órgano judicial deberá tener en cuenta lo dispuesto en el mismo, así como la finalidad y objeto de dichas normas convencionales, llevando a cabo una interpretación sistemática¹⁸²⁹. Omitir lo anterior supondría una dejación totalmente reprochable del órgano judicial. Si como establece RODRÍGUEZ MOURULLO la interpretación es un acto de conocimiento y no de creación de preceptos jurídicos, no debiendo ceñirse exclusivamente al formalismo el órgano judicial¹⁸³⁰, éste debería conjugar la norma convencional con la doméstica para deducir el significado de nuestro art. 23.4 de la LOPJ en cada caso concreto; así se produciría una interpretación correcta de la norma a aplicar.

Ciertamente, también hemos de reseñar que el vínculo estudiado no es obligatorio en todo caso para que nuestros órganos judiciales sean competentes para conocer de crímenes internacionales, sino que es alternativo, junto a la presencia del responsable en territorio nacional o la existencia de intereses españoles, por lo que entiendo que el mismo no debería tenerse en cuenta para la persecución de infracciones graves del DIH. Esta circunstancia, abunda todavía más en la interpretación que debe hacerse de este requisito en relación a las infracciones graves del DIH, ya que si entendemos que junto con el principio de subsidiariedad, debe concurrir la existencia de víctimas españolas para que nuestros órganos judiciales conozcan de tales hechos punibles, estaríamos ante una interpretación muy formalista del art. 23.4 de la LOPJ, con un resultado bastante pernicioso, hecho no deseado por el derecho internacional.

¹⁸²⁹ Cfr. M. COBO DEL ROSAL y T.S. VIVES ANTÓN. 1999, *loc cit*, pág. 138.

¹⁸³⁰ Cfr. G. RODRÍGUEZ MOURULLO. 1978, *loc cit*, pág. 103 y 104.

De otra parte, si acudimos a ciertos convenios internacionales, tales como el Convenio contra las Torturas de 1984, podemos observar que éste contempla el principio de personalidad pasiva siempre que lo considere apropiado el Estado. Pero además, de manera implícita, aparece el título jurisdiccional universal en un apartado aparte, sin que se exija la nacionalidad de la víctima, sólo la presencia del responsable en su territorio y la no extradición de éste. En este supuesto deberá juzgarse al responsable, ya que todo lo contrario supondría un incumplimiento del principio *pacta sunt servanda*. Por todo lo manifestado, entiendo que con el presente vínculo se ha limitado la jurisdicción universal, al confundirla con otro principio bien distinto, como es el de personalidad pasiva.

Aceptando una interpretación literal del precepto analizado, tendremos que concretar qué significado dar al término “víctima” y “nacionalidad española”. Pues bien, según la Real Academia Española víctima es aquella persona que padece daño por culpa ajena o por causa fortuita. Podemos deducir que el nuevo título jurisdiccional será de aplicación cuando existan personas perjudicadas por un hecho punible¹⁸³¹ previsto en las letras a) a h) del art. 23.4 de la LOPJ, no pudiendo considerarse a la víctima, exclusivamente, como el ofendido por el ilícito penal o el sujeto pasivo del mismo¹⁸³². El significado que debe darse al término “víctima” debería ser amplio¹⁸³³, incluyéndose tanto a los perjudicados directos como a los indirectos que sufran algún tipo de repercusión económica, física, psicológica o de otro tipo, derivadas de los hechos punibles contemplados en el art 23.4 de la LOPJ. Si consideramos a los

¹⁸³¹ Cfr. H. OLÁSULO ALONSO y P. GALAIN PALERMO. 2010, “La influencia en la Corte Penal Internacional de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en materia de acceso, participación y reparación de víctimas”, en *Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos y Derecho Penal Internacional*, Editor: G. ELSNER, Montevideo: Konrad Adenauer, pág. 386 y ss. Debemos de significar que a CIDH entiende que en el término de víctima sólo se pueden comprender las personas físicas.

¹⁸³² Cfr. M. OLLÉ SESÉ y C. LAMARCA PÉREZ. 2011, *loc cit*, pág. 4.

¹⁸³³ VV.AA. 2011, “La justicia universal en el derecho internacional: mesa redonda de expertos”, *Asociación Pro Derechos Humanos de España*, pág. 15 y ss.; Cfr. H. OLÁSULO ALONSO y P. GALAIN PALERMO. 2010, “La influencia...”, *loc cit*, pág. 387, acudiendo a la jurisprudencia de la CIDH, dentro del concepto de víctima se incluye a los familiares inmediatos (hermanos, cónyuges, ascendientes, descendientes o parejas de hecho), Sentencia de la CIDH, de 25 de noviembre de 2000, caso *Bámaca Velásquez v. Guatemala*, serie C, nº 70, pára. 223.

perjudicados indirectos como víctimas, el título jurisdiccional universal se vería ciertamente ampliado¹⁸³⁴. En mi opinión, la Ley 35/1995, de 11 de diciembre, de Asistencia y ayuda a víctimas de delitos violentos y contra la libertad sexual, podría servir como punto de partida, para entender el alcance del concepto de “víctima”, incorporándose tanto una víctima directa, que sería el sujeto pasivo del crimen cometido, como una indirecta, en la que se incluiría al cónyuge, descendientes, personas dependientes de la víctima directa y padres de ésta. Así pues, cuando se acredite que exista alguna víctima de las antedichas y éstas tengan nacionalidad española, se entenderá cumplido el nuevo vínculo exigido por la Ley Orgánica 1/2009. También debemos reseñar que una posible definición de “víctima” puede surgir de las Reglas de Procedimiento y Pruebas de la CPI, en cuya regla 85 se establece una definición válida del término¹⁸³⁵.

Otro aspecto relevante es la consideración de la nacionalidad de la víctima, la cual debe ser española. En este sentido no cabe otra alternativa que acudir a lo dispuesto en los art. 17 y ss. de Código Civil para entender cómo se adquiere la nacionalidad española y su forma de perderla. Ciertamente, el momento de la adquisición de la nacionalidad puede ser interesante, ya que considero que aunque la misma se obtenga con posterioridad al hecho criminal, se daría por cumplido el vínculo exigido. En síntesis, no haría falta que la víctima fuese española justo en el momento de la comisión del hecho punible,

¹⁸³⁴ Cfr. I. BLANCO CORDERO. 2012, “La jurisdicción universal...”, *loc cit*, pág. 575.

¹⁸³⁵ Cfr. Resolución RC/Res.2, de 8 de junio de 2010, relativa al impacto del sistema del Estatuto de Roma sobre las víctimas y las comunidades afectadas; cfr. H. OLÁSULO ALONSO y A. KISS. 2010, “El Estatuto de Roma...”, *loc cit*, pág. 4 y ss.; cfr. C. P. TRUMBULL. 2008, “The victims of victim. Participation in international criminal proceedings”, en *Michigan Journal of International Law*, Vol. 29, pág. 777; cfr. C. H. CHUNG. 2008, “Victim’s participation at the international criminal court: are concessions of the court clouding the promise?”, en *Northwestern Journal of International Human Rights*, Vol. 6, Issue 3, pág. 506 y ss.; cfr. H. OLÁSULO ALONSO. 2005, “La posición procesal de las víctimas en el proceso de activación ante la Corte Penal Internacional”, en *La Ley*, Madrid, núm. 6343, pág. 1 a 7. La citada regla 85 dispone que «*Para los fines del Estatuto y de las Reglas de Procedimiento y Pruebas: a) Por «víctimas» se entenderá las personas naturales que hayan sufrido un daño como consecuencia de la comisión de algún crimen de la competencia de la Corte; b) Por víctimas se podrá entender también las organizaciones o instituciones que hayan sufrido daños directos a alguno de sus bienes que esté dedicado a la religión, la instrucción, las artes, las ciencias o la beneficencia y a sus monumentos históricos, hospitales y otros lugares y objetos que tengan fines humanitarios*».

pudiendo serlo con posterioridad, en el momento de la interposición de la querrela o de la incoación del procedimiento penal¹⁸³⁶. Sobre la doble nacionalidad tampoco debería haber mucha discusión al respecto, ya que entraría perfectamente en el concepto de nacionalidad española. Cuestión distinta merece la residencia de la víctima, ya que entiendo que el vínculo exigido por la ley es la nacionalidad y no la mera residencia en España, que no satisfecería los vínculos requeridos, aunque existan ordenamientos jurídicos en dónde se posibilita la actuación judicial por la mera residencia de la víctima.

2.4.2. *Existencia de vínculo de conexión relevante con España.*

Este requisito, a mi juicio, conlleva una enorme inseguridad jurídica, toda vez que estamos tratando de un concepto jurídico indeterminado¹⁸³⁷ que debe ser precisado por los tribunales caso por caso. ¿Qué es un vínculo de conexión importante? Podrían ser intereses económicos, intereses de la defensa nacional, estratégicos, religiosos, culturales, históricos, lingüísticos, jurídicos u otros distintos. A causa de la enorme disparidad de opiniones en torno a estos términos, entiendo que no debería haberse incluido el mismo, al poder suponer un cajón de sastre que en algunas ocasiones podría utilizarse y en otras no, dependiendo de numerosos factores, lamentablemente de índole política. Además, la característica más importante de la justicia universal es la ausencia de conexión o vínculo del delito con el tribunal que pretende conocer del mismo. Por otro lado, dicha conexión o vínculo relevante con España desnaturalizaría y dejaría vacío de contenido la jurisdicción universal, toda vez que la aplicación de este principio es en beneficio de la comunidad internacional no en beneficio propio o por un interés particular, que en definitiva es lo que constituye el requisito analizado, asemejándose al título jurisdiccional de protección previsto en el art. 23.3 de la LOPJ¹⁸³⁸.

¹⁸³⁶ Cfr. J. DEL CARPIO DELGADO. 2009, *loc cit*, pág. 13; M. OLLÉ SESÉ y C. LAMARCA PÉREZ. 2011, *loc cit*, pág. 4.

¹⁸³⁷ Cfr. E. GARCÍA DE ENTERRÍA. 2006, “*Curso de Derecho Administrativo I*”, Madrid: Thomson-Civitas, pág. 463 y ss.; cfr. A. C. ANDRÉS DOMÍNGUEZ. 2010, “La reforma...”, *loc cit*, pág. 36 y ss.

¹⁸³⁸ Cfr. J. DEL CARPIO DELGADO. 2009, *loc cit*, pág. 14.

El presente vínculo ya fue exigido por el Tribunal Supremo en el caso *Guatemala*, sin embargo el mismo fue considerado *contra legem* en aquel momento por el Tribunal Constitucional. Recordemos que este órgano judicial manifestó que «*La persecución internacional y transfronteriza que pretende imponer el principio de justicia universal se basa exclusivamente en las particulares características de los delitos sometidos a ella, cuya lesividad (paradigmáticamente en el caso del genocidio) trasciende la de las concretas víctimas y alcanza a la comunidad internacional en su conjunto. Consecuentemente su persecución y sanción constituyen, no sólo un compromiso, sino también un interés compartido de todos los Estados cuya legitimidad, en consecuencia, no depende de ulteriores intereses particulares de cada uno de ellos*»¹⁸³⁹. Como bien parece deducirse por el Tribunal Constitucional, la existencia de intereses particulares españoles no encajaría bien con la justicia universal que no requiere de tales conexiones, al afectar a la comunidad internacional en su conjunto. De ahí su relevancia¹⁸⁴⁰.

Dentro de los posibles vínculos de conexión relevantes con España podríamos incluir la residencia de la víctima, e incluso, del responsable penal en nuestro territorio, ya fuese permanente o temporal, completando de esta manera el vínculo anterior. Numerosas legislaciones otorgan jurisdicción a sus tribunales por la mera residencia de la víctima o del responsable penal¹⁸⁴¹. Centrándonos en los crímenes de guerra constitutivos de infracciones graves del DIH, los Convenios de Ginebra de 1949 no exigen en ningún momento conexión o vínculo alguno relevante con el Estado Parte, aunque sí es cierto que algunos Estados, al implementar en su ordenamiento jurídico tales instrumentos internacionales, han requerido la residencia del autor en su

¹⁸³⁹ Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 237/2005, de 26 de septiembre, FJ 9º.

¹⁸⁴⁰ Cfr. M. OLLÉ SESÉ y C. LAMARCA PÉREZ. 2011, *loc cit*, pág. 5.

¹⁸⁴¹ Cfr. A. PIGRAU SOLÉ. 2009, “La Jurisdicción Universal...”, *loc cit*, pág. 69; entre la legislación que contempla dicha posibilidad encontramos la *International Criminal Court Act del 2002* de Malta, Chapter 453, sec. 7(3); *International Criminal Court Act 2001* del Reino Unido, Chapter 17, Sec. 51 y 58; *International Criminal Court Act 2002* de Sudáfrica, Chapter 2, Sec. 4(3) b) y; *Philippine Act on Crimes Against International Humanitarian Law, Genocide, and Other Crimes Against Humanity 2009* de Filipinas, Chapter 7, Sec. 17 b).

territorio¹⁸⁴². Nuestro legislador debería haber determinado o concretado más este vínculo, no dejando un concepto tan amplio e indeterminado.

Si entendemos incluido en el concepto de vínculo relevante con España los intereses culturales, lingüísticos, históricos o económicos, nos estaríamos aproximando, como bien sostiene BLANCO CORDERO, a una jurisdicción colonialista¹⁸⁴³. Por eso, considero que los vínculos relevantes con España, en principio, sólo estarían ceñidos a la residencia o arraigo del responsable y de la víctima. Esta conexión de residencia permitiría no desnaturalizar la jurisdicción universal. Además, podría considerarse un vínculo relevante con nuestro Estado, satisfaciéndose la tutela judicial efectiva de nuestro art. 24 de la CE¹⁸⁴⁴, que aparece contemplada expresamente también en el art. 20 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España. Llegados a este punto, podríamos afirmar que en el supuesto de que un extranjero que residiera permanentemente en España y los familiares más próximos (padres, descendientes o hermanos) de éste fuesen víctimas directas de una infracción grave del DIH, nuestros órganos judiciales estarían legitimados para conocer de tales crímenes, atendiendo a los nuevos presupuestos exigidos por la Ley Orgánica 1/2009. Aun así, también considero que en virtud de la expresión «*sin perjuicio...*», empleada en la nueva redacción del art. 23.4 de la LOPJ, no sería necesario ningún vínculo relevante con España, como veremos posteriormente.

2.4.3. *La presencia del presunto responsable en territorio español.*

Este presupuesto se opone a la denominada jurisdicción universal absoluta¹⁸⁴⁵. Constituye una de las novedades más importantes llevadas a cabo por la Ley Orgánica 1/2009. La mayoría de los tratados internacionales que

¹⁸⁴² Cfr. Código penal de Finlandia Sec. 6(3) 1 y Sec. 7 y Sec. 8 en consonancia con el Decreto de aplicación de la Sec. 7 del citado código penal, que versa de los crímenes internacionales.

¹⁸⁴³ I. BLANCO CORDERO. 2012, “La jurisdicción universal...”, *loc cit*, pág. 576; cfr. I. BLANCO CORDERO. 2009, “Sobre la muerte...”, *loc cit*, pág. 10 y 11.

¹⁸⁴⁴ J. DEL CARPIO DELGADO. 2009, *loc cit*, pág. 14 y 15.

¹⁸⁴⁵ *Ibidem*, pág. 7.

contemplan la jurisdicción universal incorporan la regla *aut dedere aut iudicare*. La obligación de juzgar, normalmente, surge cuando el responsable se encuentra en algún territorio bajo la jurisdicción del Estado y no se procede a su extradición. A modo de ejemplo cabe citar el art. 5.2 del Convenio de Toma de Rehenes de 1979 que dispone «*Todo Estado tomará asimismo las medidas necesarias para establecer su jurisdicción sobre estos delitos en los casos en que el presunto delincuente se halle en cualquier territorio bajo su jurisdicción y dicho Estado no conceda la extradición (...)*». Sólo los Convenios de Ginebra de 1949 y su Protocolo Adicional I de 1977 establecen una jurisdicción universal absoluta, al no requerirse expresamente que el responsable se halle en el territorio de los Estados Parte para que éste pueda iniciar un procedimiento penal por crímenes de guerra¹⁸⁴⁶. El presupuesto de la presencia del responsable podría inducir a error con la regla *aut dedere aut iudicare*, ya que una cosa es la obligación referida, que surge desde que el responsable se encuentra en el territorio, y otra cosa bien distinta, es la jurisdicción universal¹⁸⁴⁷. Ciertamente, la jurisdicción universal territorial es la que mayor acogida tiene en el derecho convencional.

En mi opinión, el vínculo exigido puede llevarnos a cierta confusión, como bien indica OLLÉ SESÉ, quien sostiene, acertadamente, que no podemos confundir una cuestión de competencia jurisdiccional con un requisito procedimental de enjuiciamiento, pues como es sabido, lo que nuestro ordenamiento jurídico prohíbe son los juicios en ausencia¹⁸⁴⁸ (y no en todos los casos), no la jurisdicción absoluta. En otros apartados hemos tratado la jurisdicción absoluta, llegando a la conclusión de que la misma no está prohibida en el derecho internacional, circunstancia ésta respaldada por el hecho de que varios Estados en su legislación doméstica no requieren la

¹⁸⁴⁶ Cfr. A. SÁNCHEZ LEGIDO, *loc cit*, pág. 269; cfr. F. M. MARIÑO MENÉNDEZ. 2009, *loc cit*, pág. 53.

¹⁸⁴⁷ Cfr. A. C. ANDRÉS DOMÍNGUEZ. 2010, “La reforma...”, *loc cit*, pág. 33.

¹⁸⁴⁸ Cfr. M. OLLÉ SESÉ y C. LAMARCA PÉREZ. 2011, *loc cit*, pág. 4; cfr. C. LAMARCA PÉREZ y M. OLLÉ SESÉ. 2012, “Análisis de la regulación actual del principio de justicia universal y propuestas de *lege ferenda*”, en *El principio de Justicia Universal: fundamentos y límites*, Directora: A.I. PÉREZ CEPEDA, Valencia: Tirant Lo Blanch, pág. 644 y ss.; F. JIMÉNEZ GARCÍA y B. GARCÍA SÁNCHEZ. 2012, *loc cit*, pág. 196.

presencia del responsable para poder juzgarle, como sucede en Hungría, Croacia, Finlandia o Nueva Zelanda¹⁸⁴⁹. De otra parte, numerosas legislaciones sí requieren la presencia del responsable en la fase del juicio oral, al igual que varias resoluciones judiciales de diversos tribunales nacionales ya reseñadas. En este estado de cosas, parece razonable considerar que el tema se encuentra abierto al debate, no pudiendo ceñirnos exclusivamente a una posición drástica relacionada con la posición de que el derecho internacional prohíba la denominada jurisdicción absoluta.

El Tribunal Constitucional al abordar la cuestión de la necesidad o no de que estuviese presente el responsable en nuestro territorio para que los tribunales pudieran conocer del delito, en aplicación de la jurisdicción universal (caso *Guatemala*), sostuvo que dicha exigencia no podía ser requerida. Indicó que la propia ley española no lo exigía y también que tal extremo resultaría contradictorio con el fundamento y fines inherentes a la jurisdicción universal¹⁸⁵⁰. La postura adoptada por el Tribunal Constitucional debe actualmente ser matizada, dado que el art. 23.4 de la LOPJ ha sido reformado. Ahora se requiere la presencia del responsable en nuestro territorio. Este presupuesto podría interpretarse atendiendo a dos teorías, una estricta y otra amplia. La teoría estricta nos conduciría a considerar que para que nuestros órganos judiciales tengan competencia es preciso que el responsable se encuentre en nuestro territorio. La presencia del responsable otorgaría la requerida jurisdicción. La teoría amplia nos llevaría a entender que la presencia del responsable sería una cuestión de mero procedimiento, ya que se partiría de

¹⁸⁴⁹ Cfr. I. BLANCO CORDERO. 2012, “La jurisdicción universal...”, *loc cit*, pág. 571.

¹⁸⁵⁰ Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 237/2005, de 26 de septiembre, FJ 7º: «Sin lugar a dudas la presencia del presunto autor en el territorio español es un requisito insoslayable para el enjuiciamiento y eventual condena, dada la inexistencia de los juicios in absentia en nuestra legislación (exceptuando supuestos no relevantes en el caso). Debido a ello institutos jurídicos como la extradición constituyen piezas fundamentales para una efectiva consecución de la finalidad de la jurisdicción universal: la persecución y sanción de crímenes que, por sus características, afectan a toda la comunidad internacional. Pero tal conclusión no puede llevar a erigir esa circunstancia en requisito sine qua non para el ejercicio de la competencia judicial y la apertura del proceso, máxime cuando de así proceder se sometería el acceso a la jurisdicción universal a una restricción de hondo calado no contemplada en la Ley; restricción que, por lo demás, resultaría contradictoria con el fundamento y los fines inherentes a la institución».

la idea de que nuestros tribunales tendrían jurisdicción para conocer de los crímenes en cuestión. En mi opinión, la interpretación que debería darse a este presupuesto se fundamentaría en la referida teoría amplia, ya que nuestros órganos judiciales tendrían competencia universal para conocer de los delitos enumerados en el art. 23.4 de la LOPJ. Este precepto comienza diciendo que «igualmente, será competente la jurisdicción española para conocer de los hechos (...)». Como puede apreciarse, se reconoce desde un primer momento la jurisdicción de nuestros órganos judiciales sobre determinados comportamientos punibles. Posteriormente, no es menos cierto que se incorporan unos presupuestos para que *nuestros tribunales puedan conocer de los anteriores delitos*. Estos requisitos limitarían la competencia de nuestros tribunales pero no su jurisdicción, que viene reconocida en el primer párrafo del art. 23.4 de la LOPJ. Por ello, los mencionados presupuestos deberían considerarse como cuestiones procedimentales y no de jurisdicción.

Normalmente, en nuestro procedimiento penal el estadio procesal oportuno en el que tiene que estar presente el procesado o inculcado es en la fase del juicio oral. Hasta ese momento no hay impedimento alguno para iniciarse una causa penal, incluso está permitido dictar el procesamiento del presunto responsable estando ausente éste, toda vez que existen herramientas legales para hacerle comparecer ante la autoridad judicial, ya sea mediante la extradición o la orden europea de detención y entrega. Si nuestro ordenamiento jurídico contempla dichas figuras jurídicas, salvo que se articule una excepción legal a la aplicación de éstas para determinados supuestos, lo normal y lógico, sería utilizarlas. La posición del Tribunal Constitucional al afirmar que la presencia del responsable no puede entenderse como un requisito *sine qua non* para que conozcan nuestros tribunales es acertada, ya que de lo contrario se estaría vaciando de contenido (en parte) tanto la extradición como la orden europea de detención y entrega¹⁸⁵¹. El legislador al incorporar el presente

¹⁸⁵¹ Si bien es cierto que la figura de la extradición no tiene como finalidad única servir al principio de jurisdicción universal o servir para entregar presuntos delincuentes para su enjuiciamiento, no es menos cierto que una de las finalidades de la misma es precisamente esta, a saber, la entrega de presuntos responsables a otros Estados para que sean juzgados.

requisito no ha querido derogar de plano dichas instituciones, ni establecer una excepción a las mismas cuando se aplica la jurisdicción universal, ya que si no hubiese especificado claramente que dicha presencia debe concurrir en el momento de iniciarse la causa penal o las diligencias judiciales de investigación, cosa que en ningún momento estipula¹⁸⁵².

Ciertamente, no podemos efectuar una interpretación restrictiva del requisito analizado, máxime cuando el mismo es tan indeterminado. La realidad diaria del principio de justicia universal nos conduce al hecho de que la mayoría de actuaciones judiciales que se inician en aplicación de este título jurisdiccional, surgen a causa de la interposición de una querrela. Una vez es interpuesta la querrela ante el órgano judicial competente éste no tendrá más opciones que admitirla, *ex art. 312 de la LECrim*, o inadmitirla o desestimarla, *ex art. 313 de la LECrim*. Si la desestima es porque los hechos denunciados no son típicos y si la inadmite es porque no resulta competente para conocer de los hechos denunciados, debiendo remitirla al juez competente¹⁸⁵³. Cabe la posibilidad de que la querrela pueda ser inadmitida por falta de requisitos de admisibilidad, como por ejemplo, la litispendencia, la falta de legitimación activa o la falta de representación procesal, los cuales sin embargo pueden ser subsanados la mayoría de ellos, salvo la litispendencia. En este orden de ideas, si la querrela interpuesta reúne los presupuestos previstos en el art. 277 de la LECrim, se ha presentado ante el órgano judicial competente (Juzgados Centrales de Instrucción de la Audiencia Nacional) y relata de manera concreta, clara y con datos suficientes la comisión de un presunto hecho punible, el juez no tendría más opción que admitirla y realizar las primeras diligencias de investigación estipuladas en el art. 13 de la LECrim, que son las de consignar las pruebas que puedan desaparecer, identificar al delincuente y si es necesario proceder a su detención, todo ello en relación con lo dispuesto en

¹⁸⁵² En sentido contrario, cfr. I. BLANCO CORDERO. 2009, “Sobre la muerte...”, *loc cit*, pág. 10, quien entiende que no se podrá en ningún momento iniciarse investigación judicial alguna, ni solicitar la extradición o dictar una orden de detención y entrega si no está presente el responsable en nuestro territorio. Dicha posición, la cual no comparto, no se argumenta de manera alguna, ni se justifica el porqué de la misma, ya que es una interpretación muy restrictiva que podría afectar al principio *pro actione*.

¹⁸⁵³ V. GIMENO SENDRA. 2004, *loc cit*, pág. 262.

el art. 273 de la LECrim, precepto que permite al querellante solicitar la detención del delincuente¹⁸⁵⁴. Con esta exposición defendemos la teoría de que la presencia del responsable no es un requisito imprescindible para la incoación de una causa en aplicación de la justicia universal. El juez competente, como primeras diligencias a practicar, debería adoptar las medidas cautelares pertinentes para asegurar la presencia del querellado, siempre que la misma no se inadmita.

A pesar de lo manifestado, la *praxis* judicial es mayoritariamente contraria a lo indicado, es decir, los órganos judiciales exigen desde el primer momento la presencia del responsable para declararse competentes. A modo de ejemplo, la Audiencia Nacional en el caso *Birmania* afirmó la ausencia de competencia de nuestros tribunales toda vez que en los hechos objeto de querrela no concurrían los presupuestos exigidos por la Ley Orgánica 1/2009, de 3 de noviembre¹⁸⁵⁵, que modificó el art. 23.4 de la LOPJ, la presencia de los responsable en nuestro territorio o la existencia de víctimas españolas o la existencia de un vínculo relevante con España. En el caso *de Amiatou Haidar*, el Juzgado Central de Instrucción núm. 6 de la Audiencia Nacional mantuvo la misma posición, al considerar que si bien es cierto que los hechos objeto de la querrela pudieran ser constitutivos de algún ilícito penal, no es menos cierto que nuestros tribunales no tendrían jurisdicción sobre los mismos, a causa de la reforma del citado art. 23.4 de la LOPJ, que exige los requisitos antedichos¹⁸⁵⁶.

Como única excepción a la *praxis* apuntada podemos significar el caso *Guantánamo*, en donde el Juzgado Central de Instrucción núm. 5 de la Audiencia Nacional indicó que los presupuestos del art. 23.4 de la LOPJ sólo podían requerirse en la fase del juicio oral y no al inicio de la instrucción¹⁸⁵⁷. El fundamento de dicha posición se sustenta en el hecho de que el art. 23.5 de la

¹⁸⁵⁴ Cfr. J. DEL CARPIO DELGADO. 2009, *loc cit*, pág. 11.

¹⁸⁵⁵ Auto de fecha 6 de septiembre de 2010 de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, Diligencias Previas 264/09, FJ 4º.

¹⁸⁵⁶ Auto de fecha 4 de diciembre del 2009, del Juzgado Central de Instrucción nº 3 de la Audiencia Nacional, Diligencias Previas 346/2009, FJ 1º.

¹⁸⁵⁷ Auto de 27 de enero de 2010 del Juzgado Central de Instrucción núm. 5 de la Audiencia Nacional, diligencias previas núm. 150/2009, FJ 3º.2.

LOPJ indica que en los casos de los puntos 3 y 4 del referido precepto, será de aplicación lo dispuesto en el art. 23.2.c), que requiere para la aplicación de la justicia universal que el delincuente no haya sido absuelto, indultado o penado; por lo que puede deducirse que en cualquier caso es necesario la existencia de una investigación previa sobre los hechos, es decir, de una instrucción judicial.

De cualquier forma, en nuestro ordenamiento procesal no podemos confundir los actos de investigación o primeras diligencias con la vista oral. La ausencia del presunto responsable en la vista oral daría lugar a los denominados juicios *in absentia*, que vulneran ciertas garantías del reo. Sin embargo, la ausencia del responsable en la fase de instrucción no determinaría vulneración alguna de los derechos del mismo, de ahí su admisión en derecho¹⁸⁵⁸. Si acudimos al punto 3.b) de la resolución de 26 de agosto de 2005 del *Institute of International Law*, podemos observar que en el ejercicio de la jurisdicción universal se exige la presencia del responsable, salvo cuando se vaya a cursar una solicitud de extradición o en los actos de investigación judicial. Esta posición concuerda con la aquí mantenida para la persecución de infracciones graves del DIH y también con las disposiciones generales de nuestro sistema procesal. Por lo tanto, en mi opinión, la presencia del responsable sólo debería exigirse en la fase de la vista oral y no en otro estadio procesal distinto, ya que tal presupuesto debería ser interpretado como un requisito de enjuiciamiento y no como una condición de competencia jurisdiccional. La postura de nuestros órganos judiciales podría ser coherente para determinados crímenes internacionales, por ejemplo, la tortura o los crímenes de lesa humanidad, en los que se exige la presencia del responsable en nuestro territorio (art. 5.2 de la Convención de 1984 contra la tortura) o no existe regulación internacional alguna sobre dicho delito, por lo que la normativa doméstica constituiría la principal referencia. En estos supuestos no parecería irrazonable que nuestro legislador requiriese el presupuesto de la presencia del responsable, al no ir dicha medida en contra de la finalidad y objeto del instrumento internacional. Cuestión distinta son los crímenes de

¹⁸⁵⁸ Cfr. J. DEL CARPIO DELGADO. 2009, *loc cit*, pág. 10.

guerra que constituyen infracciones graves del DIH. Como venimos señalando, los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949, instauran una jurisdicción universal obligatoria y no requieren en ningún momento la presencia del responsable para iniciarse una causa penal por la comisión de alguna infracción grave del DIH¹⁸⁵⁹.

También debemos preguntarnos si la sola presencia de paso en nuestro territorio del responsable podría valer para cumplir con el presupuesto analizado. En mi opinión sí. El legislador no ha precisado en qué momento procesal se requiere la presencia, ni si ésta debe ser puntual o permanente, por lo que no deberíamos interpretar restrictivamente dicho presupuesto, todo ello en aras del principio *pro actione*.

2.5. Principio de subsidiariedad v. principio de concurrencia.

El requisito de la subsidiariedad es imprescindible para que nuestros órganos judiciales puedan conocer de un crimen internacional en aplicación de la justicia universal, ya que el mismo debe concurrir en cualquier caso junto con uno de los analizados anteriormente. Hemos afirmado que la jurisdicción del *locus delicti* es la preferente a la hora de enjuiciar los presuntos crímenes internacionales¹⁸⁶⁰. Sin embargo, no podemos ser ajenos a la circunstancia de que en la mayoría de los referidos crímenes internacionales ha podido participar el gobierno directa o indirectamente, acontecimiento que en circunstancias normales impedirá o dificultará que los tribunales del territorio conozcan judicialmente del crimen de forma imparcial e independiente. Los tratados internacionales que regulan crímenes internacionales han configurado un sistema de represión penal concurrente, es decir, diversas instancias

¹⁸⁵⁹ En sentido contrario parece posicionarse S.J. PICTET 1958, “Commentary IV ...”, *loc cit*, pág. 593, dicho autor dispone que: “*The obligation imposed on the Contracting Parties to search for persons accused of grave breaches of the Convention implies activity on their part. As soon as one of them is aware that a person on its territory has committed such an offence, it is its duty to see that such person is arrested and prosecuted without delay*”; de igual forma cfr. J. PUEYO LOSA. 2006, “El principio de...”, *loc cit*, pág. 185.

¹⁸⁶⁰ J. DEL CARPIO DELGADO. 2009, *loc cit*, pág. 17; C. CONDE-PUMPIDO. 2004, *loc cit*, pág. 58.

judiciales tendrán competencia para perseguirlos. Así pues, no resultaría extraño que, en relación a un crimen internacional, varios Estados tuvieran jurisdicción sobre el mismo. Por ejemplo, el Estado de dónde son nacionales las víctimas o los presuntos responsables en aplicación del título jurisdiccional de personalidad, el Estado en dónde se cometió el hecho punible, en virtud del principio de territorialidad o incluso un tercer Estado no perjudicado por el ilícito en aplicación de la justicia universal. Podemos observar que en estos supuestos la jurisdicción es concurrente no existiendo una jurisdicción única ni preferente desde el primer momento de las investigaciones. Cuestión distinta es que la jurisdicción del *locus delicti*, por razones de economía procesal, de custodia, de eficacia de la pena y acceso a las pruebas tenga preferencia para enjuiciar definitivamente los hechos punibles.

En este estado de ideas, hemos de precisar que nuestros órganos judiciales, desde el primer momento en que empezaron a utilizar el título jurisdiccional universal para la persecución de crímenes internacionales aplicaron el principio de subsidiariedad¹⁸⁶¹. Este requisito consiste en que la jurisdicción universal solo se aplicará en defecto de la jurisdicción del *locus delicti*, es decir, cuando los tribunales del territorio no estén conociendo judicialmente del hecho punible o cuando tampoco conozca ningún tribunal penal internacional. Los autos de 4 y 5 de noviembre de 1998 de la Audiencia Nacional ya indicaron que nuestros tribunales deberían abstenerse de ejercer jurisdicción sobre hechos constitutivos de genocidio cuando los mismos estuviesen siendo enjuiciados por los tribunales del país en dónde ocurrieron o por un tribunal penal internacional¹⁸⁶². Resulta significativo que la propia Audiencia Nacional, en su auto de fecha 13 de diciembre de 2000, sostuviese que existe un principio general de subsidiariedad que, aseguraba, formaba parte del *ius cogens*, habiendo cristalizado en el art. 17 del ECPI. Llegados a este punto y atendiendo a la posición mantenida por nuestros tribunales sobre el

¹⁸⁶¹ Cfr. C. CASTRESANA FERNÁNDEZ. 2004, “La jurisdicción universal...”, *loc cit*, pág. 202 y 203; cfr. J. DEL CARPIO DELGADO. 2009, *loc cit*, pág. 15; cfr. M. OLLÉ SESÉ y C. LAMARCA PÉREZ. 2011, *loc cit*, pág. 6 y ss.; cfr. B. FEIJOO SÁNCHEZ. 2011, *loc cit*, pág. 21.

¹⁸⁶² Auto de la Audiencia Nacional, de fecha 5 de noviembre de 1998, FJ 2º.

principio de subsidiariedad, el Tribunal Supremo configuró la existencia de este principio y el de necesidad de intervención.

En el caso *Guatemala*, el Tribunal Supremo afirmó que el convenio contra el genocidio no establecía la jurisdicción universal, pero tampoco la excluía, así como tampoco excluía otros criterios de atribución de jurisdicción, al reconocerse la posibilidad de que intervengan más de una jurisdicción nacional, por lo que habría que acudir a un criterio de prioridad para resolver los conflictos de concurrencia de jurisdicciones. Tal criterio de prioridad sería la jurisdicción del *locus delicti*¹⁸⁶³. Posteriormente, en el caso *Perú* el Tribunal Supremo acudió al principio de necesidad, por el que se admitía que la necesidad de intervención jurisdiccional, de conformidad con el principio de justicia universal, queda excluida cuando la jurisdicción territorial se encuentra persiguiendo de modo efectivo el delito de carácter universal cometido en su propio país. Aquí podía hablarse de un principio de necesidad de intervención jurisdiccional que tendría su origen en la propia naturaleza y finalidad de la justicia universal. La aplicación del principio de necesidad determinaba la prioridad competencial del principio de territorialidad respecto al principio de jurisdicción universal, es decir, aquella era preferente¹⁸⁶⁴.

En ambas resoluciones judiciales se deduce que el hecho de que en el territorio del *locus delicti* se estén llevando a cabo investigaciones judiciales efectivas determina la no competencia de nuestros tribunales, siendo preferentes los órganos judiciales del territorio. Ahora bien, si lo sostenido en su momento por el Tribunal Supremo parte de una cierta lógica, no es menos cierto que los procesos penales iniciados en el territorio del *locus delicti* pueden estar viciados o ser parciales, en síntesis, estar orientados a buscar la impunidad del criminal al poder haber participado el gobierno de manera directa o indirecta en el mismo.

¹⁸⁶³ Sentencia del Tribunal Supremo, de 25 de febrero de 2003, FJ 6º. pára. 3.

¹⁸⁶⁴ Sentencia del Tribunal Supremo, de 20 de mayo de 2003, FJ 6º.

Algunos autores consideran que la justicia universal y el principio de subsidiariedad podrían resultar antagónicos¹⁸⁶⁵, siendo preferente una jurisdicción concurrente. A causa de la naturaleza de los crímenes internacionales, los cuales atentan contra bienes jurídicos de la comunidad internacional, cualquier Estado podría perseguirlos. El enjuiciamiento de los mismos debe ser efectivo, partiendo de la buena fe, sin ánimo vengativo o fraudulento. Desde el momento en que las investigaciones puedan verse afectadas por la ausencia de la imparcialidad necesaria, así como de las garantías básicas que deben regir un proceso penal, cualquier Estado podría conocer del crimen internacional, teniendo en cuenta siempre el límite de la *res iudicata*. Aquí entra en juego la jurisdicción concurrente de la justicia universal, la cual supliría las carencias de justicia de los tribunales del *locus delicti*. Esta posición debe ser matizada en todo momento. Cuando me refiero a la posibilidad de que un proceso penal no sea imparcial y no parta de la buena fe, con la consecuente vulneración de determinados derechos básicos, lo hago desde el punto de partida de que dicho reconocimiento debe ser llevado a cabo por un órgano judicial competente. Los tribunales de terceros Estados no creo que pudiesen ejercer un control jurisdiccional sobre lo dictaminado o aseverado por un órgano judicial de otro Estado soberano. Esta no es una de las funciones de los órganos judiciales nacionales, sino que es una función propia de los órganos judiciales internacionales de derechos humanos. En este orden de ideas, resultaría necesaria la previa pronunciación de vulneración de las garantías judiciales y procesales básicas por parte de uno de estos tribunales internacionales. Desde el momento en que los tribunales de derechos humanos se han pronunciado y el Estado afectado no ha adoptado las medidas oportunas para garantizar los derechos vulnerados, los terceros Estados podrían conocer del crimen internacional. Se encontrarían legitimados.

El Tribunal Constitucional en cierta manera ya había tratado el asunto del principio de subsidiariedad o concurrencia de jurisdicciones del art. 23.4 de la LOPJ, así en la sentencia núm. 87/2000, sostuvo que el fundamento último

¹⁸⁶⁵ Cfr. M. OLLÉ SESÉ. 2008, “Justicia Universal...”, *loc cit*, pág. 382; C. CASTRESANA FERNÁNDEZ. 2004, “La jurisdicción universal...”, *loc cit*, pág. 204.

del art. 23.4 de la LOPJ, norma atributiva de competencia, radicaba en la universalización de la competencia jurisdiccional de los Estados y sus órganos para el conocimiento de ciertos hechos sobre cuya persecución y enjuiciamiento tienen interés todos los Estados, de forma que *su lógica consecuencia es la concurrencia de competencias*, o dicho de otro modo, la concurrencia de Estados competentes¹⁸⁶⁶. Pero en el caso *Guatemala*, el Tribunal Constitucional aclaró aún más el principio de concurrencia, llegando a declarar que ante una pluralidad de jurisdicciones competentes resultaba necesario introducir un criterio de prioridad, a fin de evitar el *non bis in ídem*, que consistiría en la preferencia de los tribunales del *locus delicti* por cuestiones procesales¹⁸⁶⁷. El Tribunal Constitucional, en relación al principio de subsidiariedad, manifestó que el mismo no podía interpretarse restrictivamente, debería interpretarse de manera que el principio *pro actione* y el de acceso a la justicia no se viesen perjudicados. Bastaba que en la querella se especificasen unos hechos presuntamente delictivos, indicios de que los responsable podrían haber cometido los mismos y datos que pudieran prever que los órganos judiciales del territorio del crimen no estuvieran conociendo eficazmente de los hechos punibles. En ningún momento se podría exigir al querellante una prueba fehaciente de la inactividad de los referidos tribunales de justicia, dicha labor debería recaer en el órgano judicial español, el cual mediante actuaciones de cooperación judicial debería averiguar si existen procedimientos penales eficaces en el territorio del *locus delicti*.

Con anterioridad a la reforma del art. 23.4 de la LOPJ no se exigía legalmente el requisito derivado del principio de subsidiariedad. Sin embargo, tras la aprobación de la Ley Orgánica 1/2009, de 2 de noviembre, se incorporó, disponiéndose que, en todo caso, para que nuestros tribunales pudieran conocer de los delitos previstos en dicho precepto, sería necesario que en otro país competente o en el seno de un Tribunal internacional no se haya iniciado procedimiento que suponga una investigación y una persecución efectiva, en su

¹⁸⁶⁶ Sentencia del Tribunal Constitucional de 27 de marzo de 2000, FJ 4º.

¹⁸⁶⁷ Cfr. I. BLANCO CORDERO. 2009, “Sobre la muerte...”, *loc cit*, pág. 14; Sentencia del Tribunal Constitucional de 26 de septiembre de 2005, FJ 4º.

caso, de tales hechos punibles. El proceso penal iniciado ante la jurisdicción española se sobreseerá provisionalmente cuando quede constancia del comienzo de otro proceso sobre los hechos denunciados en el país o por el Tribunal a los que se refiere el párrafo anterior. Este presupuesto, desde mi punto de vista, es el único que en cierta manera no limita el ejercicio de la jurisdicción universal, al revés, garantiza un procedimiento justo atendiendo a principios básicos del derecho penal, como la cosa juzgada o el *non bis in idem*¹⁸⁶⁸. Este requisito parte de una posición lógica y razonable, asentada en el derecho consuetudinario, como es la preferencia del principio de territorialidad¹⁸⁶⁹ sobre cualquier otro, siempre que los tribunales estén capacitados para impartir justicia eficazmente y de manera imparcial¹⁸⁷⁰. Ahora bien, el mero hecho de que consideremos la jurisdicción del *locus delicti* como la preferente, no significa que nuestros órganos judiciales no puedan acordar la incoación de los correspondientes procedimientos penales por la presunta comisión de un crimen internacional en aplicación de la justicia universal. Como hemos manifestado, corresponde al órgano judicial español investigar si en el territorio del *locus delicti* se están conociendo judicialmente los hechos denunciados u objeto de querrela. Lo normal es que se cursen las correspondientes comisiones rogatorias a fin de recabar información veraz sobre tales extremos. En el supuesto de que existieran leyes de impunidad o de amnistía en dicho territorio¹⁸⁷¹ se podría deducir que no existe investigación judicial eficaz alguna, por lo que se estaría dando cumplimiento al presupuesto

¹⁸⁶⁸ En sentido contrario, cfr. M. ABAD CASTELOS. 2012, “La persecución restringida...”, *loc cit*, pág. 86, ya que considera que una investigación fraudulenta podría bastar para que nuestros órganos judiciales se declarasen incompetentes, además de que la ley no exige que el proceso sea judicial, al ser suficiente un proceso administrativo.

¹⁸⁶⁹ Cfr. M. OLLÉ SESÉ. 2008, “Justicia Universal...”, *loc cit*, pág. 393; cfr. A. GIL GIL. 2006, “Jurisdicción de...”, *loc cit*, pág. 75.

¹⁸⁷⁰ Cfr. A. SÁNCHEZ LEGIDO. 2003, *loc cit*, pág. 320 y ss.; cfr. E/CN.4/Sub.2/1997/20/Rev.1., principio nº 19 del informe final de la Comisión de Derechos Humanos sobre la cuestión de la impunidad de los autores de violaciones graves de los derechos humanos, en donde se afirma que la competencia territorial de los tribunales nacionales sigue siendo la regla general; cfr. Res. AGNU 3074 (XXVIII) de 3 de diciembre de 1973, apto. nº 5: «*las personas contra las que existan pruebas de culpabilidad en la comisión de crímenes de guerra...serán enjuiciadas...por lo general en los países en donde se hayan cometidos dichos crímenes*».

¹⁸⁷¹ Cfr. M. OLLÉ SESÉ. 2008, “Justicia Universal...”, *loc cit*, pág. 378.

aquí exigido de ausencia de procedimientos penales, a fin de garantizar la prohibición del *non bis in idem*.

Si de la información remitida por el Estado del *locus delicti* se deduce que existen investigaciones judiciales eficaces, nuestros órganos judiciales deberían sobreseer provisionalmente la causa. Esta postura ha sido la mantenida en la mayoría de procesos penales incoados en España en aplicación de la justicia universal tras la reforma del art. 23.4 de la LOPJ. Así, la Audiencia Nacional acordó el archivo del caso *Gaza*, con el argumento de que existían procedimientos eficaces abiertos en Israel sobre los mismos hechos, siendo inadmitido posteriormente por el Tribunal Supremo el recurso de casación interpuesto contra dicho archivo, con fundamento en los mismos términos expuestos por la citada Audiencia Nacional¹⁸⁷².

La incorporación del principio de subsidiariedad está vinculada a la existencia de un proceso penal en el extranjero o por un tribunal penal internacional que investiguen, de manera efectiva, los mismos hechos que nuestros tribunales. Esta circunstancia nos hace pensar que el principio de subsidiariedad no es absoluto, sino relativo¹⁸⁷³, más cercano al principio de supletoriedad, toda vez que se requiere la existencia de un proceso y que éste sea eficaz, porque de lo contrario nuestros órganos judiciales sí podrán conocer de los mismos hechos que otros tribunales, en principio, preferentes. De ahí, que podamos hablar de un principio de supletoriedad cuya finalidad sería suplir las obligaciones¹⁸⁷⁴ derivadas del derecho internacional con respecto a los Estados del *locus delicti* por la ausencia de un proceso penal que investigue el crimen o que tal proceso no sea efectivo.

¹⁸⁷² Auto de fecha 9 de julio de 2009 de la Audiencia Nacional, diligencias previas 157/2008, FJ 4º; auto de fecha 4 de marzo de 2010 del TS, FJ 2º.

¹⁸⁷³ C. LAMARCA PÉREZ y M. OLLÉ SESE. 2012, “Análisis de la regulación...”, *loc cit*, pág. 651 y ss.

¹⁸⁷⁴ Cfr. N. R. ARRIAZA. 1990, *loc cit*, pág. 489 y ss.; cfr. C. LAMARCA PÉREZ y M. OLLÉ SESE. 2012, “Análisis de la regulación...”, *loc cit*, pág. 653; G. WERLE. 2005, *loc cit*, pág. 130, quien sostiene que la obligación de castigar los crímenes internacionales por parte del Estado del *locus delicti* forma parte del derecho consuetudinario.

2.5.1. Necesidad de un proceso judicial.

En mi opinión, cabe efectuar una objeción a la redacción del principio de subsidiariedad establecido en el art. 23.4 de la LOPJ, siendo ésta que en la norma sólo se exige la existencia de un procedimiento que suponga una investigación y una persecución efectiva, sin especificarse que dicho procedimiento debe ser judicial. Un proceso distinto al judicial, es decir, administrativo, no satisfecería las exigencias del principio de subsidiariedad, toda vez que las garantías de este proceso difieren de manera importante de las de un proceso penal. No olvidemos que el proceso penal parte de la imparcialidad, cosa que en un proceso administrativo no rige de manera plena, al intervenir el ejecutivo o gobierno en el mismo, siendo juez y parte a la vez, sin perjuicio de que posteriormente pueda existir cierta tutela judicial en relación a los procedimientos instruidos¹⁸⁷⁵. Por ello, la interpretación que deberían llevar a cabo nuestros órganos judiciales es exigir que el proceso incoado sea judicial y de naturaleza penal. La naturaleza de los crímenes internacionales, su gravedad y el bien jurídico afectado no pueden ser objeto de un mero expediente administrativo. Si dichos crímenes pueden ser objeto de persecución penal universal por cualquier Estado, la posibilidad de que se limite tal derecho de los Estados en virtud de un proceso de naturaleza administrativa conllevaría que el principio de justicia universal estuviese avocado al ostracismo, es decir, no tuviese importancia, relevancia alguna y fuera relegado a un plano inferior.

A mayor abundamiento, nuestro ordenamiento jurídico otorga una preferencia del proceso penal sobre el administrativo o disciplinario. Resultaría curioso que nuestros órganos judiciales entendiesen satisfecho el principio de subsidiariedad con la mera existencia de una investigación interna o disciplinaria por parte del Estado del *locus delicti*, cuando nuestra legislación

¹⁸⁷⁵ Cfr. R. ESCUDERO ALDAY. 2009, “Los tribunales israelíes y la cultura de la legalidad”, en *La Responsabilidad Penal por la Comisión de Crímenes de Guerra: el caso Palestina*, Editores: C. PÉREZ GONZÁLEZ y R. ESCUDERO ALDAY, Navarra: Aranzadi, pág. 167 y ss., en donde se indican los perjuicios de una información o investigación administrativa.

otorga una preferencia del orden penal sobre el disciplinario, en particular, en el seno del derecho penal militar, en cuyo art. 8 de la Ley Orgánica 2/1989, de 13 de abril, Procesal Militar, se establece que la jurisdicción militar en materia penal es preferente sobre el orden contencioso-disciplinario. Es decir, desde el momento en que una conducta pueda ser constitutiva de un ilícito penal militar, los procedimientos disciplinarios incoados quedarán en suspenso hasta que se haya ventilado el proceso penal abierto¹⁸⁷⁶, a fin de garantizar el *non bis in idem*¹⁸⁷⁷. Sería ilógico que en nuestras investigaciones hubiese una preferencia del orden penal sobre los de naturaleza administrativa o disciplinaria y con respecto a las investigaciones extranjeras prevaleciesen los del orden contrario al penal. En suma, si en nuestro Estado se ha iniciado un proceso penal para investigar infracciones graves del DIH, las investigaciones disciplinarias en curso de otros Estados no serían preferentes sobre la causa penal instruida, en virtud del principio de subordinación del derecho disciplinario al penal¹⁸⁷⁸. De ahí, que nuestros órganos judiciales deban interpretar el término “proceso”, como un proceso judicial¹⁸⁷⁹.

2.5.2. Proceso judicial efectivo.

El legislador ha requerido que el proceso judicial sea *efectivo*. Evidentemente, este término podríamos calificarlo de diabólico, ya que

¹⁸⁷⁶ Cfr. J. SÁNCHEZ DEL RÍO y SIERRA. 1995, “Preferencia de la jurisdicción penal militar”, en *Comentarios a las Leyes Procesales Militares*, Tomo II, Madrid: Ministerio de Defensa, pág. 959 y ss.; cfr. A. MOZO SEOANE. 2000, “Límites al principio *bis in idem*”, en *Comentarios a la Ley Disciplinaria de las Fuerzas Armadas*, Coord. J. L. RODRÍGUEZ VILLASANTE y PRIETO, Madrid: Ministerio de Defensa, pág. 70 y ss. Debemos reseñar que el art. 4 de la Ley Orgánica 8/1998, de 2 de diciembre, del Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas dispone que: «La iniciación de un procedimiento penal no impedirá la incoación y tramitación de expedientes disciplinarios por los mismos hechos. No obstante, la resolución definitiva del expediente sólo podrá producirse cuando fuese firme la dictada en aquel procedimiento, cuya declaración de hechos probados vinculará a la Administración. Sólo podrá recaer sanción penal y disciplinaria sobre los mismos hechos cuando no hubiere identidad de bien jurídico protegido. El tiempo transcurrido desde el inicio de un procedimiento penal hasta la comunicación a la autoridad disciplinaria de su resolución firme no se computará para la prescripción de la infracción disciplinaria».

¹⁸⁷⁷ Cfr. M. PÉREZ MANZANO. 2002, *loc cit*, pág. 59 y ss.

¹⁸⁷⁸ Cfr. Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 77/1983, de 3 de octubre.

¹⁸⁷⁹ Cfr. C. LAMARCA PÉREZ y M. OLLÉ SESÉ. 2012, “Análisis de la regulación...”, *loc cit*, pág. 656, quienes sostienen que la investigación mediante un proceso administrativo sería incompatible con las obligaciones derivadas de la persecución de crímenes internacionales.

deberán ser nuestros tribunales quiénes determinen si un proceso judicial extranjero reúne los parámetros esenciales de las garantías judiciales fundamentales surgidas del derecho internacional¹⁸⁸⁰. Este juicio de valor, podría colisionar con principios básicos del derecho internacional, como son la no injerencia en asuntos internos. Para solventar esta tensión debemos acudir a la posición mantenida anteriormente. Es decir, para que puedan conocer nuestros tribunales, previamente, resultará necesario un pronunciamiento de los tribunales internacionales de derechos humanos que determine la vulneración de las garantías judiciales fundamentales del proceso penal llevado a cabo. En el caso de que no existiesen tribunales internacionales competentes sobre el Estado implicado, considero que nuestro Estado u otros terceros no podrían fiscalizar la aplicación de la justicia llevada a cabo por órganos judiciales extranjeros, salvo que existiese algún tipo de pronunciamiento de la comunidad internacional que acreditase que el procedimiento penal instruido en el territorio del *locus delicti* no fue efectivo.

Ahora bien, ¿qué debemos entender por proceso efectivo? Si acudimos a la Real Academia Española, efectivo en una de sus acepciones significa real, verdadero, lo contrario a dudoso, y también significa eficaz, a saber, capaz de lograr el efecto propio de un proceso. Esta definición podría orientarnos sobre la finalidad buscada por el legislador, en concreto, que el proceso seguido en el extranjero sea justo, imparcial, objetivo y que no tenga por finalidad previa lograr la impunidad del responsable. Lo antedicho, se encuentra acorde con lo estipulado en el art. 11 de la LOPJ, que indica que en todo tipo de procedimiento se respetarán las reglas de la buena fe, rechazándose toda petición o acto fraudulento. Atendiendo a la segunda acepción, el proceso debe tener por finalidad aplicar el *ius puniendi* del Estado, conseguir la protección de las víctimas y lograr la rehabilitación del responsable penal¹⁸⁸¹.

Así pues, podemos sostener que el término *proceso efectivo* podría conllevar, efectuando una interpretación analógica de la figura del “recurso

¹⁸⁸⁰ *Ibidem*, pág. 655 y 656.

¹⁸⁸¹ V. GIMENO SENDRA. 2004, *loc cit*, pág. 45 y ss.

efectivo” del CEDH¹⁸⁸², que la causa judicial seguida en el extranjero fuese imparcial e independiente¹⁸⁸³, que la investigación fuese exhaustiva y suficiente en el sentido de haberse agotado todos los medios de prueba pertinentes¹⁸⁸⁴, que el proceso se dirija a identificar y depurar las responsabilidades penales de cada uno de los autores y partícipes evitando su impunidad¹⁸⁸⁵, que las víctimas hayan podido acceder al procedimiento penal¹⁸⁸⁶ y que el proceso haya culminado en un plazo razonable¹⁸⁸⁷. Cuando estas características concurren podremos afirmar que el proceso penal ha sido efectivo¹⁸⁸⁸. Sin embargo, cuando no concurren, podríamos afirmar que el referido proceso no ha cumplido con los parámetros de la legalidad correspondiente. Esta afirmación, reiteramos, sería competencia de los tribunales internacionales de derechos humanos. Una vez que dichos órganos judiciales internacionales hayan reconocido la no eficacia de los procesos penales radicados, si los Estados del *locus delicti* no ponen ningún remedio a esta situación, podrían nuestros órganos judiciales conocer de los crímenes internacionales en aplicación de la justicia universal. En todo caso el proceso fraudulento tendría que haber sido declarado nulo o haberse dejado sin efecto, en aras de salvaguardar la *res iudicata*.

¹⁸⁸² Cfr. K. AMBOS y M^a LAURA BÖHM. 2011, “Tribunal Europeo de Derechos Humanos y Corte Interamericana de derechos Humanos ¿tribunal tímido y tribunal audaz?, en *Sistema Interamericano de Protección de los derechos humanos y derecho penal internacional*, Editor: G. ELSNER, Montevideo: Konrad Adenauer, pág. 43 y ss.; cfr. C. LAMARCA PÉREZ y M. OLLÉ SESÉ. 2012, “Análisis de la regulación...”, *loc cit*, pág. 658 y ss.

¹⁸⁸³ Cfr. Sentencia del TEDH, de fecha 18 de diciembre de 1996, caso *Akasoy v. Turquía*, y sentencia del TEDH, de fecha 8 de julio de 1999, caso *Tanrikulu v. Turquía*.

¹⁸⁸⁴ Sentencia del TC de 19 de julio de 2010, FJ 2º; Sentencia del TEDH, de fecha 25 de septiembre de 1997, caso *Aydın v. Turquía*; Sentencia del TEDH, de fecha 26 de julio de 2007, caso *Cobzaru v. Rumania*.

¹⁸⁸⁵ Sentencia del TEDH, de fecha 30 de enero de 2007, caso *Kazim Gündogan v. Turquía*; Sentencia del TEDH, de fecha 24 de febrero de 2005, caso *Khachiev v. Rusia*; Sentencia del TEDH, de fecha 10 de febrero de 2004, caso *Gennadiy Naumenko v. Ucrania*; Sentencia del TEDH, de fecha 18 de mayo de 2000, caso *Veliboka v. Bulgaria*; Sentencia de la CIDH, de 8 de julio de 2004, caso de los *Hermanos Gómez Paquiyauri v. Perú*, serie C, nº 10, pára. 118.

¹⁸⁸⁶ Sentencia del TEDH, de fecha 16 de abril 2012 *Janowiec and others v. Rusia*.

¹⁸⁸⁷ Sentencia del TEDH, de fecha 16 de enero de 2007, caso *Veli Tosun v. Turquía*; Sentencia de la CIDH, de 7 de junio de 2003, caso *Juan Humberto Sánchez v. Honduras*, pára. 129.

¹⁸⁸⁸ Cfr. D. C. CARO CORIA. 2010, “La garantía del tribunal imparcial en el derecho internacional de los derechos humanos. Análisis desde el principio de complementariedad de la Corte Penal Internacional”, en *Sistema Interamericano de Protección de los derechos humanos y derecho penal internacional*, Editor: G. ELSNER, Montevideo: Konrad Adenauer, pág. 299.

La solución al problema planteado no es baladí, ya que se podrían poner en entredicho ciertos principios del *ius Gentium*. Aun así, entiendo que debemos partir de una posición básica. Los bienes jurídicos protegidos de los crímenes internacionales afectan a toda la comunidad internacional, así como las decisiones judiciales que se adopten sobre tales hechos punibles. Debemos entender que nuestros órganos judiciales cuando aplican la jurisdicción universal actúan en representación de los valores de la sociedad internacional, al investigar y enjuiciar hechos que perjudican o ponen en peligro la seguridad y la paz internacional. Nuestros órganos judiciales completarían o darían satisfacción a los pronunciamientos de los tribunales internacionales de derechos humanos; de ahí, que no pueda alegarse una intromisión en los asuntos internos de un Estado soberano.

Así pues, desde el momento en que se acredite que el proceso o investigación judicial por otro tribunal es efectivo, nuestros órganos judiciales deberán sobrepasar la causa. Como expuse anteriormente, este principio de subsidiariedad resulta acertado, dejando de lado las complicaciones que puede deparar el acreditar tal extremo, pero la naturaleza de los crímenes en cuestión obliga a efectuar una investigación exhaustiva y eficaz, a fin de demostrar que el proceso seguido en el extranjero cumple con las garantías básicas de todo proceso penal. La concurrencia de un proceso eficaz, originará una litispendencia, hecho que podría conllevar que la querrela interpuesta en nuestros órganos judiciales fuese inadmitida¹⁸⁸⁹.

2.6. Interpretación del término “sin perjuicio”.

El legislador al introducir los presupuestos requeridos para aplicar la jurisdicción universal tuvo cuidado de respetar el derecho internacional vigente, ya que incorporó el término “sin perjuicio de lo que pudieran disponer los tratados y convenios internacionales suscritos por España”. Este término debería interpretarse en el sentido de *dejando a salvo lo que dispongan los*

¹⁸⁸⁹ Cfr. Sentencia del TC de 15 de diciembre de 1988; cfr. V. GIMENO SENDRA. 2004, *loc cit*, pág. 264 y ss.

tratados internacionales, es decir, primando la norma internacional sobre la doméstica¹⁸⁹⁰. Empero lo manifestado, la interpretación que ha efectuado el Tribunal Supremo sobre el término *sin perjuicio* es diametralmente opuesta a la defendida aquí. En el auto del Tribunal Supremo dictado en el caso *Tibet*, por el cual se inadmite el recurso de casación contra el auto de archivo de la Audiencia Nacional, se afirmó que «*la aplicación insoslayable por los Tribunales españoles (del art. 23.4 de la LOPJ), de la extensión de la jurisdicción española está supeditada como "conditio sine qua non" (y ello, "sin perjuicio de lo que pudieran disponer los tratados y convenios internacionales suscritos por España...") a la existencia de un vínculo de conexión relevante con España*»¹⁸⁹¹. Como puede apreciarse el TS realiza una interpretación rigurosa y restrictiva del término «*sin perjuicio*», considerando que la ley doméstica prima en todo momento sobre la internacional¹⁸⁹².

Debemos recordar que los instrumentos internacionales ostentan una naturaleza supralegal, pero en cualquier caso infraconstitucional, es decir, pueden estar por encima de la ley, pero en ningún caso estar por encima de nuestra Constitución española¹⁸⁹³. Dicho esto, nuestros tribunales deberían interpretar el término “sin perjuicio” atendiendo en todo momento a lo dispuesto en los instrumentos internacionales aplicables. Si las normas internacionales aplicables exigen la presencia del responsable, nuestros tribunales también podrían requerirla; en caso contrario, si no lo exigen aquellos, nuestros tribunales tampoco deberían exigirla. Recordemos que el TS en el caso *Scilingo*, en su sentencia de 1 de octubre de 2007, indicó que la jurisdicción universal incondicionada es inobjetable cuando tenga su origen en un tratado internacional o en una decisión de Naciones Unidas¹⁸⁹⁴.

¹⁸⁹⁰ Cfr. F. JIMÉNEZ GARCÍA y B. GARCÍA SÁNCHEZ. 2012, *loc cit*, pág. 190, quienes defienden que las limitaciones derivadas del art. 23.4 de la LOPJ no se aplicarán cuando el principio de justicia universal derive expresa o implícitamente de un tratado internacional.

¹⁸⁹¹ Auto de 6 de octubre de 2011 del Tribunal Supremo, diligencias previas 242/2008, FJ 1º.

¹⁸⁹² Cfr. B. FEIJOO SÁNCHEZ. 2011, *loc cit*, pág. 43, quien entiende que el término “sin perjuicio” no exonera del cumplimiento de los vínculos requeridos en el art. 23.4 de la LOPJ.

¹⁸⁹³ J. GONZÁLEZ CAMPOS, L.I. SÁNCHEZ RODRÍGUEZ y P.A. SAENZ DE SANTAMARÍA. 2003, “*Curso de derecho internacional público*”, Madrid: Thomson Civitas, pág. 286 y ss.

¹⁸⁹⁴ Cfr. Sentencia núm. 798/2007 del Tribunal Supremo, FJ 1º.

De otra parte, podemos observar como algunos órganos judiciales, de manera acertada, interpretan correctamente las normas internacionales antedichas. El Juzgado Central de Instrucción núm. 4 de la Audiencia Nacional, en el denominado caso *Irak*, decidió no archivar la querrela interpuesta por la presunta comisión de infracciones graves del DIH, en particular del IV Convenio de Ginebra de 1949, hasta que quedase acreditado debidamente que en el Estado del *locus delicti* no se perseguían judicialmente los mismos hechos objeto de la querrela¹⁸⁹⁵. Entiendo que la interpretación efectuada por el órgano judicial fue acertada, al considerar que la reforma llevada a cabo por la Ley Orgánica 1/2009, de 3 de noviembre, era “*sin perjuicio de lo que pudieran disponer los tratados y convenios internacionales suscritos por España*”, tal y como estipula la nueva redacción.

3. Crímenes de guerra y justicia universal.

La Ley Orgánica 1/2009, de 3 de noviembre, se aprobó tan apresuradamente que podemos encontrar ciertas deficiencias en su redacción, particularmente, en el preámbulo de la ley, en cuyo párrafo 3º se establece que una de las finalidades de reformar el art. 23.4 de la LOPJ es incorporar tipos penales cuya persecución viene amparada por los convenios y por la costumbre internacional, entre ellos, los crímenes de guerra. Pues bien, si bien es cierto que mediante dicha enmienda se incorporaron los crímenes de lesa humanidad como delitos susceptibles de ser perseguidos universalmente, no es menos cierto que los crímenes de guerra no aparecen contemplados de manera expresa, a pesar de que el propio preámbulo los enuncia. En mi opinión, tal omisión resulta relevante, toda vez que el origen del derecho penal internacional surgió con la finalidad de reprimir este tipo de crímenes internacionales. De cualquier forma, la cláusula de salvaguarda contemplada en el art. 23.4. h) de la LOPJ, constituye la principal herramienta para perseguir y

¹⁸⁹⁵ Auto de fecha 26 de noviembre de 2009, del Juzgado Central de Instrucción núm. 4 de la Audiencia Nacional, Diligencias Previas núm. 211/2009, FJ 2º; hemos de significar que la querrela interpuesta fue ampliada por auto de fecha 11 de julio de 2011, sin restricción alguna del título jurisdiccional universal.

enjuiciar universalmente algunos crímenes de guerra, en concreto, las infracciones graves del DIH. Esta puntualización es importante, ya que no todos los crímenes de guerra deben ser perseguidos universalmente según el derecho internacional, solo aquellos que constituyan infracciones graves del DIH.

El apartado h) del art. 23.4 de la LOPJ¹⁸⁹⁶ dispone que la jurisdicción española será competente para conocer hechos cometidos por extranjeros fuera del territorio nacional susceptibles de tipificarse, según la ley española, como alguno de los siguientes delitos «*Cualquier otro que, según los tratados y convenios internacionales, en particular los Convenios de derecho internacional humanitario y de protección de los derechos humanos, deba ser perseguido en España*». Como podemos apreciar, las principales características del precepto citado son las siguientes:

- i. Regula una remisión normativa, en particular, al DIH y al DIDH, y en general, al derecho internacional.
- ii. La persecución universal debe surgir del derecho convencional no del derecho consuetudinario, por lo que debe existir un instrumento internacional que prevea dicho título jurisdiccional ya sea expresa o implícitamente.
- iii. Se efectúa cierto énfasis en que los instrumentos internacionales que pueden dar origen a la jurisdicción universal son aquellos que versan sobre el derecho internacional humanitario y la protección de derechos humanos.
- iv. La persecución universal debe venir impuesta por el instrumento internacional. No puede tratarse de una jurisdicción facultativa o potestativa, todo lo contrario, debe ser obligatoria, a saber, el delito debe perseguirse en España.

¹⁸⁹⁶ B. GARCÍA SÁNCHEZ. 2004, “Límites a la ley penal...”, *loc cit*, pág. 138 y ss.

Pues bien, para poder afirmar que nuestros órganos judiciales son competentes para perseguir universalmente un hecho punible, no enumerado de manera expresa en el art. 23.4 de la LOPJ, el mismo debe estar prohibido en un instrumento internacional y debe ser obligatorio para nuestros órganos judiciales perseguirlo. En mi opinión, los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949 y el Protocolo Adicional I de 1977 a tales convenios, constituyen el principal referente para perseguir las infracciones graves del DIH¹⁸⁹⁷. Recordemos que tales instrumentos internacionales imponen una obligación a los Estados de buscar y hacer comparecer ante sus tribunales a las personas responsables de haber cometido dichos hechos punibles¹⁸⁹⁸. La citada obligación no surge de la regla *aut dedere aut iudicare*, sino que es primaria. Si observamos detenidamente el contenido del art. 146 del GIV podemos apreciar que se indica que «*Podrá también si lo prefiere...entregarlas para enjuiciamiento a otra Parte contratante interesada...*», aquí entra en juego la regla de extraditar o juzgar, sin embargo la misma es potestativa («*Podrá...*») mientras que la obligación de perseguir y hacer comparecer ante los tribunales a los responsables de las infracciones graves del DIH es imperativa, un mandato internacional que ha devenido en derecho consuetudinario. Llegados a este punto, en mi opinión las infracciones graves del DIH, previstas en los Convenios de Ginebra de 1949 y en su Protocolo Adicional I de 1977, entrarían en el ámbito de persecución enumerado en el art. 23.4.h) de la LOPJ, toda vez que tales instrumentos internacionales imponen el deber al Estado español de perseguir y llevar ante la justicia a los responsables de la comisión de las infracciones graves del DIH, no hallándonos ante una mera jurisdicción potestativa¹⁸⁹⁹.

Lo más complicado en relación a la remisión normativa del art. 23.4.h) de la LOPJ es determinar qué debemos entender por el término *deber* empleado

¹⁸⁹⁷ Cfr. B. FEIJOO SÁNCHEZ. 2011, *loc cit*, pág. 35.

¹⁸⁹⁸ Los artículos que imponen tal obligación son el 49 CGI, 50 CGII, 129 CGIII, 146 CGIV y 85 PAI.

¹⁸⁹⁹ Cfr. R. C. CUERDA RIEZU. 2002, “Fundamentos del Derecho penal. La ley penal en el espacio”, en *iustel.com*.

por nuestro legislador¹⁹⁰⁰. Dicho término impone un mandato internacional que nuestro Estado tiene que cumplir al ser parte del instrumento internacional. Tal conminación imperativa conlleva que nuestros órganos judiciales tengan la obligación de actuar en ciertos casos, en virtud del principio general *pacta sunt servanda*¹⁹⁰¹. Una interpretación literal del art 146 del CGIV nos orienta a pensar que nuestro Estado tiene la obligación de perseguir y llevar ante la justicia a los responsables de la comisión de infracciones graves del DIH, basta con efectuar una lectura de tal precepto, el cual dispone que «*Cada una de las Partes Contratantes tendrá la obligación de buscar a las personas acusadas de haber cometido, u ordenado cometer, una cualquiera de las infracciones graves, y deberá hacerlas comparecer ante los propios tribunales, sea cual fuere su nacionalidad*».

La claridad con la cual se expresan los Convenios de Ginebra de 1949, es ajena a otros tratados internacionales que tienen por finalidad la represión de ciertos hechos punibles, como por ejemplo la Convención de 1984 contra la tortura y otros tratos crueles o degradantes. En este tipo de tratados se contempla una pluralidad de jurisdicciones, sin especificarse cuál de ellas es la preferente, a veces se determina una jurisdicción facultativa y en otros casos imperativa. En relación a la jurisdicción universal prevista en estos instrumentos, la misma suele ser potestativa¹⁹⁰². Sin embargo, a causa de la obligación *aut dedere aut iudicare*, dicha jurisdicción universal se convierte en obligatoria, encontrándonos ante una jurisdicción universal territorial, con base en el *iudex apprehensionis*¹⁹⁰³, requiriéndose por lo tanto la presencia del responsable en nuestro territorio y la no extradición del mismo.

¹⁹⁰⁰ Cfr. B. GARCÍA SÁNCHEZ. 2004, “Límites a la ley penal...”, *loc cit*, pág. 142.

¹⁹⁰¹ Cfr. C. CONDE-PUMPIDO. 2004, *loc cit*, pág. 68, este autor nos recuerda que el art. 27 de la Convención de Viena de 1969 sobre el derecho de los tratados regula el principio general de que los Estados no podrán invocar su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado internacional.

¹⁹⁰² Cfr. S. MENDOZA CALDERÓN. 2007, “La aplicación de...”, *loc cit*, pág. 132; cfr. A. SÁNCHEZ LEGIDO. 2003, *loc cit*, pág. 74, este autor sostiene que en los instrumentos internacionales relativos a la protección de derechos humanos y del DIH, la jurisdicción universal aparece contemplada en todos ellos, significando que en el caso de que en dichos tratados concorra la regla *aut dedere aut iudicare*, la referida jurisdicción universal podría volverse obligatoria.

¹⁹⁰³ B. GARCÍA SÁNCHEZ. 2004, “Límites a la ley penal...”, *loc cit*, pág. 139.

Como sostuvo GARCÍA SÁNCHEZ, con la nueva enmienda del art. 23.4 de la LOPJ se podía haber dado un sentido distinto a la remisión normativa mencionada, estableciéndose que nuestros órganos de justicia podrían conocer de todos aquellos delitos que pudieran ser perseguidos de conformidad con el derecho internacional¹⁹⁰⁴. Esta posibilidad se ha desaprovechado y ahora hemos de volver a discutir sobre qué tratados incorporan dicho deber y cuáles no, con la peculiaridad de que la gran mayoría de los mismos tienen por finalidad evitar la impunidad de determinados actos criminales y establecer un compromiso de los Estados Parte de reprimirlos. Así pues, cualquiera que sea el tratado que incorpore la regla *aut dedere aut iudicare* conlleva un deber para nuestro Estado y en el supuesto de que el hecho criminal haya sido cometido fuera del territorio nacional, por un extranjero, sin la existencia de víctimas españolas, determinará que nuestros tribunales, si quieren conocer del delito, deban tener jurisdicción sobre el mismo, siendo en este caso la jurisdicción universal el único título jurisdiccional sobre el cual podría justificarse la competencia española, al no regularse en nuestro ordenamiento jurídico la justicia supletoria.

4. Cooperación internacional con la Corte Penal Internacional.

La justicia universal, además de ser un título jurisdiccional, deviene en ciertas ocasiones en una especie de mecanismo de cooperación judicial, al incitar a otros Estados a ejercer su *ius puniendi*. En esta situación, no cabe otra alternativa que la cooperación judicial entre los órganos judiciales afectados que conocen de los mismos hechos, a fin de determinar quién será el competente para conocer definitivamente de los mismos, en aras de salvaguardar el *non bis in ídem*. Ciertamente, en el ámbito de las jurisdicciones nacionales no existen normas internacionales que establezcan los criterios por los cuales se pueda concretar el órgano judicial competente en caso de litispendencia. Cosa distinta ocurre en el ámbito de los tribunales penales internacionales, cuyos estatutos sí contemplan criterios para solventar dichos

¹⁹⁰⁴ *Ibidem*, pág. 142.

conflictos. Como se expuso en otros apartados, los Estatutos del TPIY y del TPIR regulan una jurisdicción concurrente entre dichos tribunales internacionales y los órganos judiciales domésticos, estableciéndose una primacía de los primeros en caso de litispendencia. En el caso de la Corte Penal Internacional no se instaura esta jurisdicción concurrente, sino el principio de complementariedad¹⁹⁰⁵, al ser la jurisdicción de la Corte Penal complementaria de la jurisdicción nacional¹⁹⁰⁶.

En el párrafo 6º del Preámbulo del Estatuto de la CPI, se indica que es deber de todo Estado ejercer su jurisdicción penal contra los responsables de crímenes internacionales, y en el párrafo 10º se afirma que la Corte Penal Internacional, establecida en virtud del presente Estatuto, será complementaria de las jurisdicciones penales nacionales. A la vista de lo antedicho, podríamos pensar que los Estados Parte tienen la obligación de juzgar los crímenes internacionales de competencia de la Corte Penal. Sin embargo, en el Convenio de Roma de 1998 no hay precepto alguno que incorpore esta obligación¹⁹⁰⁷. Un hecho diferente es que este instrumento internacional haya influido en la implementación posterior de sus normas en el ordenamiento penal interno de los Estados. Aparte de lo manifestado, no podemos restar importancia al hecho de que para cumplirse el principio de complementariedad, los Estados Parte deberían atribuirse jurisdicción sobre los crímenes internacionales tipificados en el Estatuto de la CPI. Sería contradictorio, partiendo de la idea de que la jurisdicción de la Corte Penal Internacional es complementaria de la nacional, que un Estado Parte no tuviese jurisdicción sobre tales crímenes internacionales, ya que estaría delegando en todo momento su jurisdicción a favor de la Corte Penal y esta no es la finalidad del principio de complementariedad, ni el objetivo que se buscó con la aprobación del

¹⁹⁰⁵ C. CONDE-PUMPIDO. 2004, *loc cit*, pág. 57; A. CASSESE. 2008, “International Criminal...”, *loc cit*, pág. 342.

¹⁹⁰⁶ Cfr. R. CRYER *et al.* 2008, *loc cit*, pág. 127, quien sostiene que el principio de complementariedad se fundamenta en el respeto de las jurisdicciones nacionales y en la efectividad y eficiencia de éstas.

¹⁹⁰⁷ P. AKHAVAN. 2010, *loc cit*, pág. 1248; A. SEIBERT-FOHR. 2003, “The relevance...”, *loc cit*, pág. 558.

Convenio de Roma de 1998. La jurisdicción de la Corte Penal Internacional no sustituye a la jurisdicción nacional, la complementa o suplementa¹⁹⁰⁸.

La relación entre la Corte Penal Internacional y el Estado español se rige por la LOCCPI (Ley Orgánica 18/2003, de 10 de diciembre), la cual supuso la primera limitación de la justicia universal en nuestro ordenamiento jurídico¹⁹⁰⁹. La aprobación de esta ley, tal y como indica OLÁSULO, conlleva la inversión del principio de complementariedad¹⁹¹⁰. El art. 7.2 de la LOCCPI estipula que «*Cuando se presentare una denuncia o querrela ante un órgano judicial o del Ministerio Fiscal o una solicitud en 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, querellante 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*». El precepto referido tiene como objetivo permanente el título jurisdiccional universal, toda vez que el supuesto planteado existe cuando la querrela o denuncia versa sobre hechos no ocurridos en territorio nacional cuyos autores y víctimas no son nacionales. Partiendo de esta premisa, puede observarse como el legislador prefirió delegar el ejercicio soberano de la jurisdicción a favor de la Corte Penal Internacional, interpretando de manera particular lo dispuesto en el preámbulo del Estatuto de la CPI, que indica que todo Estado tiene que ejercer su jurisdicción penal contra los responsables de

¹⁹⁰⁸ H. OLÁSULO ALONSO. 2003, “Reflexiones sobre el principio de complementariedad en el Estatuto de Roma”, en *Revista Española de Derecho Militar*, nº 82, pág. 48; A. SEIBERT-FOHR. 2003, “The relevance...”, *loc cit*, pág. 560, como bien indica esta autora la finalidad de la CPI es actuar cuando fallen los Estados Parte, de ahí que no exista la necesidad de instaurar en el Estatuto de la CPI un precepto similar a la regla *aut dedere aut iudicare*, por la cual los Estados se ven obligados a actuar judicialmente, ya sea mediante la extradición o el enjuiciamiento del responsable penal.

¹⁹⁰⁹ Cfr. M. OLLÉ SESÉ. 2010, “El principio de justicia universal en España: del caso Pinochet...”, *loc cit*, pág. 231 y 232; cfr. A. GIL GIL. 2006, “Jurisdicción de...”, *loc cit*, pág. 76.

¹⁹¹⁰ Cfr. H. OLÁSULO ALONSO. 2007, “Informes nacionales...”, *loc cit*, pág. 318 y ss.

crímenes internacionales. Por ello, podemos hablar de una inversión del principio de complementariedad, ya que parece que nuestros órganos judiciales son complementarios de la Corte Penal Internacional.

Las querellas o denuncias que deben remitirse al Fiscal de la CPI deben ser relativas a hechos susceptibles de ser perseguidos por la Corte Penal Internacional. Esta circunstancia nos conduce a pensar que solamente aquellos crímenes internacionales, sobre los que tenga competencia la Corte Penal Internacional, podrían ser objeto de limitación jurisdiccional por parte de nuestros órganos judiciales. Ahora bien, aquellos otros crímenes internacionales sobre los que no tenga jurisdicción la Corte podrán ser perseguidos universalmente sin limitación alguna¹⁹¹¹. Por ejemplo, la comisión de un crimen de guerra constitutivo de una infracción grave del DIH por parte de un nacional de un Estado no Parte del Estatuto de la CPI, cometido en el territorio de otro Estado no Parte. En dicho caso, nuestros órganos judiciales no podrían abstenerse de tramitar debidamente la querella interpuesta. Por ello, la jurisdicción universal sobre todos aquellos crímenes internacionales sobre los que pueda tener competencia la Corte Penal Internacional han sido objeto de una seria limitación en nuestro ordenamiento jurídico. Esta situación conllevaría serios perjuicios a los querellantes, quienes tendrían que acudir a la Corte Penal Internacional y que ésta resolviese su petición pasado un tiempo más que razonable. En el supuesto de que no se acordase la apertura de la investigación por la Corte, el querellante podrá acudir de nuevo a nuestros órganos judiciales. De otra parte, la jurisdicción universal sobre todos los crímenes que queden fuera del ámbito de la Corte Penal Internacional no habrían sufrido limitación alguna por medio de la LOCCPI¹⁹¹².

Lo ideal en mi opinión es que nuestro Estado hubiese dado un paso al frente en la persecución de los crímenes internacionales, aprobando una ley que

¹⁹¹¹ Recordemos que la jurisdicción de la CPI se centra básicamente en el principio de territorialidad y en el de personalidad *ex* art. 12.2 del Estatuto de la CPI; cfr. P. AKHAVAN. 2010, *loc cit*, pág. 1248; M. OLLÉ SESÉ. 2008, “Justicia Universal...”, *loc cit*, pág. 425.

¹⁹¹² Cfr. M. OLLÉ SESÉ. 2010, “El principio de justicia universal en España: del caso Pinochet...”, *loc cit*, pág. 232.

permitiese la aplicación de la jurisdicción universal para la persecución de todos los crímenes internacionales previstos en el Estatuto de la CPI, con el objeto de cumplir debidamente con el principio de complementariedad. No olvidemos que las jurisdicciones nacionales son primarias y la Corte Penal Internacional complementaria de éstas¹⁹¹³, salvo ciertas excepciones como la prevista en el art. 13.b) del Estatuto de la CPI (remisión del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas de una situación al Fiscal de la CPI). Sin embargo se ha producido todo lo contrario, nuestro legislador ha ido limitando sucesivamente la jurisdicción universal a causa de presiones externas más que por problemas estrictamente jurídicos o procesales, olvidándose que los bienes jurídicos afectados perjudican al orbe internacional. Asimismo, también debemos recordar la excepcionalidad de la aplicación de la jurisdicción universal, por lo que ciertos presupuestos exigidos por la Ley Orgánica 1/2009 podrían ser coherentes, tales como el principio de subsidiariedad; no así otros que no aparecen contemplados en los instrumentos internacionales pertinentes.

La complementariedad de la Corte Penal Internacional¹⁹¹⁴ no implica que ésta no pueda controlar ciertos aspectos de nuestros órganos judiciales, toda vez este principio conlleva que la Corte actúe como un órgano de vigilancia, cuya función esencial es incentivar a las jurisdicciones nacionales para que procedan por sí mismas al enjuiciamiento de los crímenes internacionales en su conjunto¹⁹¹⁵. Basta con remitirnos a lo dispuesto en el art. 17.2 del ECPI¹⁹¹⁶ para observar como el principio de complementariedad

¹⁹¹³ Cfr. J. M. GÓMEZ BENÍTEZ. 2006, “Complementariedad de...”, *loc cit*, pág. 38.

¹⁹¹⁴ M. M. EL ZEIDY. 2002, “The principle of...”, *loc cit*, pág. 870, quien sostiene que la complementariedad conlleva que los sistemas de justicia penal nacional e internacional funcionen de forma subsidiaria, en el sentido de que si falla el primero pueda intervenir el Segundo y garantizar la impunidad.

¹⁹¹⁵ H. OLÁSULO ALONSO. 2003, “Reflexiones sobre...”, *loc cit*, pág. 48; cfr. R. CRYER *et al.* 2008, *loc cit*, pág. 133; cfr. J. KLEFFNER. 2003, “The impact of complementarity on national implementation of substantive international criminal law”, en *Journal of International Criminal Justice*, nº 86, pág. 90 y ss.; cfr. M. ELLIS. 2002, “The International Criminal Court and its implications on domestic law and national capacity building”, en *Florida Journal of International Law*, nº 15, pág. 215 y ss.; cfr. B. BROOMHALL. 2003, “International Justice...”, *loc cit*, pág. 86 y ss.

¹⁹¹⁶ El art. 17.2 del ECPI indica que «A fin de determinar si hay o no disposición a actuar en un asunto determinado, la Corte examinará, teniendo en cuenta los principios de un proceso con las debidas garantías reconocidos por el derecho internacional, si se da una o varias de

puede determinar la activación de la jurisdicción de la Corte Penal Internacional si las jurisdicciones nacionales no son capaces¹⁹¹⁷, están inactivas o no están dispuestas a investigar imparcial e independientemente ciertos hechos¹⁹¹⁸. El principio de complementariedad conllevaría una red de seguridad para revisar las actuaciones domésticas¹⁹¹⁹.

En este contexto debemos analizar la relación existente entre el principio de jurisdicción universal y el de complementariedad. Tanto la jurisdicción universal como la jurisdicción de la Corte tienen limitaciones, de ahí, que se establezcan mecanismos para suplir las deficiencias de cada una de ellas. Allí donde no puede llegar la jurisdicción nacional llegará la de la Corte Penal Internacional y en donde no alcance ésta podrá acudir la nacional. Pues bien, la activación de la jurisdicción de la Corte no depende exclusivamente de la actuación de las jurisdicciones del *locus delicti* o de la nacionalidad del autor, sino también de la de aquellos otros Estados que hayan introducido en su legislación el título jurisdiccional universal. Como hemos expuesto, la finalidad de la Corte Penal Internacional no es sustituir a las jurisdicciones nacionales, es complementarlas, por lo que las jurisdicciones nacionales siguen constituyendo la jurisdicción primaria y siguen estando obligadas por el

las siguientes circunstancias, según el caso: a) Que el juicio ya haya estado o esté en marcha o que la decisión nacional haya sido adoptada con el propósito de sustraer a la persona de que se trate de su responsabilidad penal por crímenes de la competencia de la Corte, según lo dispuesto en el artículo 5; b) Que haya habido una demora injustificada en el juicio que, dadas las circunstancias, sea incompatible con la intención de hacer comparecer a la persona de que se trate ante la justicia; c) Que el proceso no haya sido o no esté siendo sustanciado de manera independiente o imparcial y haya sido o esté siendo sustanciado de forma en que, dadas las circunstancias, sea incompatible con la intención de hacer comparecer a la persona de que se trate ante la justicia».; cfr. W. A. SCHABAS. 2010, “The International...”, *loc cit*, pág. 336 y ss.

¹⁹¹⁷ Cfr. X. PHILIPPE. 2006, “Los principios de...”, *loc cit*, pág. 11, según este autor la incapacidad judicial consistiría en un colapso físico del sistema judicial (ausencia de estructuras) o en un colapso personal (ausencia de jueces), también podría incluirse situaciones en los que los sistemas judiciales no pudiesen afrontar hechos excepcionales, con la consecuente ausencia de acción penal o actuación de investigación; cfr. R. CRYER *et al.* 2008, *loc cit*, pág. 129.

¹⁹¹⁸ Cfr. X. PHILIPPE. 2006, “Los principios de...”, *loc cit*, pág. 10, por falta de disposición podría entenderse según este autor una falta de actitud positiva para investigar y enjuiciar a los responsables de crímenes internacionales, pudiendo por ejemplo citarse la aprobación de leyes de amnistía u otras formas de inmunidad; cfr. R. CRYER *et al.* 2008, *loc cit*, pág. 128.

¹⁹¹⁹ Cfr. X. PHILIPPE. 2006, “Los principios de...”, *loc cit*, pág. 8.

derecho internacional¹⁹²⁰, como por ejemplo, la obligación *aut dedere aut iudicare*¹⁹²¹ o la obligación de perseguir universalmente ciertas infracciones graves del DIH¹⁹²². Si un Estado Parte de la Corte conoce de un crimen internacional de su competencia, en aplicación de la justicia universal, esta circunstancia podría ser determinante para que la Corte Penal Internacional no admitiese la investigación, en virtud de lo dispuesto en el art. 17.1.a) del ECPI. Como bien indica OLÁSOLO, el Convenio de Roma refuerza la legitimidad del principio de jurisdicción universal¹⁹²³, toda vez que mediante la Corte Penal Internacional se asegurará que el proceso penal es adecuado, asegurándose la plena efectividad de las garantías judiciales básicas reconocidas por el derecho internacional. Así pues, podríamos entender que los Estados Parte de la Corte Penal Internacional que apliquen la jurisdicción universal para perseguir crímenes internacionales de su competencia, estarán supervisados por este tribunal penal internacional, constituyéndose en un órgano judicial garante de la actuación judicial. Todo lo manifestado, reafirma la idea de que los Estados deben actualizar su derecho doméstico, en consonancia con los instrumentos internacionales de derecho penal internacional, para que no existan lagunas, contradicciones o impedimentos legales que dificulten el enjuiciamiento, en sede nacional, de los meritados crímenes internacionales. Un ejemplo evidente de la ayuda que puede ofrecer el principio de complementariedad a las jurisdicciones nacionales lo encontramos en los casos de enjuiciamiento de líderes políticos que gozan de inmunidad. Aquí, normalmente rige la imposibilidad de los órganos judiciales nacionales para conocer de la causa, sin embargo, la Corte Penal Internacional no tiene obstáculo alguno para proceder contra los mismos, de esta forma se

¹⁹²⁰ Cfr. H. OLÁSOLO ALONSO. 2003, “Reflexiones sobre...”, *loc cit*, pág. 60; cfr. W. A. SCHABAS. 2010, “The International...”, *loc cit*, pág. 45 y 46.

¹⁹²¹ Cfr. Art. 7 de la Convención contra la tortura de 1984; art. 7 del Convenio para la represión del apoderamiento ilícito de aeronaves de 1970; art. 8 del Convenio Internacional para la represión de atentados terroristas cometidos con bombas de 1977; art. 8 de la Convención Internacional contra la toma de rehenes de 1979, y art. 11 de la Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas de 2006, entre otros; cfr. A. SEIBERT-FOHR. 2003, “The relevance...”, *loc cit*, pág. 559 y 560.

¹⁹²² Cfr. Art. 49 del CGI, art. 50 del CGII, 129 del CGIII, 146 del CGIV y 85 del PAI.

¹⁹²³ H. OLÁSOLO ALONSO. 2003, “Reflexiones sobre...”, *loc cit*, pág. 61.

estarían supliendo o complementando las carencias de las jurisdicciones domésticas.

En síntesis, la justicia universal y el principio de complementariedad tienen una finalidad común, impedir la impunidad de los responsables de la comisión de crímenes internacionales, con base en la naturaleza de los hechos punibles objeto de persecución. Por ello, los Estados deben emprender la andadura de la aplicación del título jurisdiccional universal teniendo presente en todo momento el principio de complementariedad, al saber de la existencia de un órgano judicial internacional que supervisará y velará para que el proceso judicial sea eficaz, con una vocación universal¹⁹²⁴.

5. Proposición de Ley Orgánica de modificación de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, relativa a la justicia universal, de enero de 2014.

Nuevamente, ante situaciones de clara connotación política, surgen propuestas en el Parlamento para abordar una nueva modificación del principio de justicia universal, la segunda en 5 años¹⁹²⁵. Muchos cambios en tan poco espacio de tiempo para una materia tan importante en la persecución de crímenes internacionales. Lo anterior trae causa del proceso penal seguido ante dirigentes políticos chinos por el presunto genocidio cometido en el Tíbet. Las presiones de China, con evidentes influencias económicas en nuestro Estado, han surtido, en principio, efecto, pues se ha presentado ante el Congreso una proposición de ley de modificación de la Ley Orgánica del Poder Judicial cuya finalidad es limitar considerablemente la justicia universal. Con anterioridad las presiones políticas efectuadas por Israel propiciaron la reforma del art. 23.4 de la LOPJ mediante la Ley Orgánica 1/2009, de 3 de noviembre.

¹⁹²⁴ H. OLÁSULO ALONSO y E. CARNERO ROJO. 2012, “Extensión y límites de la jurisdicción personal, territorial y temporal de la Corte Penal Internacional”, en *El Principio de Justicia Universal: Fundamentos y Límites*, *loc cit*, pág. 136; cfr. M. P. SCHARF. 2001, “The ICC’s jurisdiction over the nationals of non-party states: a critique of the U.S. position”, en *Law & Contemporary Problems*, Vol. 64, pág. 76 y ss.

¹⁹²⁵ Boletín Oficial de las Cortes Generales, de 24 de enero de 2014, núm. 157-1.

Si observamos la exposición de motivos de la proposición de ley podemos apreciar ciertas afirmaciones que merecen algunos comentarios. En primer lugar, se sostiene que *«la jurisdicción universal no puede concebirse sino desde límites y exigencias propias del derecho internacional»*. Esto es cierto. Como hemos venido afirmando a lo largo de la investigación, el derecho internacional configura los límites para la aplicación de la justicia universal. Por un lado, no debe haber norma internacional que prohíba la extensión de la ley penal doméstica. Por otro lado, debe existir una norma permisiva que faculte al Estado a aplicar su ley penal. Estas normas pueden surgir tanto del derecho convencional como del consuetudinario. Estos aspectos aparecen, en principio, recogidos en la exposición de motivos de la propuesta de ley, al afirmarse que la *«la extensión de la jurisdicción española más allá de los límites territoriales españoles debe venir legitimada y justificada por la existencia de un tratado internacional que la prevea o autorice, el consenso internacional»*. Pues bien, la omisión del derecho consuetudinario como fuente para extender la ley penal española es reseñable. No olvidemos que la persecución bajo el principio de justicia universal del genocidio se ha conformado bajo el derecho consuetudinario, toda vez que la Convención para la prevención y la sanción del delito de genocidio, de 9 de diciembre de 1948, no prevé expresamente este principio jurisdiccional, aunque ello no impide que los Estados se atribuyan jurisdicción universal para perseguirlo, tal y como sostuvo el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso *Jorgic*. Igualmente, resulta interesante la mención al Estatuto de la CPI, ya que como venimos sosteniendo, el principio de complementariedad de la Corte Penal Internacional debe conjugarse con la justicia universal, para evitar la impunidad y poder enjuiciarse a los responsables de crímenes internacionales.

En segundo lugar, en la exposición de motivos se indica que se hace necesario ampliar la lista de delitos que habiendo sido cometidos fuera del territorio nacional pueden ser perseguidos por la jurisdicción española. En ningún momento se afirma que los delitos incluidos *ex novo* puedan ser perseguidos bajo el principio de justicia universal, sin embargo se han

incorporado en el art. 23.4 de la LOPJ, precepto que regula dicho título jurisdiccional. Los delitos que pretenden incluirse bajo el principio de justicia universal en ningún caso atacan o ponen en peligro bienes jurídicos del orden internacional, es decir, no serían delitos o crímenes internacionales. Esta medida, a mi juicio, sería desafortunada, ya que la excepcionalidad del principio de justicia universal y su subsidiariedad se debe a la naturaleza de los delitos y crímenes internacionales que pueden perseguirse bajo este título jurisdiccional. La extensión de la justicia universal a otra clase de delitos podría desnaturalizar este principio y convertir lo excepcional en normal, aspecto ciertamente discutible.

5.3. Los crímenes de guerra.

Como novedad destacable de la proposición de ley encontramos la inclusión de los delitos contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado como delitos susceptibles de perseguirse bajo la justicia universal. La normativa vigente no incluye los crímenes de guerra expresamente como injustos penales susceptibles de perseguirse universalmente, sino que su persecución es factible a través de la cláusula residual de remisión prevista en el art. 23.4.h) de la LOPJ. Como se ha señalado anteriormente, esta técnica legislativa conlleva que la justicia universal solo sea aplicable a las infracciones graves de los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949 y del Protocolo Adicional I de 1977. Con la nueva redacción propuesta los crímenes de guerra susceptibles de persecución universal han sido ampliados notablemente. Hemos de significar que entre los delitos contra las personas y los bienes protegidos en caso de conflicto armado, tipificados en los art. 609 a 614 del Código Penal, se encuentran las infracciones graves del DIH, otras violaciones graves del DIH y los actos contrarios o contravenciones del DIH. Lo más curioso es que con esta proposición de ley pretende limitarse la justicia universal, sin embargo, en relación a los crímenes de guerra la misma se ha ampliado. En la actualidad solamente pueden perseguirse universalmente las infracciones graves del DIH,

es decir, ciertos crímenes de guerra cometidos en conflictos armados internacionales. Si se aprobase la proposición de ley con la redacción actual, en nuestro Estado podrían perseguirse universalmente todos los delitos contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado tipificados en el Código Penal, con indiferencia de que se cometiesen en una contienda armada internacional o no internacional, cosa que el derecho internacional no ha previsto en ningún momento. Podrían perseguirse incluso delitos que en mi opinión no serían ni siquiera crímenes de guerra, como los contemplados en el art. 614 del Código Penal.

Ahora bien, esta novedad pierde toda su importancia desde el momento en que se pretende que nuestro legislador obvие por completo los convenios internacionales que regulan la persecución de las infracciones graves del DIH, a saber, los Convenios de Ginebra de 1949 y el Protocolo Adicional I de 1977. Así, en la proposición de ley se indica que *«(...) será competente la jurisdicción española para conocer de los hechos cometidos por españoles o extranjeros fuera del territorio nacional susceptible de tipificarse, según la ley española, como alguno de los siguientes delitos cuando se cumplan las condiciones expresadas: a) genocidio, lesa humanidad o contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado, siempre que el procedimiento se dirija contra un español o contra un ciudadano extranjero que resida habitualmente en España, o contra un extranjero que se encontrara en España y cuya extradición hubiera sido denegada por las autoridades españolas»*. Del precepto antedicho se deduce que lo que se pretende incluir en el art. 23.4 de la LOPJ es una justicia universal territorial y supletoria, al requerirse la presencia en nuestro territorio del responsable y la denegación de la extradición solicitada. Ciertamente, esto se compadece poco con lo previsto en los Convenios de Ginebra de 1949, los cuales contemplan una justicia universal absoluta, primaria, obligatoria y concurrente. Así pues, de nuevo se pretende que nuestro legislador apruebe una norma desconociendo lo previsto por el derecho internacional, contradiciéndose de este modo con lo afirmado en la exposición de motivos. La desnaturalización de los Convenios de Ginebra de

1949 es absoluta, ya que dichos tratados internacionales no requieren la presencia en el territorio del responsable y mucho menos la existencia de una solicitud de extradición y su denegación. La conculcación de la justicia universal obligatoria instaurada en los Convenios de Ginebra de 1949 es notoria. Recordemos que los citados tratados obligan a los Estados a buscar a los responsables de cometer infracciones graves del DIH como primera medida, y posteriormente, si lo prefieren, podrán extraditarlos a otro Estado que haya formulado cargos contra los mismos.

5.3.1. *Nexos requeridos.*

Como hemos indicado, la propuesta de ley presentada en el Parlamento, en relación a la persecución universal de los delitos contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado, requiere la concurrencia de una serie de nexos o vínculos, a saber, que el sujeto activo del tipo penal sea nacional español o que sea extranjero, en cuyo caso deberá residir habitualmente en territorio español o encontrarse en España y haberse denegado una solicitud de extradición. Evidentemente, los vínculos exigidos limitan considerablemente la justicia universal, confundiéndola incluso con otra serie de títulos jurisdiccionales.

5.3.1.1. Nacionalidad española del responsable.

El nexo de que el responsable sea un nacional español nos conduce al principio de personalidad activa, el cual ya está regulado en el art. 23.2 de la LOPJ y también en la propuesta de ley presentada ante el Parlamento de modificación del principio de justicia universal. La confusión entre el principio de justicia universal y el principio de personalidad activa es reseñable. Recordemos que los Convenios de Ginebra de 1949 obligan a buscar a los responsables de cometer las infracciones graves del DIH, siendo indiferente la nacionalidad de los mismos. La propuesta de ley presentada en el Parlamento contravendría lo dispuesto en el art. 27 de la Convención de Viena sobre el

derecho de los tratados, de 23 de mayo de 1969, que dispone que *«una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado»*. Desde el momento en que no se cumpla con la obligación impuesta en los art. 49 CGI, 50 CGII, 129 CGIII y 146 CGIV, nuestro Estado podría estar comprometiendo su responsabilidad internacional, máxime cuando nuestro derecho interno imposibilita el exacto cumplimiento de los compromisos internacionales suscritos.

5.3.1.2. Nacionalidad extranjera del responsable.

El segundo vínculo exigido es que el sujeto activo del delito sea extranjero. En este caso, existen dos posibilidades, que el mismo resida habitualmente en territorio español, en cuyo caso no se exige solicitud de extradición alguna, o que se encuentre en España, en cuyo caso sí se requiere una solicitud de extradición y que la misma sea denegada por las autoridades españolas. Curiosamente, el concepto de residencia habitual para los extranjeros no está regulado en la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre los derechos y libertades de los extranjeros en España, ya que solamente se contempla la residencia temporal y de larga duración. Aun así, considero que ambos tipos de residencia reunirían los presupuestos necesarios para entender que la misma es habitual, toda vez que la de larga duración conlleva la posibilidad de residir indefinidamente en nuestro Estado y la temporal es aquella que se concede por un espacio de tiempo de 90 días a 5 años. En cualquier caso, si acudimos al art. 9 de la Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y de modificación parcial de las leyes de los Impuestos sobre Sociedades, sobre la Renta de no Residentes y sobre el Patrimonio, podemos encontrar un concepto fiscal de residencia habitual que podría servir para interpretar el vínculo exigido. Así pues, atendiendo a lo dispuesto en dicho precepto de naturaleza fiscal, la residencia habitual concurriría cuando un extranjero permanece en nuestro Estado más de 183 días en un año natural.

En el caso de que el extranjero no resida en territorio español, sino que simplemente se encuentre en nuestro territorio, los vínculos exigidos son más restrictivos, al requerirse la solicitud de una demanda de extradición y la denegación de la misma por nuestras autoridades. Este requisito nos orienta a considerar que nos hallamos ante un principio de justicia universal supletorio, ya que solamente tendrán competencia nuestros tribunales cuando se haya rechazado la solicitud de extradición. Si no hay solicitud de extradición no podría enjuiciarse al responsable, menoscabándose el valor superior de la justicia prevista en el art. 1 de la CE, al poder permanecer impune en nuestro territorio el responsable de crímenes de guerra, de lesa humanidad y de genocidio. Este hecho no es querido en ningún momento por el derecho internacional, que predica una serie de obligaciones en relación con dichos crímenes internacionales, particularmente, el enjuiciarlos si el responsable se encuentra en nuestro territorio.

5.4. La cláusula aut dedere aut iudicare.

La confusión entre esta obligación y la justicia universal ya ha sido analizada, incluso las vinculaciones que pueden tener la una con la otra. Nuevamente, podemos apreciar que ambas figuras jurídicas tienden a relacionarse, ya que se ha incluido la obligación *aut dedere aut iudicare* dentro de la regulación del título jurisdiccional universal. Esto podría hacernos pensar que en realidad se estaría contemplando la justicia universal supletoria, definida anteriormente. Esta inclusión parece acertada, toda vez que cuando un tratado internacional prevea dicha obligación nuestros tribunales ya tendrán un título jurisdiccional habilitante, al indicarse en la proposición de ley que «*la jurisdicción española será también competente para conocer de los delitos anteriores cometidos fuera del territorio nacional por ciudadanos extranjeros que se encontraran en España y cuya extradición hubiera sido denegada (...)*». Este precepto es restringido, al requerirse en todo caso la solicitud de una extradición, por lo que si nadie la solicita nuestros tribunales en principio no estarían obligados a juzgar al responsable. Hubiese sido más respetuosa con el

derecho internacional una redacción que permitiese juzgar al responsable en ausencia de la solicitud de extradición. Por ejemplo, si se hubiese indicado “*siempre que no se proceda a su extradición*”, lo que incluye tanto la ausencia de solicitud de extradición como la denegación de la misma. No podemos olvidar que hay determinados tratados internacionales que no requieren la denegación de extradición para juzgar al responsable, sino simplemente que no se proceda a la extradición del mismo, como por ejemplo el art. 9.2 de la Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas, hecha en Nueva York el 20 de diciembre de 2006, o el art. 7 de la Convención Internacional contra la tortura y otras penas o tratos crueles o degradantes, hecha en Nueva York el 10 de diciembre de 1984. La redacción propuesta estaría restringiendo y desconociendo lo dispuesto en el derecho internacional para la persecución de determinados delitos o crímenes internacionales.

5.5. Eliminación de la cláusula de salvaguarda del derecho internacional.

El actual art. 23.4 de la LOPJ prevé una cláusula de salvaguarda del derecho internacional que conlleva que nuestro ordenamiento jurídico sea respetuoso con lo dispuesto en el derecho internacional, a saber, cuando se indica que «*Sin perjuicio de lo que pudieran disponer los tratados y convenios internacionales suscritos por España, para que puedan conocer los Tribunales españoles de los anteriores delitos deberá quedar acreditado (...)*». Con la nueva redacción propuesta dicha cláusula se eliminaría. Esto provocaría que nuestro Estado no respetase o diese cumplimiento a lo dispuesto en algunos tratados internacionales de derecho internacional humanitario o de derechos humanos, suscritos por nuestro Estado. Como expusimos con anterioridad, el término “sin perjuicio” conllevaba que los requisitos exigidos por nuestro ordenamiento para aplicar la justicia universal no fuesen de aplicación si el tratado internacional al efecto disponía lo contrario. Esto es evidente, toda vez que nuestro legislador no puede ir en contra de los convenios internacionales suscritos por nuestro Estado. Si entra en vigor la proposición de ley, la

situación cambiaría radicalmente, pudiendo nuestro ordenamiento interno contradecir tratados internacionales que nos vinculan y que hemos ratificado.

5.6. *Exclusión de la acción popular.*

El principal motivo por el que nuestros gobernantes quieren modificar la justicia universal lo encontramos en la acción popular. No podemos ser ajenos a que la mayoría de las causas penales iniciadas en aplicación de este título jurisdiccional lo han sido gracias a la acción popular, ya que la Fiscalía no suele incitar la actuación judicial mediante este principio jurisdiccional, por evidentes consideraciones políticas. Recordemos que el Ministerio Fiscal es un órgano jerarquizado (art. 2 del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal) y dependiente de la acción del Gobierno, quien podrá interesar las actuaciones pertinentes en aras de la defensa del interés público, según dispone el art. 8 del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal ¹⁹²⁶. Así pues, resulta evidente que con la exclusión de la acción popular, muchas menos causas penales se iniciarán en aplicación de la justicia universal. Únicamente podrían ser partes con la pretendida modificación el Ministerio Fiscal y la acusación particular. Si acudimos al derecho comparado, algunos Estados en su legislación requieren que la aplicación del principio de justicia universal tenga el visto bueno del Ministerio Fiscal correspondiente o que solamente sea dicho órgano quien pueda ejercitarlo.

Atendiendo a lo previsto en el art. 125 de la Constitución Española, en principio, no habría inconvenientes legales para limitar el ejercicio de la acción popular, ya que la misma se ejercerá en la forma y con respecto a aquellos procesos penales que la ley determine. En suma, no hay un derecho absoluto a la acción popular, pudiéndose ésta limitar debidamente. Ahora bien, si el abuso de este tipo de acción penal hubiera causado innumerables procesos penales, podría entenderse una reforma del mismo. Sin embargo, ocurre lo contrario, la realidad es que los procesos existentes en nuestro territorio en aplicación de la

¹⁹²⁶ Cfr. V. GIMENO SENDRA. 2004, *loc cit*, pág. 160.

justicia universal no alcanza la cifra de 20 causas, cifra muy escasa como para afrontar una reforma de esta acción penal limitando con ello la justicia universal¹⁹²⁷. Por ello, podemos afirmar que la proposición de ley tiene entre sus objetivos limitar notablemente la justicia universal, restringiendo su acceso únicamente a las partes perjudicadas y al Ministerio Fiscal, quien no suele incitar actuación alguna. Esta medida sería contradictoria con la naturaleza de la justicia universal, que recordemos es como una *actio popularis*, al tener como finalidad la persecución de los crímenes y delitos que afectan al orden internacional, por lo que cualquier Estado estaría legitimado para solicitar su aplicación, observándose los límites expuestos anteriormente.

En mi opinión hubiese sido aconsejable incluir un precepto procesal similar al previsto en el art. 153.f del Código de Procedimiento Penal Alemán¹⁹²⁸, el cual faculta al Ministerio Fiscal a declinar el ejercicio de acción penal si no se reúnen una serie de presupuestos para la persecución de crímenes internacionales. En ningún caso se trata de una obligación impuesta al Ministerio Fiscal, se trata de una potestad que puede ejercer o no en interés de la justicia. Si no declina la acción penal podría acusarse incluso sin reunirse los requisitos exigidos por la norma.

¹⁹²⁷ Cfr. http://politica.elpais.com/politica/2014/01/26/actualidad/1390748716_593371.html.

¹⁹²⁸ El art. 153.f) del Código de Procedimiento Penal Alemán dispone que «En los casos a los que hace referencia el artículo 153c.1.1 y 153c.1.2, la Fiscalía puede abstenerse de perseguir un hecho punible en aplicación de los artículos 6 al 14 del Código de Crímenes de el Derecho Internacional si la persona imputada no se encuentra en Alemania ni se prevé su presencia en este territorio. Si en los casos a que hace referencia el artículo 153c.1.1 el imputado es ciudadano alemán, esto se aplicará únicamente en los casos en que el delito esté siendo enjuiciado por un tribunal internacional o por el Estado en el que se cometió o al que pertenece el ciudadano perjudicado por él. (2) En los casos a que hace referencia el artículo 153c.1.1 y 153c.1.2, la Fiscalía puede en particular abstenerse de perseguir un hecho punible con arreglo a los artículos 6 al 14 del Código de Crímenes de Derecho Internacional, si 1. no existe sospecha de que un ciudadano alemán haya cometido el delito; 2. el delito no se cometió contra un ciudadano alemán, 3. el presunto responsable del delito no se encuentra en Alemania y no puede preverse su presencia en es territorio, y 4. el delito va a ser enjuiciado por un tribunal penal internacional o por el Estado en cuyo territorio se cometió dicho delito, del que es ciudadana la persona sospechosa de haberlo cometido o la persona que ha resultado perjudicada por él. Se aplicará el mismo criterio si una persona extranjera sospechosa de un delito cometido en otro país reside en Alemania pero se han cumplido los requisitos establecidos en los números 2 y 4 y es admisible y está previsto su traslado a un tribunal penal internacional o su extradición al Estado que lo va a procesar. (3) Si en los casos a los que hacen referencia los párrafos 1 ó 2 se han presentado ya cargos públicos, la Fiscalía podrá retirar los cargos en cualquier fase del procedimiento y dar fin a dicho procedimiento».

5.7. Control jurisdiccional de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo sobre procedimientos penales iniciados en el extranjero.

Otra novedad de la propuesta de ley sobre modificación del art. 23.4 de la LOPJ es la concesión legal de control jurisdiccional a nuestro Tribunal Supremo, en concreto, la Sala de lo Penal, sobre causas penales iniciadas en el extranjero. Como hemos expuesto anteriormente, no creo que el Tribunal Supremo tenga competencia para conocer de asuntos judiciales de otros Estados sin un acuerdo convencional previo, es decir, sin tratado internacional alguno que prevea lo antedicho. Esta medida podría quebrantar los principios básicos del derecho internacional contemplados en la Resolución 2625 (XXV) de la Asamblea General de Naciones Unidas, en particular, el principio de la obligación de no intervenir en los asuntos que son de la jurisdicción interna de los Estados. Nuestro Tribunal Supremo no puede fiscalizar la función jurisdiccional de otros Estados soberanos, esta función corresponde a los tribunales internacionales correspondientes.

Además, la remisión que se efectúa para ejercer dicho control jurisdiccional a normas emanadas del Estatuto de la CPI, en concreto, el art. 17.2 del ECPI, en mi opinión carece de sentido. La relación existente entre los Estados y la Corte Penal Internacional se fundamenta en el principio de complementariedad y derivará de una obligación convencional, al haber ratificado el Estado el Estatuto de la CPI, sin olvidarnos que la relación también puede surgir por una resolución del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas. Así, a dónde no llegue la jurisdicción nacional podrá hacerlo la Corte Penal y dónde no llegue la Corte Penal Internacional podrá llegar la justicia nacional, incluida la universal.. Esta especial relación conlleva, de manera implícita, cierto control de la Corte Penal Internacional sobre los Estados, en relación exclusivamente a la persecución de crímenes internacionales. Este debido control es legítimo, toda vez que los Estados han cedido parte de su soberanía a favor de la Corte Penal Internacional. Dicho esto, no podemos trasladar los principios anteriores a una relación horizontal, como sería la de

nuestro Tribunal Supremo frente a cualquier otro tribunal nacional extranjero, ya que ambos se desenvuelven en el mismo plano de igualdad y jerarquía. Esta medida podría provocar numerosos incidentes judiciales, poniendo en quiebra la seguridad jurídica y con ello garantías penales básicas, como el *non bis in idem*, entre otros.

CONCLUSIONES

I.- La represión de los crímenes internacionales puede llevarse a cabo bien por la justicia penal internacional, bien por la jurisdicción doméstica de cada Estado. La justicia penal internacional difiere de la justicia universal en varios aspectos. En primer lugar, la justicia penal internacional es practicada por órganos judiciales internacionales, mientras que la justicia universal es empleada por órganos judiciales estatales. En segundo lugar, la justicia penal internacional conlleva la aplicación del derecho penal internacional y del DIH como normas primarias, cosa bien distinta ocurre con la jurisdicción universal, en donde los tribunales nacionales aplicarán principalmente derecho doméstico, pudiendo emplear las normas de derecho penal internacional y del DIH para interpretar correctamente la norma nacional. Por último, al aplicarse normas de derecho internacional en la justicia penal internacional, determinados principios básicos del derecho penal podrán interpretarse de una manera más flexible, como ocurre con el principio de legalidad o la inmunidad de jefes de Estado o de altos cargos estatales. Los órganos judiciales nacionales que utilicen la justicia universal, aplicarán los principios esenciales del derecho penal estrictamente, sin excepción alguna.

II.- El origen de la justicia penal internacional lo encontramos en la constitución de los tribunales militares internacionales de Nüremberg y de Tokio, sin perjuicio de otorgar la relevancia debida al Tratado de Versalles de 1919, el cual pretendió instaurar un sistema de justicia penal internacional. Las dificultades con las que se encontraron estos tribunales y la forma en la que aplicaron derecho, ha dado origen a numerosas críticas, sobre todo en relación a la vulneración del principio de legalidad. Empero lo antedicho, el contenido de sus resoluciones judiciales y de sus estatutos son en la actualidad parte del derecho consuetudinario.

III.- A pesar de la evolución y actual desarrollo de la justicia penal internacional, los Estados siguen siendo los principales actores en la represión

de los crímenes internacionales. La Corte Penal Internacional actuará cuando los Estados no puedan o quieran impartir justicia con todas las garantías, así como cuando el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas lo considere oportuno en aplicación de lo dispuesto en el Capítulo VII de la Carta de Naciones Unidas, remitiendo al Fiscal de la CPI una situación concreta. Lo antedicho se ha visto respaldado a través del principio de complementariedad de la Corte Penal Internacional, sin perjuicio de que los tribunales *ad hoc*, como el Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia o el de Ruanda, ostenten una jurisdicción preferente sobre la doméstica, en virtud del criterio de concurrencia que rige en tales órganos judiciales internacionales.

IV.- La creación de tribunales penales internacionales para el enjuiciamiento de crímenes internacionales se ha llevado a cabo a través de acuerdos entre Estados, como sucedió con la Corte Penal Internacional; mediante sendas resoluciones del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, por las cuales se constituyeron el Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia y el de Ruanda o, por acuerdos entre Estados y la ONU, como ha sucedido con el Tribunal Especial para Sierra Leona, con las Salas Extraordinarias para el enjuiciamiento de los crímenes cometidos durante el período de la Kampuchea democrática en Camboya y con el Tribunal Especial del Líbano, entre otros. Estos últimos tribunales son híbridos, ya que aplican tanto normas nacionales como internacionales y están compuestos por jueces nacionales y extranjeros. Normalmente, los tribunales penales internacionales juzgarán los crímenes internacionales más graves sobre los que tengan competencia, dejando de lado aquellos otros que no reúnan esta gravedad o sobre los que no sean competentes. De ahí que las jurisdicciones domésticas ostenten todavía un papel fundamental en el sistema de justicia penal internacional. Un ejemplo de lo antedicho podemos encontrarlo en el Estatuto de la Corte Penal Internacional, en donde solo se juzgarán los crímenes internacionales más graves, a saber, aquellos que han alcanzado un umbral determinado. El resto de crímenes internacionales deberá ser objeto de

enjuiciamiento en sede nacional, en aplicación de los principios de jurisdicción vigentes en la actualidad, como puede ser el de jurisdicción universal.

V.- Los títulos jurisdiccionales que ostentará un Estado para juzgar un comportamiento punible serán el principio de territorialidad, personalidad activa, personalidad pasiva, principio de protección o defensa y principio de justicia universal. Estos títulos jurisdiccionales forman parte del derecho consuetudinario al estar incorporados en la mayoría de los ordenamientos jurídicos estatales, ser aplicados por éstos y estar contenidos en numerosos instrumentos internacionales que regulan determinados comportamientos punibles. Sin perjuicio de lo anterior, algunos Estados también contemplan el principio de justicia supletoria. Empero lo afirmado, este título jurisdiccional no forma parte del derecho consuetudinario al no haberse incorporado en la mayoría de los ordenamientos jurídicos domésticos. El principio de justicia supletoria podría haber sido desplazado por el de justicia universal, siempre que hablemos de crímenes internacionales y ciertos delitos internacionales.

VI.- Un título jurisdiccional que no podemos olvidar y que emana del derecho de los conflictos armados es el principio de beligerancia. Este título jurisdiccional formaría parte del derecho consuetudinario, principalmente por la práctica de los Estados en la materia y su reconocimiento en el derecho convencional. Con anterioridad a la 1ª Guerra Mundial se afirmaba el derecho de los Estados a juzgar a los prisioneros de guerra que tuvieran en su poder por la comisión de crímenes de guerra. Esta facultad se consagró tras la 2ª Guerra Mundial, principalmente, por los juicios llevados a cabo por los aliados al finalizar la contienda armada. En la actualidad, este título jurisdiccional sólo sería de aplicación para los Estados sumidos en una contienda armada internacional o que ocupasen un territorio enemigo, por lo que su ámbito de aplicación es muy reducido. Para la comisión de infracciones graves del DIH y otras violaciones graves del DIH, el principio de jurisdicción universal es más eficaz que el de beligerancia.

Nuestro ordenamiento jurídico contempla los títulos jurisdiccionales enunciados, salvo el de justicia supletoria. El principio de beligerancia se encuentra regulado de forma indirecta a través de normas castrenses, como la Ley Orgánica 4/1987, de 15 de julio, de Competencia y Organización de la Jurisdicción Militar. De otra parte, el principio de personalidad pasiva ha sido introducido como límite al ejercicio de la justicia universal en nuestro sistema legal, en virtud de la Ley Orgánica 1/2009, de 3 de noviembre que reformó el art. 23.4 de la LOPJ, por lo que el título jurisdiccional contenido en dicho precepto seguirá siendo la jurisdicción universal.

VII.- El principio de territorialidad es el título jurisdiccional preferente para enjuiciar a los responsables de crímenes y delitos internacionales, toda vez que el acervo probatorio se encuentra en el *locus delicti*, aparte de por otros motivos procesales, económicos y de eficacia de la pena. El resto de títulos jurisdiccionales serán subsidiarios del de territorialidad. Normalmente, cuando los Estados extienden su ley penal a hechos ocurridos fuera de los territorios sujetos a su soberanía es porque existe algún tipo de vínculo o nexo con el comportamiento punible. Así, el vínculo en el principio de personalidad pasiva es la nacionalidad de la víctima del delito. En el principio de personalidad activa el nexo es la nacionalidad del responsable del delito. En el principio de protección el vínculo se halla en los intereses esenciales del Estado perjudicados o puestos en peligro por la comisión del delito. Por último, en el principio de beligerancia el nexo sería la relación de sujeción especial en la que se encuentran los prisioneros de guerra o los nacionales de los territorios ocupados.

VIII.- La aplicación extraterritorial de la ley penal debe respetar en todo momento el derecho internacional, bien convencional o consuetudinario. Cuando un Estado, en aplicación de sus normas, lleva a cabo actos que pueden afectar a la soberanía de otro distinto, debe existir una norma de derecho internacional permisiva al respecto, es decir, que permita comportarse de tal

manera. Ciertamente, serán los tratados internacionales y la costumbre internacional la base jurídica para actuar correctamente.

IX.- El principio de justicia universal, a diferencia del resto de títulos jurisdiccionales referidos, no requiere la existencia de nexo o vínculo alguno con el crimen o delito internacional que pretende enjuiciarse. Aún así, algunos Estados han incorporado en su ordenamiento jurídico el presupuesto de que el responsable penal se encuentre en su territorio para que los órganos judiciales nacionales puedan conocer del mismo. Así pues, podemos afirmar que el título jurisdiccional universal es aquel que atribuye potestad a los tribunales estatales para juzgar determinados comportamientos que lesionan o ponen en peligro bienes jurídicos internacionales, afectando a la paz y seguridad de la comunidad internacional, con independencia de la nacionalidad del responsable y de la víctima, y de que el delito no se haya cometido en su territorio. El eje capital que explica la *justicia mundial* es la protección de determinados bienes jurídicos del orden jurídico internacional, siempre que el Estado del *locus delicti* no los persiga eficazmente en vía penal, bien por inactividad o por imposibilidad sobrevenida, corriendo peligro que los mismos queden impunes. La paz y seguridad internacional se encuentra vinculada con los derechos humanos básicos y con el DIH. No podemos negar que la comisión de un crimen de guerra suele lesionar derechos humanos básicos, pero que también pone en peligro o perjudica las relaciones internacionales y la paz y seguridad internacional, toda vez que tales injustos pueden conllevar desplazamientos forzados de la población, intervenciones militares de terceros Estados u organizaciones internacionales o la extensión del conflicto armado a otros territorios. La interacción entre la paz y seguridad internacional y los derechos humanos y el derecho internacional humanitario es notoria, ya que no podremos proteger lo primero sin salvaguardar lo segundo y viceversa. Atendiendo a la naturaleza de los crímenes internacionales y de algunos delitos internacionales, podemos afirmar que el bien jurídico protegido de aquéllos estaría constituido por todo interés social e internacional fundamental, dando igual que éste sea individual, colectivo o supraindividual, siempre que merezca

una especial protección penal a la vista de las obligaciones que tiene todo Estado soberano. El interés internacional estaría asociado al conjunto de normas internacionales que pretenden mantener la paz y seguridad internacional, las cuales imponen obligaciones a los Estados. Entre las normas que regularían este interés internacional podemos señalar el Estatuto de la CPI, el del Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia y el de Ruanda.

X.- Dentro de la protección de los derechos humanos los diversos instrumentos internacionales que los regulan, ya sean de carácter universal o regional, imponen una serie de obligaciones a los Estados, entre la que encontramos el investigar oficialmente las violaciones graves de los derechos humanos cometidos sobre aquellas personas que tengan bajo su jurisdicción y se encuentren en su territorio. Desde el mismo momento en que una persona haya sido objeto de una violación grave de sus derechos humanos podrá demandar la actuación del Estado en donde reside, ya que éste tendría la obligación de investigar tales hechos mediante el recurso efectivo implementado en el art. 2.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el art. 13 del Convenio Europeo de Derechos Humanos. La nacionalidad de la víctima o del responsable y el lugar del delito son indiferentes para el cumplimiento de este recurso efectivo, el cual debería satisfacerse en todo caso. Los derechos humanos no corresponden exclusivamente a un Estado en particular, todo lo contrario. La comunidad internacional debe vigilar el respeto de los mismos. Por ello, en los últimos años se han constituido tribunales penales internacionales cuya finalidad es juzgar la comisión de crímenes internacionales y ciertos delitos internacionales que han lesionado y vulnerado las normas relativas a los derechos humanos y al DIH. Aun así, estos órganos judiciales supranacionales no tienen la capacidad suficiente ni los medios necesarios para cubrir o juzgar todos los comportamientos punibles de su jurisdicción, de ahí, que los órganos judiciales domésticos tengan que complementarlos. De cualquier forma no podemos olvidarnos que los Estados son los principales responsables para juzgar crímenes internacionales, actuando en su defecto otras instancias judiciales

internacionales. Los crímenes internacionales suelen ser cometidos por miembros del aparato estatal, incluso por los máximos líderes políticos y militares del mismo, circunstancia que conllevará la inactividad o nulo interés del Estado por perseguirlos. Aquí la actuación de terceros Estados mediante la justicia universal podría solventar la situación de desprotección de la población afectada, haciéndose respetar sus derechos esenciales.

XI.- El título jurisdiccional universal es excepcional, bien por la naturaleza de los injustos penales sobre los que se aplica, bien por las circunstancias en las que se encuentra legitimado un Estado para emplearlo. En cualquier caso el principio jurisdiccional preferente será el de territorialidad y en defecto de este le seguirán el principio de personalidad pasiva y activa. Llegados a este punto, la jurisdicción universal encontraría su lugar cuando ninguno de los Estados con un vínculo o nexo con el crimen cometido esté ejerciendo su jurisdicción o habiéndose iniciado algún tipo de proceso penal, el mismo tenga por finalidad buscar la impunidad de los responsables. La subsidiariedad de la justicia universal no significa que no exista una jurisdicción concurrente para ciertos crímenes o delitos internacionales, pudiendo estar conociendo de unos mismos hechos varias jurisdicciones a la vez. Sin embargo, se llegará a un estadio procesal en el que habrá que determinar qué jurisdicción es la preferente. Normalmente, como dijimos prevalecerá la jurisdicción del *locus delicti* y la de la nacionalidad de las víctimas o del responsable frente a la universal. La justicia universal debe ser la última herramienta para lograr el castigo de los responsables de crímenes internacionales y ciertos delitos internacionales. Al protegerse bienes jurídicos internacionales mediante la jurisdicción universal, podemos afirmar que su aplicación sería como una *actio popularis*.

XII.- La fuente que origina la aplicación del principio de justicia universal puede ser obligatoria o potestativa, es decir, el instrumento internacional o ley interna puede obligar o facultar al empleo de este título jurisdiccional. Hablaremos de una justicia universal obligatoria cuando la

fuente que legitime el uso de este principio jurisdiccional conmine a ello. La obligación citada suele estar ligada a la regla *aut dedere aut iudicare*. Dependiendo del instrumento internacional al efecto y de las variantes que puedan surgir en relación a la obligación de extraditar o juzgar, nos encontraremos ante una jurisdicción universal primaria, subsidiaria y supletoria. La jurisdicción universal primaria es aquella que debe aplicarse aunque no se hayan agotado todos los esfuerzos posibles para que los Estados con un título jurisdiccional preferente conozcan del crimen o delito internacional en cuestión. En síntesis, el Estado deberá aplicar el principio de justicia universal desde el momento en que tenga conocimiento de un comportamiento punible determinado. La jurisdicción universal subsidiaria es aquella que obliga a un Estado a juzgar al presunto responsable de un crimen internacional o delito internacional que se halla en su territorio, siempre que no se le haya extraditado, es decir, cuando no se recibe solicitud de extradición alguna de un Estado con una jurisdicción preferente. La jurisdicción universal supletoria es aquella que surge cuando el Estado del *iudex apprehensionis* se ha negado a extraditar al responsable de la comisión de crímenes internacionales o ciertos delitos internacionales, debiendo juzgarlo por ello. Aquí sí se ha cursado una solicitud de extradición, sin embargo el Estado detentor, por las razones que considere pertinentes, decide no extraditarlo y someterlo a su jurisdicción. De otra parte, hablaremos de una jurisdicción potestativa o facultativa cuando el instrumento internacional correspondiente no obligue al Estado a ejercer su jurisdicción penal, sino que solamente faculte a ello, quedando por lo tanto sometida su aplicación a la voluntad soberana de cada Estado.

XIII.- Hablaremos de una jurisdicción universal convencional cuando la obligación de aplicar este título jurisdiccional emane de los tratados internacionales. Por otro lado, nos encontraremos ante una jurisdicción universal consuetudinaria cuando sea la costumbre la fuente internacional que legitime la aplicación del título jurisdiccional antedicho. Normalmente, la jurisdicción universal consuetudinaria suele ser facultativa, mientras que la

convencional, en virtud de la regla *aut dedere aut iudicare* y del principio *pacta sunt servanda*, suele ser obligatoria.

XIV.- Dentro de las clases de jurisdicción universal existentes, encontramos la absoluta, relativa y territorial. La jurisdicción universal absoluta es aquella por la que un Estado extiende su ley penal a ciertos delitos sin que exista nexo o vínculo alguno entre estos y el Estado que pretende perseguirlos, ni siquiera la presencia del responsable en su territorio. Este tipo de jurisdicción ha sido muy criticada, llegando a sostenerse que no existe en el derecho internacional. Aún así, podemos afirmar que en el derecho internacional no hay norma alguna que prohíba la jurisdicción absoluta; es más, numerosos tratados internacionales contemplan una cláusula por la cual no se excluye ningún tipo de jurisdicción penal ejercida de acuerdo con las leyes nacionales. Incluso, los Convenios de Ginebra de 1949 no estipulan en ningún momento la necesidad de que esté presente en el territorio el responsable para buscarle y enjuiciarlo, legitimándose además la iniciación de causas penales sin que esté presente el responsable, al poder extraditarse a cualquier Estado que haya ejercido cargos contra el mismo, deduciéndose así una jurisdicción universal absoluta al iniciarse el procedimiento penal sin que estuviera presente aquél. Lo que es discutible en todo momento son los procedimientos *in absentia*, es decir, aquellos en los que se condena al justiciable sin que esté presente en el juicio, al lesionarse ciertos derechos fundamentales, principalmente, el derecho de defensa. La jurisdicción universal relativa es aquella en donde se exige algún tipo de vínculo o nexo entre el hecho punible y el Estado que pretende juzgar el mismo, tales como la nacionalidad de la víctima o la presencia del responsable en el territorio. El problema de este tipo de jurisdicción es que puede crear cierta confusión, ya que si se exige la existencia de víctimas nacionales podríamos confundirnos con el principio de personalidad pasiva. La justicia universal territorial se asienta en el *iudex apprehensionis*, a saber, se requiere la presencia del responsable en el territorio. Esta jurisdicción plantea menos problemas que la absoluta, ya que el Estado detentor del responsable lo juzgará al estar bajo su poder y no haber procedido

a su extradición, bien porque nadie la ha solicitado, bien porque el Estado detentor se ha negado a la misma.

XV.- La regla *aut dedere aut iudicare* suele estar vinculada a la jurisdicción universal, aunque son figuras jurídicas distintas. La obligación de extraditar o juzgar no constituye ningún título jurisdiccional, a diferencia de la justicia universal que sí lo es. Lo anterior conllevará que los Estados, a fin de hacer cumplir la obligación mencionada, tengan que tener en su ordenamiento jurídico un título jurisdiccional apropiado para enjuiciar ciertos injustos penales, siendo normalmente la jurisdicción universal el título adecuado cuando no haya nexo o vínculo alguno con el hecho punible y el bien jurídico protegido pertenezca al orden internacional. Asimismo, la obligación alternativa referida se aplica para cualquier tipo de hecho punible, mientras que la jurisdicción universal se aplica para crímenes y ciertos delitos internacionales. La importancia de la obligación alternativa citada radica en que constituye una cláusula de cooperación y colaboración internacional entre Estados para lograr el castigo de los crímenes y delitos internacionales. Dos acciones soberanas comprenden la regla meritada, de una parte la acción de extraditar, y de otra parte, la acción de someter a la justicia al responsable. La extradición es una institución jurídica que permite la entrega de un delincuente por parte de un Estado que lo tiene en su poder, a otro que lo ha requerido, a fin de juzgarle o ejecutar la pena impuesta. Esta institución favorece el ejercicio del principio de justicia universal absoluta, ya que con ella se puede obtener la presencia en el territorio del responsable. Sin embargo, existen varios obstáculos para dicho fin, como son el principio de no extradición de nacionales, el principio de doble incriminación, el *non bis in ídem* y la participación del poder ejecutivo en los expedientes de extradición. En cuanto a la acción de someter a la justicia al responsable, los instrumentos internacionales han configurado diversos mecanismos. En algunos se requiere el ejercicio de la acción penal contra el responsable, en otros someterle a las autoridades competentes, y en los Convenios de Ginebra de 1949, se obliga a hacerlos comparecer ante los tribunales. Cada mandato conllevará una

consecuencia jurídica distinta. El ejercitar una acción penal conlleva que se inicie un procedimiento penal para investigar el hecho punible. El someter a las autoridades competentes comporta que la investigación requerida podría verse satisfecha sin necesidad de abrir una causa penal, utilizándose otra serie de mecanismos para investigar los hechos, tales como investigaciones administrativa o diligencias del Fiscal, que no tienen naturaleza judicial.

XVI.- Solamente aquellos injustos que puedan calificarse como crímenes internacionales y determinados delitos internacionales legitiman la aplicación de la justicia universal. Un crimen internacional es aquel comportamiento que viola gravemente una norma de derecho internacional que impone la correspondiente responsabilidad penal, poniendo en peligro o lesionando bienes jurídicos internacionales, los cuales están vinculados con la paz y seguridad internacional y con los derechos humanos. Los crímenes internacionales por excelencia son los tipificados en el Estatuto de la CPI. Un delito internacional es todo comportamiento considerado punible en una norma convencional que no impone responsabilidad penal, derivándose la misma al ordenamiento nacional, teniendo en muchas ocasiones una connotación internacional al verse implicado en su comisión más de un Estado. La diferencia entre estos comportamientos punibles radica en que los crímenes internacionales han adquirido el *status* de norma de *ius cogens*, tienen una eficacia *erga omnes*, pueden ser cometidos por actores estatales o públicos, su castigo surge del derecho internacional no del doméstico y pertenecen al derecho consuetudinario. Los delitos internacionales, a excepción de la tortura y de ciertos actos de terrorismo, están recogidos en normas convencionales que no forman parte del derecho consuetudinario, suelen ser cometidos por actores privados organizados en grupos criminales o individualmente y salvo que se cometan a gran escala o de manera sistemática, no amenazarían la paz y seguridad internacional. Una característica común entre ambos ilícitos internacionales es que tanto los crímenes internacionales como muchos delitos internacionales están sujetos a la justicia universal, si bien es cierto que normalmente en relación con los delitos internacionales se tratará de una

jurisdicción universal territorial, subsidiaria y supletoria, basada en el *iudex aprehensionis*.

XVII.- El origen de la jurisdicción universal se encuentra en la persecución de la piratería, la esclavitud y la falsificación de moneda. Posteriormente, se ha extendido a la persecución del genocidio, crímenes de guerra, crímenes de lesa humanidad, apartheid, tortura y ciertos actos de terrorismo. Un apunte especial merecen ciertos actos de terrorismo transnacional declarados punibles en algunos convenios internacionales tales como el Convenio Internacional para la represión de los atentados terroristas cometidos con bombas, de 15 de diciembre de 1997, el Convenio para la represión del apoderamiento ilícito de aeronaves, de 16 de diciembre de 1970, la Convención Internacional contra la toma de rehenes, de 17 de diciembre de 1979 o el Convenio Internacional sobre la prevención y castigo de delitos contra las personas internacionalmente protegidas, inclusive agentes diplomáticos, de 14 de diciembre de 1973. Estos instrumentos internacionales han podido cristalizar en derecho consuetudinario, siendo de eficacia *erga omnes*. Esta afirmación se fundamenta en el número de Estados Parte de tales convenios, al ser instrumentos internacionales de carácter universal, por las actuaciones llevadas a cabo por los Estados, por los bienes jurídicos protegidos que afectan a la paz y seguridad internacional y por las resoluciones aprobadas por el Consejo de Seguridad y Asamblea General de Naciones Unidas sobre la materia. La jurisdicción universal contemplada en estos instrumentos internacionales sería territorial y de naturaleza subsidiaria o supletoria. Igualmente, la tortura merece ciertas consideraciones. En primer término, la misma es un delito internacional que forma parte del derecho consuetudinario, siendo de naturaleza *ius cogens* y eficacia *erga omnes*, como ya ha sostenido el Tribunal penal Internacional para la antigua Yugoslavia, las Salas Extraordinarias para el enjuiciamiento de los crímenes cometidos durante el período de la Kampuchea democrática en Camboya y la Corte Internacional de justicia. En segundo término, la esencia de su persecución universal radica en la naturaleza de tal comportamiento punible. En determinadas circunstancias la

tortura podrá ser un crimen internacional, en concreto, un crimen de guerra o un crimen de lesa humanidad. Por último, la justicia universal contenida en la Convención de 10 de diciembre de 1984, contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes es territorial y obligatoria, no requiriéndose solicitud de extradición alguna para ejercer dicha jurisdicción. Desde el momento en que se tenga conocimiento de la presencia de un responsable de torturas, el Estado detentor procederá contra él, posteriormente podrá sopesar si extraditarlo o no, se trataría de la cláusula *iudicare vel dedere*.

XVIII.- La persecución universal de los crímenes de guerra emana de la aprobación de los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949, toda vez que con anterioridad no existía una norma internacional que obligase a los Estados a buscar a los responsables de la comisión de estos hechos punibles y enjuiciarlos. La represión de los crímenes de guerra con anterioridad a la aprobación de los Convenios de Ginebra de 1949 era ejercida por los Estados de la nacionalidad del responsable o por la del Estado captor de aquel, lo que conlleva que el título jurisdiccional aplicable fuese el de personalidad activa o el de beligerancia.

XIX.- Por crimen de guerra debemos entender toda conducta cometida con ocasión de un conflicto armado que vulnera gravemente una norma esencial de derecho de los conflictos armados que tiene por finalidad la protección de determinados bienes jurídicos y que genera responsabilidad penal con base en el derecho internacional. Dentro de los crímenes de guerra hemos de diferenciar las infracciones graves del DIH de aquellas otras violaciones graves del DIH y éstas de aquellos otros actos contrarios u contravenciones del derecho internacional humanitario. Las infracciones graves del derecho internacional humanitario son normas de *ius cogens* que protegen valores esenciales de esta rama del derecho, pero en ningún caso son tipos penales. Las restantes violaciones graves del derecho internacional humanitario son aquellos actos u omisiones distintos de las infracciones graves que contravienen gravemente otros preceptos o principios de dicha rama del

derecho, los cuales merecen un reproche penal. Aquellos otros actos contrarios u contravenciones del DIH serían todo comportamiento o irregularidad del DIH que no ostenta la gravedad suficiente para poner en marcha el aparato judicial, pudiendo ser suficiente su tipificación como delitos ordinarios o menores o bien ser corregidos en vía disciplinaria.

XX.- Las características de las infracciones graves del DIH son las siguientes: 1) son crímenes de guerra; 2) solo pueden cometerse en el seno de conflictos armados internacionales; 3) originan la aplicación del principio de justicia universal obligatoria; 4) son *numerus clausus*; 5) solamente se pueden cometer contra personas protegidas especialmente por el DIH; 6) son crímenes internacionales. De otra parte, aquellas otras violaciones graves del DIH se caracterizan por lo siguiente: 1) son crímenes de guerra; 2) pueden cometerse tanto en conflictos armados internacionales como no internacionales; 3) pueden perseguirse mediante la justicia universal facultativa; 4) pueden cometerse incluso contra personas no protegidas especialmente por el DIH; 5) algunas violaciones graves del DIH son crímenes internacionales. Por último, las características de los actos contrarios o meras contravenciones del DIH serían las siguientes: 1) no son crímenes de guerra; 2) pueden cometerse en conflictos armados internacionales y domésticos; 3) originan una responsabilidad penal o disciplinaria; 4) no están sujetas al principio de justicia universal, dada su escasa relevancia.

XXI.- Los presupuestos que debe reunir todo crimen de guerra son los siguientes: existencia de un conflicto armado, conexión entre la contienda armada y el crimen, ciertos elementos subjetivos y la gravedad del hecho punible. Un conflicto armado surge siempre que hay un recurso a la fuerza armada entre Estados o una situación de violencia armada prolongada entre autoridades gubernamentales y grupos organizados o entre tales grupos dentro de un Estado. Los conflictos armados pueden ser internacionales o no internacionales, así como mixtos. Los primeros surgen cuando un Estado ejerce cualquier tipo de violencia armada contra otro Estado. También pueden

originarse en el seno de una contienda armada doméstica desde que una de las partes se ha convertido en Estado independiente o por la implicación directa de un tercer Estado ejerciendo un control general sobre una de las partes. Las principales normas internacionales que regulan estas contiendas armadas son los Convenios de Ginebra de 1949 y el Protocolo Adicional I de 1977 a dichos convenios, en cuyo art. 1.4 enumera como conflictos armados internacionales la lucha armada contra la dominación colonial, la ocupación extranjera y la lucha contra los regímenes racistas en el ejercicio al derecho de libre determinación de los pueblos. Respecto a los conflictos armados no internacionales, estos pueden ser ordinarios, generalizados, globalizados y prolongados. Los ordinarios serían aquellos conflictos armados que surgen en el territorio de un Estado entre sus fuerzas armadas y grupos armados organizados, los cuales suelen denominarse sediciosos, rebeldes o insurgentes o entre estos entre sí. Las normas que se aplicarán serán el art. 3 común a los Convenios de Ginebra y el derecho humanitario consuetudinario. El conflicto generalizado es aquel que surge en el territorio de un Estado entre sus fuerzas armadas y un grupo armado organizado, el cual tiene un control operativo sobre una parte del territorio, un mando responsable y aplica el DIH. El globalizado abarca una dimensión internacional, al participar en el conflicto armado interno fuerzas armadas de otro Estado o de una organización internacional en apoyo de las fuerzas armadas gubernamentales o incluso de grupos armados organizados. También surge cuando las fuerzas armadas de un Estado luchan en el territorio de otro contra un grupo armado organizado sin participación alguna de las fuerzas armadas gubernamentales del territorio en donde se desarrollan las hostilidades. La globalización se produce por la participación ajena de otras fuerzas armadas en el conflicto, sin que constituya un conflicto armado internacional. Por último, el conflicto prolongado tiene su origen en el art. 8.2.f) del ECPI, siendo su característica más relevante el hecho de que el único presupuesto exigido es que haya una contienda armada de larga duración, es decir, prolongada. Por lo tanto se aplica en aquellas contiendas armadas internas existentes entre fuerzas armadas gubernamentales y grupos armados organizados, o entre estos grupos entre sí, no requiriéndose los

presupuestos del PAII. En suma, este precepto del Estatuto de la CPI extiende la protección del PAII al aplicarse a situaciones no contempladas en el mismo.

XXII.- En relación a la conexión necesaria entre el crimen de guerra y el conflicto armado, hemos de significar que dicha contienda armada ha de haber influido en el responsable a la hora de cometerlo, bien por el modo o por la finalidad del acto. Hechos tales como que el responsable sea combatiente, la víctima sea parte de la población civil o persona protegida, que el acto tenga por finalidad obtener una ventaja militar o que el comportamiento sea llevado a cabo dentro de las funciones del mando militar, suponen un nexo entre el conflicto armado y el crimen de guerra. El contexto del conflicto armado debe entenderse como un elemento normativo del tipo penal, exigiéndose que el responsable haya tenido conocimiento del mismo.

XXIII.- Con carácter general la mayoría de crímenes de guerra solo pueden ser cometidos dolosamente, aunque existe la posibilidad de que algunos de ellos puedan ser cometidos imprudentemente acudiendo a los elementos de los crímenes de guerra de la CPI y a la jurisprudencia del Tribunal Penal Internacional para Yugoslavia. Este tribunal *ad hoc* afirma la posibilidad de que algunos crímenes de guerra puedan ser cometidos mediante *recklessness*, que según una parte de la doctrina es considerada como una especie de dolo eventual, aunque para otros autores sería una modalidad de imprudencia consciente. Al no haber unanimidad sobre su consideración, actualmente no tiene acogida en el art. 30 del Estatuto de la CPI. Igualmente, la Corte Penal Internacional considera que tampoco el *dolus eventualis* puede ser aplicado, solamente habría lugar para el dolo directo en primer y segundo grado. Sin embargo, dentro de nuestro ordenamiento jurídico no habría inconveniente alguno para que un crimen de guerra fuese juzgado habiéndose cometido mediante dolo eventual. El dolo necesario deberá abarcar el conocimiento de las circunstancias del hecho punible y la existencia del conflicto armado.

XXIV.- El último requisito para la existencia de un crimen de guerra, es que el comportamiento punible sea grave, criterio razonable toda vez que en muchas ocasiones los crímenes de guerra dan origen a la jurisdicción universal, por lo que se tienen que haber puesto en peligro o lesionado bienes jurídicos relevantes de la comunidad internacional, es decir, debe existir una conducta que viole de manera grave una norma del derecho de los conflictos armados. La gravedad podrá deducirse, entre otras causas, por la forma en la que se ejecutó el hecho punible, los métodos usados, su reiteración, por los valores protegidos, por la posición de poder o superioridad del responsable o el contexto de los crímenes.

XXV.- La justicia universal comprendida en los Convenios de Ginebra y en el PAI es obligatoria, primaria, concurrente y absoluta. Este tipo de jurisdicción es capital dentro del derecho internacional, ya que prevé una jurisdicción universal obligatoria de naturaleza primaria, cuando lo normal es que sea subsidiaria o supletoria, en defecto de otras jurisdicciones preferentes. El sistema de eficacia del DIH implementado en los Convenios de Ginebra trae causa de los horrores de la 2ª Guerra Mundial y de la propia naturaleza de las infracciones graves del DIH, que constituirían aquellos injustos más graves que pueden cometerse en un conflicto armado internacional. La obligatoriedad de perseguir se encuentra en el propio enunciado de los Convenios de Ginebra de 1949. El hecho de que sea una jurisdicción primaria se deduce igualmente del texto del art. 49 CGI, 50 CGII, 129 CGIII y 146 CGIV, en los que se exige, en primer lugar, buscar a la personas responsables de infracciones graves del DIH y en segundo lugar, si lo prefieren, extraditarlas a otro Estado. La jurisdicción concurrente conllevará que diversos Estados puedan estar investigando un mismo crimen. Aún así, solamente uno de ellos podrá conocer definitivamente del hecho punible. La justificación de esta hipótesis se encuentra en el propio texto internacional, el cual establece que *“Cada una de las Partes contratantes tendrá la obligación de buscar a las personas acusadas...”*. El convenio habla de cada una de las Partes, no de una en particular, hecho que permitirá que la jurisdicción sea concurrente, al existir

múltiples Estados que puedan tener jurisdicción sobre el crimen de guerra, por ejemplo, los de la nacionalidad del responsable, los de la nacionalidad de la víctima, los del *locus delicti* u otros distintos, en virtud de la justicia universal. El criterio para concretar la jurisdicción preferente no aparece regulado en los Convenios de Ginebra de 1949, por lo que debemos acudir a criterios generales regulados por el derecho internacional. Así pues, en primer lugar tendrá preferencia el Estado del *locus delicti*, siempre que éste se encuentre en condiciones de impartir justicia; en segundo lugar el Estado de la nacionalidad del responsable, en tercer lugar el nacionalidad de la víctima y por último cualquier otro Estado en aplicación de la justicia universal. Por último, se trata de una jurisdicción universal absoluta, ya que no se exige la presencia del responsable en el territorio. Además, en el propio texto del art. 49 CGI, 50 CGII, 129 CGIII y 146 CGIV, se reconoce este aspecto, al indicarse que si se prefiere se podrá extraditar al responsable a otro Estado siempre que haya formulado cargos suficientes. En efecto, si se han formalizado cargos penales se deduce que existe un procedimiento penal abierto, aun en ausencia del responsable, pudiéndose solicitar su extradición.

XXVI.- Las obligaciones derivadas de los Convenios de Ginebra consisten en tipificar cada Estado dentro de su ordenamiento jurídico las infracciones graves del DIH; establecer penas adecuadas a dicho hechos punibles; otorgar jurisdicción a sus tribunales domésticos por la comisión de tales hechos punibles; y extraditar al responsable a otro Estado si no se le va a enjuiciar. Resulta importante significar que los Convenios de Ginebra de 1949 han cristalizado en derecho consuetudinario, por lo que tienen una eficacia *erga omnes*. Asimismo, la mayoría de sus normas son *ius cogens*. Empero lo precitado, no podemos afirmar lo mismo del Protocolo Adicional I a dichos Convenios de Ginebra, ya que solo algunas de sus disposiciones tendrán la naturaleza de norma *ius cogens*, en concreto, aquellas relativas al principio de distinción, respeto de la dignidad humana, prohibición de atacar a la población civil y la prohibición de ataques indiscriminados. Todos los comportamientos contrarios a las normas del DIH que regulen dichos principios básicos pueden

ser considerados como violaciones graves del DIH y por ende, crímenes de guerra, ya sean cometidos en conflictos armados internacionales o internos, en cuyo caso se aplicaría el Protocolo Adicional II.

XXVII.- El sistema de eficacia del DIH tiene una deficiencia notable, a saber, la justicia universal instaurada para las infracciones graves del DIH no se prevé para los crímenes cometidos en los conflictos armados internos. Ni los Convenios de Ginebra de 1949 ni el Protocolo Adicional II contemplan infracciones graves del DIH en las contiendas armadas no internacionales, al igual que tampoco se implementó un sistema de represión penal. Empero lo referido, con la aprobación del Estatuto del Tribunal Penal Internacional para Ruanda y de la Corte Penal Internacional se han reconocido en el derecho internacional las violaciones graves del DIH acaecidas en este tipo de contiendas armadas, como crímenes internacionales y crímenes de guerra. Este hecho conlleva que los Estados estén legitimados para perseguir tales injustos, pero de forma facultativa no obligatoria, salvo que se comentan en su territorio. El principio de complementariedad de la Corte Penal Internacional determinará que los Estados tengan atribuida jurisdicción suficiente para enjuiciar dichas violaciones graves del DIH cometidas en contiendas armadas domésticas. La complementariedad de la Corte Penal Internacional implica que ésta tenga competencia sobre los crímenes de guerra, siempre y cuando las jurisdicciones nacionales no puedan conocer de los mismos, es decir, la jurisdicción primaria sigue siendo la doméstica, y en su defecto actuará la Corte Penal Internacional, quien no puede sustituir a las jurisdicciones nacionales, solo la complementará cuando aquella carezca de medios para impartir justicia eficazmente. Numerosos Estados al implementar en su ordenamiento jurídico el Estatuto de la CPI han otorgado competencia a sus tribunales para conocer de los crímenes internacionales previstos en el Convenio de Roma, incluidos los crímenes de guerra en contiendas armadas domésticas, como por ejemplo, Nueva Zelanda, la República de la Argentina, Suráfrica, Australia, Trinidad y Tobago, Canadá, o Filipinas, entre otros. Esta jurisdicción incluye la universal, en algunos casos bajo el principio del *iudex apprehensionis* y en otros sin ningún tipo de

requisito. Estas medidas favorecen el cumplimiento del sistema de eficacia del DIH en relación con los conflictos armados no internacionales que perjudican y ponen en peligro la paz y seguridad internacional de igual manera que los internacionales.

XXVIII.- La aplicación del título jurisdiccional universal aunque tiene un alcance importante también tiene una serie de limitaciones que deben observarse y tenerse en cuenta. Ciertamente, las referidas limitaciones no suelen operar en el seno de la justicia penal internacional, de ahí que a donde no llegue la justicia universal debería alcanzar el poder punitivo internacional. Las inmunidades, la prescripción, el *non bis in ídem*, las amnistías y el principio de legalidad operan en muchas situaciones de manera distinta en la jurisdicción nacional que en la internacional. La flexibilización de ciertos principios e instituciones jurídicas en la justicia penal internacional es evidente al tener como fuente el derecho internacional, tanto convencional como consuetudinario, lo que origina numerosas críticas al respecto, al acercarse este tipo de justicia a una especie de derecho excepcional. Fuera de todo lo anterior, la justicia universal aplicará normalmente los principios e instituciones del derecho penal estrictamente, sin flexibilización alguna, aunque pueda haber determinados países que sí los apliquen con discrecionalidad.

XXIX.- La inmunidad es uno de los límites más importantes con los que se encuentra un tribunal estatal que aplique la justicia universal. Esta inmunidad conllevará que la persona que goza de dicha prerrogativa no pueda ser juzgada ante un tribunal estatal mientras ocupe el cargo oficial que le confiere tal prerrogativa, estaríamos ante la inmunidad *ratione personae*. De otra parte, tampoco podrá ser sometido a un proceso penal un Jefe de Estado, Ministro de Asuntos Exteriores u otro alto cargo, por determinados hechos que fueron realizados mientras ocupaba el cargo oficial, sería la inmunidad *ratione materiae*. La inmunidad *ratione personae* forma parte del derecho consuetudinario, por lo que constituye un límite infranqueable para los órganos

judiciales nacionales, no así para el poder punitivo internacional. Cuestión distinta es que el Estado que haya otorgado dicha inmunidad la retire o permita que se investigue a la persona que la disfruta. Por otro lado, la inmunidad *ratione materiae* también puede constituir un límite para los tribunales nacionales, sin embargo, la comisión de crímenes internacionales no podrá exonerar de responsabilidad penal a sus autores en virtud de los denominados actos de *iure imperii*. Aquí, no podrá justificarse que la realización de un injusto penal internacional fue un acto de Estado, exento por ende de responsabilidad penal individual; otra serie de injustos sí podrán estar sujetos a la inmunidad, no así los crímenes internacionales.

XXX.- La jurisdicción concurrente que se implementa en numerosos instrumentos internacionales relativos a crímenes y delitos internacionales, hace que el respeto por el *non bis in ídem* deba tenerse en cuenta en toda circunstancia. Desde el momento en que el *ius puniendi* no solo es ejercido por los Estados, sino que también por ciertos órganos judiciales penales internacionales, deberemos observar esta máxima con toda la cautela necesaria para evitar el doble castigo o doble proceso por unos mismos hechos punibles. En el derecho penal internacional existen ciertas excepciones al *non bis in ídem*, principalmente cuando el proceso penal anterior fue en fraude de ley, es decir, para alcanzar la impunidad del responsable, o cuando el proceso no fue imparcial o independiente. En estos casos los tribunales penales internacionales podrán volver a juzgar al responsable sin atender al proceso nacional anterior. Igualmente, puede suceder que unos mismos hechos hayan sido juzgados como delitos ordinarios y posteriormente un tribunal penal internacional los enjuicie como crímenes internacionales. Esta posibilidad es válida, pero en todo caso deberá tenerse en cuenta la pena pronunciada en los procesos anteriores. Lo que no se permitirá es juzgar dos veces unos mismos hechos como crímenes internacionales pero con una calificación distinta. Por ejemplo, que la CPI haya condenado por crímenes de guerra a una persona y luego en sede nacional se le vuelva a juzgar por crímenes de lesa humanidad. En síntesis, el *non bis in ídem* sirve para regular las relaciones jurisdiccionales concurrentes o

complementarias que puedan surgir entre órganos judiciales internacionales y nacionales. En el ámbito de las relaciones entre órganos judiciales nacionales esta garantía penal surtirá el mismo efecto. Si existe una condena penal por unos hechos no podrá volverse a juzgar los mismos en otra sede judicial de distinto Estado. Aquí el *non bis in ídem* sería también entendido como el reconocimiento de las decisiones judiciales de otros Estados soberanos, teniendo una aplicación muy limitada y sectorial este aspecto.

XXXI.- La prescripción constituye otro límite franco al ejercicio de la jurisdicción universal. Si un hecho punible ha prescrito no podrá radicarse causa penal alguna para investigarlo, al haberse extinguido la responsabilidad penal del autor. En el derecho penal internacional rige la máxima de que los crímenes internacionales son imprescriptibles. Esta afirmación está camino de convertirse en derecho consuetudinario al haber sido recogido en el Estatuto de la CPI. El principal problema es reconocer la institución de la prescripción como una figura del derecho sustantivo o formal. Si forma parte del derecho sustantivo regiría la máxima de no aplicación retroactiva de la norma penal desfavorable; de lo contrario, si forma parte del derecho, al ser una cuestión procesal sí podría aplicarse retroactivamente. En nuestro ordenamiento jurídico la prescripción, según la jurisprudencia, es una institución de derecho penal, por lo que no cabe su aplicación retroactiva. Desde el momento en que la responsabilidad criminal se ha extinguido la misma no puede resucitarse con base en la consideración de que los crímenes cometidos eran imprescriptibles. Habrá que estar al momento en que se declaró legalmente la imprescriptibilidad del hecho punible para decidir si la responsabilidad penal se ha extinguido o no. En este campo la inseguridad jurídica es notable, toda vez que hay Estados que aplican retroactivamente la imprescriptibilidad de los crímenes internacionales, llegando incluso a resucitar la responsabilidad penal extinguida. Mientras que hay otros, como es el caso español, que aplica la prescripción de manera estricta, sin retroactividad alguna. Asimismo, hemos de criticar la absoluta intransigencia en relación a la imprescriptibilidad de los crímenes internacionales, ya que esta medida acercaría el derecho penal

internacional hacia una especie de derecho penal excepcional. Hay delitos ordinarios mucho más graves que otros crímenes internacionales que están sujetos a prescripción. También el transcurso del tiempo podría hacer decaer la eficacia de la respuesta punitiva. Desde este prisma, lo aconsejable sería que se instaurasen mecanismos de suspensión de los plazos de prescripción cuando el responsable no pudiese ser juzgado, o que se aumentasen los plazos de prescripción para ciertos crímenes internacionales. Igualmente, podría considerarse la imprescriptibilidad de algunos crímenes internacionales que atentasen gravemente y directamente contra la vida, dignidad humana o integridad física, y fijar ciertos plazos de prescripción para el resto de ilícitos penales internacionales.

XXXII.- Las amnistías, al tratarse de una cuestión soberana, implican numerosos interrogantes en el campo del derecho penal internacional. Toda situación violenta o de conflicto armado en la que se han cometido crímenes internacionales debe tener al finalizar la misma una determinada respuesta por los injustos penales cometidos. La ponderación entre justicia y paz es muy difícil de delimitar, habrá que estar caso por caso para saber si en un Estado concreto puede primar la justicia o la paz. Lo lógico es que la consecución de la paz sea el fin preferente, ya que la aplicación de la justicia en cualquier circunstancia podría poner en peligro la paz, volviéndose a la situación de violencia o conflicto armado. En mi opinión, el derecho internacional no prohíbe las amnistías, lo que sí prohíbe son aquellas amnistías absolutas e incondicionales que tienen por objetivo conseguir la total impunidad de los responsables. Las amnistías relativas o condicionadas están permitidas en derecho, al ofrecer respuestas, remedios y ciertas investigaciones sobre los injustos penales cometidos. Igualmente, el derecho penal premial o atenuado garantizaría una transición adecuada hacia la paz, ofreciendo respuestas satisfactorias a la población. La norma general es que los crímenes internacionales no pueden ser amnistiados. Empero lo anterior, si la paz deseada se pone en peligro, podrían aceptarse ciertas amnistías condicionadas y no absolutas, que integrarían como mínimo una investigación sobre los

crímenes, bien de naturaleza penal o administrativa, ofreciéndose respuestas y reparaciones para las víctimas. Las amnistías que se dicten en otro Estado no constituyen límite alguno para la aplicación de la justicia universal. Esta afirmación resulta adecuada para las amnistías absolutas y no condicionadas, pero cuando concurren amnistías condicionadas y no absolutas, el Estado que pretenda aplicar la justicia universal deberá ponderar la pertinencia de iniciar un proceso penal, toda vez que el mismo podría poner en peligro la paz alcanzada. La conformidad del Consejo de Seguridad o de la Asamblea General de Naciones Unidas sobre las amnistías acordadas incidiría también en la no pertinencia de investigar, mediante la justicia universal, crímenes internacionales amnistiados. Esta circunstancia hemos de relacionarla con la posibilidad que tiene el Fiscal de la CPI de no investigar determinadas situaciones por motivos de *interés de la justicia*, previsto en el art. 53.1.c) del ECPI. La legitimación de las amnistías podría venir dada por la comunidad internacional a través de decisiones o resoluciones del CSNU o de la AGNU.

XXXIII.- El principio de legalidad constituye el último límite de la justicia universal. Lo característico en este título jurisdiccional es que normalmente se juzgan crímenes y delitos internacionales mediante normas penales domésticas. Esto nos conduce a considerar que los Estados tienen que tener taxativamente tipificados en su ordenamiento los injustos que pretenden juzgarse, en aras de salvaguardarse la seguridad jurídica. La aplicación directa de normas internacionales para sustentar una acusación penal pondría en quiebra el principio de legalidad, sobre todo en nuestro ordenamiento jurídico. Lo que sí se permite es la remisión a los instrumentos internacionales para completar o interpretar el tipo penal. Por ello, resulta relevante que los Estados tengan actualizadas sus leyes penales, habiéndose tipificado todas los crímenes internacionales contenidos en el Estatuto de la CPI. El origen del derecho penal internacional se encontró en contradicción con el postulado de legalidad, ya que se juzgaron comportamientos que no estaban tipificados con anterioridad. La solución dada al problema no apaciguó los ánimos de la doctrina, que reclamaba la aplicación estricta del principio de legalidad. Igualmente, la

creación de los tribunales penales internacionales *ad hoc* atrajo serios debates al respecto. Sin embargo, en estos casos estaba plenamente reconocido en el derecho consuetudinario la existencia de ciertos crímenes internacionales. En algunas interpretaciones del derecho internacional se ha flexibilizado notablemente la aplicación del postulado de legalidad, al reconocerse a la costumbre como fuente del derecho capaz de crear tipos penales. Los instrumentos internacionales que regulan los derechos humanos han previsto excepciones al principio de legalidad, principalmente para salvaguardar los principios y sentencias recaídas en los procesos penales llevados a cabo tras la 2ª Guerra Mundial. Esta excepción no debería aplicarse fuera de esa situación o procesos. Esta afirmación se ve reforzada desde la implementación de un principio de legalidad estricto en el Estatuto de la CPI, el cual no permite, en principio, flexibilización alguna. La evolución del derecho penal internacional nos conduce a entender el postulado de legalidad desde el prisma del derecho continental, es decir, de manera taxativa y estricta. En nuestro sistema legal rige el principio de legalidad estricto, sin flexibilización alguna, por lo que cualquier crimen o delito internacional que no esté tipificado en nuestro ordenamiento penal no podrá ser objeto de persecución penal en aplicación del principio de justicia universal.

XXXIV.- El título jurisdiccional universal dentro de nuestro ordenamiento jurídico aparece regulado en el art. 23.4 de la LOPJ. Con base en este principio jurisdiccional y en relación a crímenes internacionales, solamente se ha pronunciado una sentencia condenatoria, la cual recayó en el caso *Scilingo*. Curiosamente, este caso no reunía los presupuestos necesarios para aplicar el título jurisdiccional estudiado, toda vez que los injustos penales por los que se le juzgó no eran perseguibles en aplicación el mismo. Fuera de lo antedicho, numerosas causas fueron instruidas en aplicación del principio de justicia universal a fin de investigar judicialmente crímenes internacionales o ciertos delitos internacionales. Muchas de ellas han acabado sobreseídas o archivadas, bien porque no se ha conseguido la presencia del responsable en nuestro territorio, bien porque los tribunales del *locus delicti* han iniciado

procesos penales para investigarlas ellos mismos. El conjunto de estas investigaciones, muchas de las cuales tenían consideraciones políticas al denunciarse a Jefes de Estado u altos cargos oficiales, dio origen a la modificación del principio analizado, que era considerado absoluto, es decir, no requería la presencia del responsable ni otra serie de requisitos no previstos en la ley, salvo el respeto de la cosa juzgada y que no hubiera sido indultado el responsable. La modificación llevada a cabo por la Ley Orgánica 1/2009, de 3 de noviembre, ha supuesto la implementación de ciertos presupuestos para que nuestros tribunales puedan aplicar el principio de justicia universal. Algunos de estos presupuestos son acertados, otros no, ya que pretenden limitar en cualquier caso este título jurisdiccional, lo que conlleva que se confunda el mismo con otros títulos jurisdiccionales distintos. Los requisitos exigidos actualmente por ley son los siguientes: la presencia de los responsables en España o que existan víctimas de nacionalidad española o se constate algún vínculo de conexión relevante con España, y en todo caso, que en otro país competente o en el seno de un tribunal internacional no se haya iniciado procedimiento que suponga una investigación y una persecución efectiva.

XXXV.- El presupuesto de la presencia en nuestro territorio del responsable es apropiado para la persecución de ciertos delitos internacionales cuyo convenio internacional exige tal requisito para poder iniciar un procedimiento penal, como sucede con el delito internacional de torturas regulado en el Convenio de 1984 sobre la prohibición de torturas. Sin embargo, con respecto a la persecución de infracciones graves del DIH, los Convenios de Ginebra de 1949 no requieren la presencia del responsable, por lo que incluir este requisito podría desnaturalizar el sistema de eficacia del DIH implementado en los referidos instrumentos internacionales, llegando a limitar la justicia universal. Ante este tipo de injustos penales, deberíamos considerar que la presencia del responsable es una cuestión de procedimiento y no de competencia jurisdiccional. Dicho esto, no habría inconveniente alguno para iniciarse una causa penal no estando presente el imputado, ya que podría hacersele comparecer mediante su extradición o en aplicación de la orden

européa de detención y entrega. En ningún caso podría iniciarse la vista oral sin su presencia, pero podría llegar a procesarse al mismo en su ausencia, al permitirlo nuestras normas procesales. En síntesis, este requisito dependiendo del crimen internacional al efecto podría suponer una limitación de la justicia universal. Si se compara con la anterior situación del art. 23.4 de la LOPJ, sí se habría limitado la justicia universal ya que con anterioridad no se exigía el mismo.

XXXVI.- La existencia de víctimas españolas no se requería tampoco anteriormente en el art. 23.4 de la LOPJ. El principal problema de incluir este presupuesto es que se produce la confusión del principio de justicia universal con el de personalidad pasiva. Este requisito limita la justicia universal y desatiende por completo la naturaleza de la misma, que recordemos se vincula con la afectación al mantenimiento de la paz y seguridad internacional e intereses comunes, los cuales no dependen de la nacionalidad expresa de la víctima. En cualquier caso, dentro del término de víctima deberíamos incluir tanto a las directas (sujeto pasivo del crimen cometido) como a las indirectas (perjudicado del crimen, entre las que podríamos incluir el cónyuge, descendientes, ascendientes y personas dependientes de la víctima directa). En todo momento estas víctimas, bien directas o indirectas, deberán tener la nacionalidad española. Si concurren estas características podría aplicarse la justicia universal.

XXXVII.- La existencia de un vínculo de conexión relevante con España limita igualmente la justicia universal. De nuevo podríamos estar confundiendo el principio de justicia universal con el de protección de intereses, desnaturalizándose el principio cosmopolita. Además, los vínculos con España es un concepto jurídico indeterminado, hecho que podría originar inseguridad jurídica. Un posible vínculo con España es que la víctima de un crimen internacional resida en nuestro territorio. Fuera de lo anterior, incluir intereses económicos, culturales, lingüísticos, históricos, jurídicos u otros,

podrían conducirnos a una jurisdicción colonialista, aspecto no deseable en ningún caso.

XXXVIII.- El último presupuesto requerido es la subsidiariedad de la justicia universal, es decir, que no se esté conociendo en otras jurisdicciones de manera efectiva de los mismos hechos penales. Este requisito es acertado, toda vez que el mismo tiene por finalidad establecer cierto orden jurisdiccional para aplicar la justicia universal, sin limitarse la misma. La subsidiariedad no sería contraria a la concurrencia, ya que pueden existir varios procesos penales a la vez, pero en un momento determinado deberá decidirse qué jurisdicción es la preferente, siendo normalmente esta la del *locus delicti* y posteriormente la de la nacionalidad de la víctima y del responsable. Los procesos penales instruidos deben ser judiciales y efectivos, a saber, que reúnan los presupuestos necesarios para que la justicia implementada sea imparcial, justa, independiente, sin fraude de ley alguno y sin buscar la impunidad del imputado. Si los procesos no reúnen estos requisitos nuestros tribunales podrían conocer por los mismos hechos, eso sí, bajo unas condiciones. En todo momento, la fiscalización de los procesos instruidos en otras sedes nacionales no corresponde a nuestros tribunales, sino a los tribunales internacionales pertinentes, quienes han tenido que acordar la disconformidad del proceso con el derecho internacional, a fin de salvaguardarse el *non bis in ídem*. Llegada esta situación, nuestros tribunales podrían conocer nuevamente unos hechos enjuiciados.

XXXIX.- El término *sin perjuicio de lo que pudieran disponer los tratados y convenios internacionales suscritos por España*, implementado en la nueva redacción del art. 23.4 de la LOPJ, tendría que ser interpretado como una cláusula de salvaguarda del DIH. Su finalidad sería que aquellos presupuestos exigidos por nuestro legislador que no vengán impuestos por el derecho internacional o sean contrarios al mismo, no deberían ser tenidos en cuenta. En aplicación de esta cláusula y con respecto a las infracciones graves del DIH, no debería exigirse ni la presencia del responsable en el territorio, hasta la vista

oral, ni la existencia de víctimas nacionales, ni la existencia de un vínculo con nuestro Estado. El único presupuesto que debería tenerse en cuenta sería la subsidiariedad de nuestra jurisdicción, siempre que existan otras jurisdicciones investigando los mismos hechos punibles y tales investigaciones sean efectivas.

XL.- La nueva proposición de ley de modificación de la Ley Orgánica del Poder Judicial, presentada en el Parlamento, conlleva una reducción notable de la justicia universal, omitiendo y contrariando algunas obligaciones impuestas por los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949, con respecto a la persecución universal de las infracciones graves del DIH. Esta proposición de ley exige presupuestos no requeridos por el derecho internacional en ningún momento, lo que podría ir en contra del derecho internacional.

XLI.- En suma, la justicia universal es un principio consolidado en el derecho internacional y nacional. Es de aplicación excepcional, es decir, su aplicación corresponderá únicamente por la comisión de delitos graves que lesionen o pongan en peligro bienes jurídicos del orden internacional y siempre que se aprecie la inactividad del resto de órganos judiciales con una jurisdicción preferente o cuando el responsable se encuentre en el territorio y no se proceda a su extradición por los motivos que fuere. El empleo de este título jurisdiccional servirá para impedir la impunidad del responsable, a saber, someterlo ante la justicia por la presunta comisión de crímenes o ciertos delitos internacionales; pero sobre todo, servirá para incitar al resto de Estados con un título preferente (jurisdicción del *locus delicti* y de la nacionalidad de la víctima y responsable) para que ellos mismos investiguen efectivamente los hechos punibles cometidos.

BIBLIOGRAFIA

1.- Libros.

ABAD CASTELOS M. 1997, *“La toma de rehenes como manifestación del terrorismo y del derecho internacional”*, Madrid: Ministerio de Interior.

ALVÁREZ GARCÍA J. 2009, *“Sobre el principio de legalidad”*, Valencia: Tirant Lo Blanch.

AMBOS K. 2005, *“Parte General del Derecho Penal Internacional. Bases para una elaboración dogmática”*, Traducción de E. MALARINO, Montevideo: Konrad Adenauer.

AMBOS K. 2009, *“Fundamentos de la imputación en derecho internacional penal”*, México D.F: Universidad Nacional Autónoma de México.

AMBOS K. 2007, *“La Corte Penal Internacional”*, Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni.

ASHWORTH A. 1995, *“Principles of criminal law”*, Oxford: Clarendon Press.

ANDRÉS DOMÍNGUEZ A.C. 2006, *“Derecho penal internacional”*, Valencia: Tirant Lo Blanch.

ANTÓN ONECA J. 1986, *“Derecho penal”*, Madrid: Akal.

AZCÁRRAGA BUSTAMANTE J.L. 1983, *“Derecho del Mar”*, Madrid, Universidad de Alcalá de Henares.

BACIGALUPO E. 1999, *“Derecho Penal. Parte General”*, Buenos Aires: Hammurabi.

BACIGALUPO E. 1999, *“Principios constitucionales de derecho penal”*, Buenos Aires: Hammurabi.

BANTEKAS I. y NASH S. 2007, *“International Criminal Law”*, London: Routledge-Cavendish.

BASSIOUNI M.C. 1999, *“Crimes Against Humanity”*, La Haya: Kluwer Law International.

BASSIOUNI M.C. y MANIKAS P. 1996, *“The law of the International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia”*, New York: Transnational Publisher.

BASSIOUNI M.C. 1995 *“Aut dedere aut iudicare: the duty to extradite or prosecute in international law”*, Londres: Martinus Nijhoff Publishers.

BECCARIA C. 1986, *“De los delitos y las penas”*, Madrid: Alianza Editorial, traducción de J.A DE LAS CASAS.

BENTHAM J. 1825, *“Theorie des peines et des recompenses”*, Lib. I, Cap. XI.

BLANC ALTEMIR A. 1990, *“La violación de los derechos humanos fundamentales como crimen internacional”*, Barcelona: Bosch.

BOAS G., BISCHOFF J.L. y REID N.L. 2011, *“International Criminal Law Practitioner Library”* Vol. II, Cambridge: Cambridge University Press.

BOISTER N. 2012, *“An Introduction to Transnational Criminal Law”*, Oxford: Oxford University Press.

BOLLO AROCENA M^a. D. 2004, *“Derecho Internacional Penal. Estudio de los crímenes internacionales y de las técnicas para su represión”*, Bilbao: Universidad del País Vasco.

- BORAINÉ A. 2001, "*A country unmasked, inside South Africa's truth and reconciliation commission*", Oxford: Oxford University Press.
- BOOT M. 2002, "*Genocide, Crimes Against the Humanity, War Crimes. Nullum crimen sine lege and the subject matter jurisdiction of the international criminal court*", Schoeten: Intersentia Publishers, School of Human Rights Research.
- BROOMHALL B. 2003, "*International Justice & International Criminal Court. Between sovereignty and the rule of law*", London: Oxford Press University.
- BROWNLIE I. 2008, "*Principles of Public International Law*", London: Oxford University Press.
- BUSTOS RAMÍREZ J.J. y HORMAZABAL MALAREÉ H. 1997, "*Lecciones de derecho penal*", Madrid: Trotta.
- CABEZUDO RODRÍGUEZ N. 2002, "La Corte Penal Internacional", en Colección de Estudios Penales, dirigida por Choclán Montalvo, Madrid: Dykinson.
- CAPELLÁ I ROIG M. 2005, "*La tipificación internacional de los crímenes contra la humanidad*", Valencia: Tirant Lo Blanch.
- CARRILLO SALCEDO J.A. 1996, "*Soberanía de los Estados y derechos humanos en derecho internacional contemporáneo*", Tecnos: Madrid.
- CASSESE A. 2008, "*International Criminal Law*", New York: Oxford University Press.
- CASTILLO DAUDÍ M. y SALINAS ALCEGA S. 2007, "*Responsabilidad penal del individuo ante los Tribunales Internacionales*", Valencia: Tirant Lo Blanch.
- CEREZO MIR. J. 1998, "*Curso de Derecho Penal español. Parte General I, Introducción*", Madrid: Tecnos.
- CHEHTMAN A. 2010, "*The philosophical foundations of extraterritorial punishment*", Oxford: Oxford University Press.
- COBO DEL ROSAL M. y VIVES ANTÓN T.S. 1999, "*Derecho Penal. Parte General*", Valencia: Tirant Lo Blanch.
- CRYER R., FRIMAN H., D. ROBINSON D. y WILMSHURST E. 2008, "*An Introduction to International Criminal Law*", Cambridge: Cambridge University Press.
- CUELLO CALÓN E. 1980, "*Derecho Penal. Parte General Tomo I*", Barcelona: Bosch.
- DE QUEROL Y DURÁN F. 1946, "*Principios de derecho militar español con arreglo al Código de Justicia Militar de 17 de julio de 1945*", Madrid: Editorial Naval.
- DE LA OLIVA SANTOS A. 1991, "*Sobre la cosa juzgada*", Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces.
- DIEZ DE VELASCO M. 2002, "*Instituciones de derecho internacional público*", Madrid: Tecnos.
- DINSTEIN Y. 2009, "*The international law of belligerent occupation*", Cambridge: Cambridge University Press.
- DINSTEIN Y. 2008, "*War, Aggression and self-defence*", Cambridge: Cambridge University Press.

DINSTEIN Y. 2010, *"The conduct of hostilities under the law of international armed conflict"*, Cambridge: Cambridge University Press.

"Digesto de jurisprudencia latinoamericana sobre crímenes de derecho internacional", 2009, Washington: Fundación para el Debido Proceso Legal.

DOBOVSEK J. 2008, *"Derecho Internacional Penal"*, Buenos Aires: La Ley.

DONNEDIEU DE VABRES´ H.1928, *"Les Principes modernes du droit pénal international"*, Paris.

EINARSEN T. 2012, *"The concept of universal crimes in international law"*, Oslo: Torkel Opsahl Academic EPublisher.

EIROA P.D. 2009, *"Políticas del castigo y derecho internacional. Para una concepción minimalista de la justicia penal"*, Buenos Aires: Ad-Hoc.

ESER A. 2009, *"Hacia un derecho penal mundial"*, Estudios de derecho penal y criminología, Granada: Comares.

FERNÁNDEZ FLORES y DE FUNES J.L. 2001, *"El derecho de los conflictos armados. De Iuri Belli. El derecho de la Guerra. El derecho internacional humanitario. El derecho humanitario bélico"*, Madrid: Ministerio de Defensa.

FERRAJOLI L. 2006, *"Derechos y garantías. La ley del más débil"*, Madrid: Trotta.

FEUERBACH V. 1989, *"Tratado de derecho penal común vigente en Alemania"*, Buenos Aires: Hammurabi, traducción E.R. ZAFFARONI.

FLETCHER G.P. 2000, *"Rethinking criminal law"*, Oxford: Oxford University Press.

FOX H. 2002, *"The Law of State Immunity"*, London: Oxford University Press.

GALLANT K.S. 2009, *"The principle of legality in international comparative criminal law"*, Cambridge: Cambridge University Press.

GARCÍA DE ENTERRÍA E. 2006, *"Curso de Derecho Administrativo I"*, Madrid: Thomson-Civitas.

GARCÍA DE ENTERRÍA E. 1979, *"El sistema europeo de protección de los derechos humanos"*, Madrid: Civitas.

GARCÍA SÁNCHEZ B. 2005, *"La extradición en el ordenamiento interno español, internacional y comunitario"*, Granada: Comares.

GARCÍA SÁNCHEZ B. 2004, *"Límites a la ley penal en el espacio"*, Barcelona: Atelier.

GIL GIL A. 1999, *"Derecho Penal Internacional"*, Madrid: Tecnos.

GIL GIL A. 1999, *"El genocidio y otros crímenes internacionales"*, Valencia: Colección Interciencias, Centro Francisco Tomás y Valiente.

GIL GIL A. 2006, *"Bases para la persecución penal de crímenes internacionales en España"*, Granada: Comares.

GIL GIL A. 2009, *"La justicia de transición en España. De la amnistía a la memoria histórica"*, Barcelona: Atelier.

GIL GIL A., LACRUZ LÓPEZ J.M., MELENDO PARDOS M. y NÚÑEZ FERNÁNDEZ J. 2011, *"Curso de Derecho penal. Parte General"*, Madrid: Dykinson.

- GIMENO SENDRA V. 2004, "*Derecho procesal Penal*", Madrid. Colex.
- GONZÁLEZ CAMPOS J., SÁNCHEZ RODRÍGUEZ J.L. y SAENZ DE SANTAMARÍA P.A. 2003, "*Curso de derecho internacional público*", Madrid: Thomson Civitas.
- GRACIA MARTÍN L. 1993, "*Delitos contra bienes jurídicos fundamentales*", Valencia: Tirant Lo Blanch.
- GRACIA MARTÍN L. 2000, "*Lecciones de consecuencias jurídicas del delito en el nuevo Código Penal español*", Valencia: Tirant Lo Blanch.
- GRAMAJO J.M. 2003, "*El Estatuto de la Corte Penal Internacional*", Buenos Aires, Ábaco.
- GROCIO H. 1729 "De iure bellis ad pacis", *Centro de Estudios Constitucionales*, 1987.
- GROCIO H. 1624 "De iure belli ac Pacis".
- GUTIÉRREZ ESPADA C. 2005, "*El hecho ilícito internacional*", en Cuadernos Internacionales de la Universidad Autónoma de Madrid, Madrid: Dykinson.
- HENCKAERTS J.M. y DOSWALD-BECK L. 2007, "*El Derecho Internacional Humanitario Consuetudinario. Volumen I: Normas*", Buenos Aires: Comité Internacional de la Cruz Roja.
- HERNÁNDEZ SUÁREZ-LLANOS F.J. 2011, "*La exención por obediencia jerárquica en el derecho penal español, comparado e internacional*", Madrid: Instituto Universitario General Gutiérrez Mellado.
- INAZUMI M. 2005, "*Universal Jurisdiction in modern international law: expansion of national jurisdiction for prosecuting serious crimes under international law*", Oxford: Intersentia.
- JAÉN VALLEJO M. 2006, "*Legalidad y extraterritorialidad en el derecho penal internacional*", Barcelona: Atelier.
- JAKOBS G. 1997, "*Derecho Penal. Parte General: fundamentos y teoría de la imputación*", Madrid: Marcial Pons.
- JESCHECK H.H. y WEIGEND T. 2002, "*Tratado de Derecho Penal. Parte General*", Granada: Comares.
- JIMÉNEZ DE ASÚA L. 1952, "*Tratado de derecho penal*", Buenos Aires: Losada.
- JIMÉNEZ DE ASÚA L. 1958, "*Principios de derecho penal. La ley y el delito*", Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- JORGE URBINA J. 2000, "*Protección de las víctimas de los conflictos armados. Naciones Unidas y derecho internacional humanitario*", Valencia: Tirant Lo Blanch.
- JORGENSEN N. 2000, "*The responsibility of states for international crimes*", London: Oxford University Press.
- KELSEN H. 1944, "*La paz por medio del derecho*", Madrid: Trotta (2008).
- LA HAYE E. 2008, "*War crimes in internal armed conflicts*", New York: Cambridge University Press.
- LAMARCA PÉREZ C. 1985. "*Tratamiento Jurídico del Terrorismo*", Madrid: Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia.

- LEMKIN R. 1944. *“Axis Rule in Occupied Europe, laws of occupation, analysis of government, proposals for redress”*, Washington: Carnegie Endowment for international peace.
- LÓPEZ BARJA DE QUIROGA J. 2007, *“Tratado de Derecho Procesal Penal”*, Navarra: Aranzadi.
- MEDELLÍN URQUIAGA X., ARJONA ESTÉVEZ J.C. y GUEVARA BERMÚDEZ J.A. 2009, *“Manual básico sobre la Corte Penal Internacional”*, México D.F.: Konrad-Adenauer-Stiftung.
- MELENDO PARDOS, M. 2008, “Imputación subjetiva y error en el Estatuto de la Corte Penal Internacional. Desafíos para la dogmática penal continental”, Barcelona: Atelier.
- MERON T. 2006, *“The humanization of international law”*, Boston: Martinus Nijhoff Publishers.
- MERON T. 1999, *“Human Rights and Humanitarian Norms as Customary Law”*, Oxford: Clarendon Press.
- METTRAUX G. 2005, *“International Crimes and the ad hoc Tribunals”*, Oxford: Oxford University Press.
- MIGLIOLI C. 1957, *“Liniamenti di giustizia internazionale penale”*, Societa editrice Tirrena, Livorno.
- MIR PUIG S. 2008, *“Derecho Penal. Parte General”*, Barcelona: Reppertor.
- MORENO CATENA V. y CORTÉS DOMINGO V. 2010, *“Derecho Procesal Penal”*, Valencia: Tirant Lo Blanch.
- MUÑOZ CONDE F. y GARCÍA ARÁN M. 1998, *“Derecho Penal: Parte General”*, Valencia: Tirant Lo Blanch.
- MURRAY W. y MILLET A.R. 2003, *“La Guerra que había que ganar. Historia de la segunda guerra mundial”*, Barcelona: Memoria Crítica.
- NINO C. 2006, *“Juicio al mal absoluto”*, Buenos Aires: Ariel.
- OLÁSOLO ALONSO H. 2011, *“Ensayos de derecho penal y procesal internacional”*, Valencia: Tirant Lo Blanch.
- OLÁSOLO ALONSO H. 2010, *“Estudios de derecho penal internacional”*, México D.F.: Instituto Nacional de Ciencias Penales.
- OLÁSOLO ALONSO H. 2009, *“The criminal responsibility of senior political and military leaders as principals to international crimes”*, Oxford: Hart Publishing.
- OLÁSOLO ALONSO H. y PÉREZ CEPEDA A.I. 2008, *“Terrorismo internacional y conflicto armado”*, Valencia: Tirant Lo Blanch.
- OLLÉ SESÉ M. 2008, *“Justicia Universal para crímenes internacionales”*, Madrid, La Ley.
- OPPENHEIM L. 1961, *“Tratado de Derecho Internacional Público”*, Barcelona: Bosch, Editada a cargo de LAUTERPACHT H.
- PASTOR D. N. 2006, *“El poder penal internacional. Una aproximación jurídica crítica a los fundamentos del Estatuto de Roma”*, Barcelona: Atelier.
- PECES-BARBA MARTÍNEZ G. 1999, *“Curso de Derechos Fundamentales. Teoría General”*, Madrid: BOE.

PELLA V. 1931, *“La criminalidad colectiva de los Estados y el derecho penal del porvenir”*. Madrid: Aguilar.

PÉREZ MANZANO M. 2002, *“La prohibición constitucional de incurrir en bis in ídem”*, Valencia: Tirant Lo Blanch.

PICTET S.J. 1958 *“Commentary IV Geneva Convention relative to the protection of civilian persons in time of war”*, Suiza: Comité Internacional de la Cruz Roja.

PICTET S.J. 1952, *“Comentarios a los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949”*, Suiza: Comité Internacional de la Cruz Roja.

PICET J.S. 1952, *“Commentary Geneva Convention for the amelioration of the condition of the wounded and sick in armed forces in the field”*, Geneva: International Committee of the Red Cross.

PICET J.S. 1987, *“Commentary on the Additional Protocols of 8 June 1977 to the Geneva Conventions of 12 August 1949”*, Geneva: International Committee of the Red Cross.

PIGNATELLI y MECA F. 2003, *“La sanción de los crímenes de guerra en el derecho español. Consideraciones sobre el Capítulo III del Título XXIV del Libro II del Código Penal”*, Madrid: Ministerio de Defensa.

PIGNATELLI y MECA F. 2003, *“El Estatuto de la Corte Penal Internacional. Antecedentes y textos complementarios”*, Madrid: Publicaciones Defensa-Secretaría General Técnica.

QUESADA ALCALÁ C. 2005, *“La Corte Penal Internacional y la Soberanía Estatal”*, Valencia: Tirant Lo Blanch.

QUINTANO RIPOLLÉS A. 1955, *“Tratado de derecho penal internacional e internacional penal”*, Madrid, CSIC.

RADBRUCH G. 1971, *“Derecho injusto y derecho nulo”*, Madrid: Aguilar.

RAMÓN CHORNET C. 1993, *“Terrorismo y respuesta de fuerza en el marco del derecho internacional”*, Valencia: Tirant lo Blanch.

RAÚL ZAFFARONI E. 1998, *“Tratado de derecho penal. Parte General”*, Buenos Aires: Ediar.

RATNER S.R. y ABRAMS J.S. 2001, *“Accountability for human rights atrocities in international law. Beyond the Nuremberg Legacy”*, Oxford: Oxford University Press.

REYDAMS L. 2003, *“Universal Jurisdiction. International and Municipal Legal Perspectives”*, London: Oxford University Press.

RODRÍGUEZ MOURULLO G. 1978, *“Derecho Penal. Parte General”*, Madrid: Civitas.

RODRÍGUEZ DEVESA J.M. 1986, *“Derecho Penal Español. Parte General”*, Madrid: Dykinson.

ROXIN C. 2008, *“Derecho Penal. Parte General: Fundamentos. La estructura de la teoría del delito”*, Madrid: Thomson Civitas.

RYNGAERT C. 2012, *“Jurisdiction in International Law”*, Oxford: Oxford University Press.

SAUL B. 2008, *“Defining terrorism in international law”*, Oxford: Oxford University Press.

SÁNCHEZ LEGIDO A. 2003, *“Jurisdicción Universal Penal y Derecho Internacional”*, Valencia, Tirant Lo Blanch.

- SEIBERT-FOHR A. 2009, *“Prosecuting serious human rights violations”*, New York: Oxford University Press.
- SCHAACK B.V. y SLYE R.C. 2007, *“International Criminal Law and its Enforcement”*, New York: Foundation Press.
- SCHABAS W.A. 2012, *“An Introduction to International Criminal Court”*, Cambridge: Cambridge University Press.
- SCHABAS W.A. 2010, *“The International Criminal Court. A commentary on the Rome Statute”*, London: Oxford University Press.
- SCHMITT C. 2006, *“El crimen de guerra de agresión en el derecho internacional y el principio nullum crimen nulla poena sine lege”*, Buenos Aires: Hammurabi.
- SHAW M.N. 2008, *“International Law”*, Cambridge: Cambridge University Press.
- SLIEDREGT E.V. 2012, *“Individual criminal responsibility in international law”*, Oxford: Oxford University Press.
- TORRES PÉREZ M^a. 2008, *“La responsabilidad internacional del individuo por la comisión de crímenes de lesa humanidad”*, Valencia: Tirant Lo Blanch.
- THAKUR R. 2006, *“The United Nations, Peace and Security: From Collective security to the Responsibility to Protect”*, Cambridge: Cambridge University Press.
- VACAS FERNÁNDEZ F. 2011, *“El terrorismo internacional como crimen internacional. Definición, naturaleza y consecuencias jurídicas internacionales para las personas”*, Valencia: Tirant Lo Blanch.
- VERDROSS A. 1973, *“Derecho Internacional Público”*, Madrid: Biblioteca Jurídica Aguilar.
- VON LISTZ F. 1931, *“Lehrbuchdes Strafrechs”*.
- WELZEL H. 1956, *“Derecho Penal. Parte General”*, Buenos Aires: Roque Depalma.
- WERLE G. 2005, *“Tratado de derecho penal internacional”*, Valencia: Tirant Lo Blanch.
- WERLE G. 2012, *“Pasado, presente y futuro del tratamiento jurídico penal de los crímenes internacionales”*, Buenos Aires: Hammurabi.
- WISE E.M., PODGOR E.S. y CLARCK R.S. 2004, *“International criminal law. Cases and Materials”*, San Francisco: LexisNexis.
- WYNGAERT C.V.D. 2002, *“Ne bis in idem principle, including the issue of amnesty”*, en A. CASSESE et al., (Eds) *The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary*, Vol. 1, Oxford-New York: Oxford University Press.
- ZAHAR A. y SLUITER G. 2008, *“International Criminal Law. A critical introduction”*, Oxford: Oxford University Press.
- ZAPPALA S. 2010, *“Qué es la justicia penal internacional”*, Canoves: Proteus.
- ZOLO D. 2007, *“La justicia de los vencedores. De Nüremberg a Bagdad”*, Madrid: Trotta.

2.- Artículos de revistas y capítulos en libro colectivos, documentos de trabajo, separatas, etc.

ABAD CASTELOS M. 1998, “La actuación de la Audiencia Nacional española respecto de los crímenes contra la humanidad cometidos en Argentina y Chile: un paso adelante para desandar la impunidad”, en *Anuario de Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, nº 2.

ABAD CASTELOS M. 2012, “La persecución restringida de los delitos que lesionan valores esenciales de la comunidad internacional: ¿sigue existiendo la jurisdicción universal en España?”, en *Revista de Filosofía, Derecho y Política*, nº 15.

ACOSTA ESTÉVEZ J.B. 2007, “Las infracciones graves de los Convenios de Ginebra en el derecho penal español bajo el principio de jurisdicción universal”, en *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, Vol. VII.

ADDIS A. 2009, “Imagining the international community: the constitutive dimension of universal jurisdiction”, en *Human Rights Quarterly*, nº 31.

ALÍA PLANA M. 2007, “Los tribunales tribales para la represión del genocidio ruandés”, en *Revista Española de Derecho Militar*, nº 89.

AMBOS K. 2010, “El derecho penal internacional en la encrucijada: de la imposición ad hoc a un sistema universal basado en un tratado internacional”, en *Revista de Política Criminal*, Vol. 5, nº 9.

AMBOS K. 2010, “El test de complementariedad de la Corte Penal Internacional”, en *Indret* nº 2/2010.

AMBOS K. 2007, “Los fundamentos del ius puniendi nacional; en particular su aplicación extraterritorial”, en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, año XL, núm. 119.

AKHAVAN P. 2010, “Whither national courts? The Rome Statute’s missing half”, en *Journal of International Criminal Justice*, nº 8.

AMBOS K. 2009, “El marco jurídico de la justicia de transición”, en *Justicia de Transición*, Editores: K. AMBOS, E. MALARINO y G. ELSNER, Montevideo: Konrad Adenauer.

AMBOS K. y LAURA BÖHM M^a. 2011, “Tribunal Europeo de Derechos Humanos y Corte Interamericana de derechos Humanos ¿tribunal tímido y tribunal audaz?”, en *Sistema Interamericano de Protección de los derechos humanos y derecho penal internacional*, Editor: G. ELSNER, Montevideo: Konrad Adenauer.

AMBOS K. 2003, “Implementación del Estatuto de Roma en la legislación nacional”, en *Persecución penal nacional de crímenes internacionales en América latina y España*, Montevideo: Konrad Adenauer.

AMBOS K. 2005, “La implementación del Estatuto de la Corte Penal Internacional en Alemania”, en *Dificultades jurídicas y políticas para la ratificación o implementación del Estatuto de la Corte Penal Internacional*, Editores: K. AMBOS, E. MALARINO y J. WOISCHNIK, Montevideo: Fundación Konrad Adenauer.

AMBOS K. 2012, “Creatividad judicial en el Tribunal Especial pára el Líbano: ¿es el terrorismo un crimen internacional?”, en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 3º Época, nº 7.

AMBOS K. 2012, “The first Judgment of the International Criminal Court (*Prosecutor v. Lubanga*): A comprehensive analysis of the legal issues”, en *International Criminal Law Review* nº 12.

AMBOS K. 1998, "The International Criminal Court and the traditional principles of international cooperation in criminal matters", en *Finnish Yearbook of International Law*, Vol. IX.

ANDRÉS DOMÍNGUEZ A.C. 2010, "La reforma del principio de justicia universal", en *Revista de Derecho Penal*, nº 31.

ARRIAZA N.R. 1990, "State responsibility to investigate and prosecute grave breaches of human rights violations in international law", en *California Law Review*, Vol. 78.

BACIGALUPO E. 2002, "Jurisdicción penal nacional y violaciones masivas de derechos humanos cometidas en el extranjero", en *Justicia penal y Derechos Fundamentales*, Madrid.

BASSIOUNI M.C. 2008, "International crimes: the *ratione materiae* of international criminal law", en *International Criminal Law*, Vol. I Sources, Subjects and Contents, Leiden: Martinus Nijhoff Publishers.

BASSIOUNI M.C. 1996, "International crimes: *ius cogens* and obligations *erga omnes*", en *Law and Contemporary Problems*, Vol. 59, nº4.

BASSIOUNI M.C. 2004, "The history of universal jurisdiction and its place in international law", en *Universal jurisdiction: national courts and the prosecutions of serious crimes under international law*, Editado por S. MACEDO, Pennsylvania: Penn.

BASSIOUNI M.C. 1969, "A summary of the contemporary American practice and a proposed formula", en *Wayne Law Review*, Vol. 15.

BASSIOUNI M.C. 2001, "Jurisdicción Universal para Crímenes Internacionales: Perspectivas Históricas y Práctica Contemporánea", *Virginia Journal of International Law Association*, Vol. 42.

BASSIOUNI M.C. 2008, "Introduction to international humanitarian law", en *International Criminal Law*, Leiden: Martinus Nijhoff Publishers.

BEKOU O. y CRYER R. 2007, "The international criminal court and universal jurisdiction: a close encounter?", en *International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 56.

BENAVIDES L. 2001, "The universal jurisdiction principle: nature and scope", en *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, Vol. 1.

BENZING M. 2003, "The complementarity regime of the International Criminal Court: International Criminal Justice between State sovereignty and the fight against impunity", en *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, Vol. 7.

BERNARD D. 2011, "Ne bis in idem? Protector of defendants' rights or jurisdictional pointsman?", en *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 9.

BETTI S. 2006, "The duty to bring terrorist to justice and discretionary prosecution", en *Journal of International Criminal Justice*, nº 4.

BIANCHI A. 1999, "Immunity v. Human Rights: The Pinochet case", en *European Journal of International Law*, Vol. 10, nº 2.

BINGHAM J.W. 1932, "The Draft Convention over Piracy", en *American Journal of International Law*, Vol. 26.

BLAKESLEY C.L. 2002, "Extraterritorial Jurisdiction", en *International Criminal Law*. Vol. 2º, Editor: M. C. BASSIOUNI, New York: Transnational Publisher.

- BLAKESLEY C.L. 1982, "United States jurisdiction over extraterritorial crime, en *Journal crime law and criminology*, Vol. 73.
- BLANCO CORDERO I. 2005, "El principio *ne bis in ídem* en la Unión Europea", en *La Ley*, Año XXVI, núm. 6285.
- BLANCO CORDERO I. 2007, "Report General sobre Jurisdicción Universal", en *Revista Internacional de Derecho Penal*, Vol. 79.
- BLANCO CORDERO I. 2009, "Sobre la muerte de la jurisdicción universal", en *Revista General de Derecho Penal*, Vol. 12.
- BLANCO CORDERO I. 2004, "Crisis del principio de jurisdicción universal en el derecho penal internacional contemporáneo", en *Diario La Ley*, núm. 5980 y 5981, Ref. D-69.
- BOTHE M. 1994, "War crimes in non international armed conflicts", en *Israel Yearbook of Human Rights*, Vol. 24.
- BOTHE M. 2002, "War crimes", en *The Rome Statute of the International Criminal Court*, Editores: A. CASSESE, P. GAETA and J. R.W.D. JONES, Oxford: Oxford University Press.
- BOTTINI G. 2004, "Universal jurisdiction after the creation of the international criminal court", en *Journal of International Law and Politics*, Vol. 36, nº 2.
- BRADLEY C.A. 2001, "Universal Jurisdiction and U.S. Law", en *The University Chicago Legal Forum*.
- BRIERLY. 1944, "The nature of war crimes jurisdiction", en *The Norseman*, nº 3 mayo-junio.
- BROOMHALL B. 2001, "Towards the developments of an effective system of universal jurisdiction for crimes under international law", en *New England Law Review*, Vol. 35.
- BROWN B.S. 2001, "The evolving concept of universal jurisdiction", en *New England Law Review*, Vol. 35, nº 2.
- BUERGENTHAL T. 1981, "To respect and to ensure: state obligations and permissible derogations", en *The International Bill of Rights*; nº 119.
- "Bustamante Code. 1928", en *American Journal of International Law*, 1935, Vol. 29.
- CAPELLÁ I ROIG M. 2005, "Los crímenes contra la humanidad en el caso Scilingo", en *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, nº 10.
- CARNAHAN B.M. 1998, "Lincoln, Lieber and the Laws of War: The Origins and Limits of the Principle of Military Necessity", en *American Journal of International Law*, Vol. 92, nº 2.
- CARO CORIA D.C. 2008, "Informes Nacionales: Perú", en *Jurisprudencia Latinoamericana sobre derecho penal internacional*, Ed: K. AMBOS y E. MALARINO, Montevideo: Fundación Konrad Adenauer Stiftung.
- CARO CORIA D.C. 2010, "La garantía del tribunal imparcial en el derecho internacional de los derechos humanos. Análisis desde el principio de complementariedad de la Corte Penal Internacional", en *Sistema Interamericano de Protección de los derechos humanos y derecho penal internacional*, Editor: G. ELSNER, Montevideo: Konrad Adenauer.
- CARNERO CASTILLA R. 2003, "La inmunidad de jurisdicción de los Jefes de Estado y de Gobierno extranjeros en la Audiencia Nacional española", en *Anuario hispano-luso-americano de Derecho Internacional*, Vol. 16.

- CARNEGIE A.R. 1963, "Jurisdiction over violations of the laws and customs of war", en *British Yearbook of International Law*, Vol. 39.
- CASSESE A. 2004, "Terrorism as an international crime", en *Enforcing International Laws Norms against the Terrorism*, Editor: A. BIANCHI, Oxford and Portland: Hart Publishing.
- CASSESE A. 2002, "When may senior state officials be tried for international crimes? Some comments of the Congo v. Belgium case", en *European Journal of international law*, Vol. 13.
- CASSESE A. 2006, "Balancing the prosecutor of crimes against the humanity and non retroactivity of criminal law", en *Journal of International Criminal Justice*, nº 4.
- CASSESE A. 2004, "¿Hay un conflicto insuperable entre la soberanía de los Estados y la justicia penal internacional?", en *Crímenes Internacionales y jurisdicciones internacionales*, Colombia: Norma S.A.
- CASSESE A. 2003, "Is the bell tolling for universality? A plea for a sensible notion of universal jurisdiction", en *Journal of International Criminal Justice*, nº 1.
- CASSESE A. 1997, "On the current trends towards criminal prosecution and punishment of breaches of international humanitarian law", en *European Journal of International Law*, Vol.9.
- CASTRESANA FERNÁNDEZ C. 2004, "La jurisdicción universal en la jurisprudencia de la sala segunda del Tribunal Supremo", en *Revista del Poder Judicial*, nº 73.
- CEBADA ROMERO A. 2002, "Los conceptos de obligación *erga omnes*, *ius cogens* y violación grave a la luz del nuevo proyecto de la CDI sobre responsabilidad de los Estados por hechos ilícitos", en *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, nº 4.
- CHALAMISH E. 2010, "Jurisdicción universal y política mundial: caso español", en *Revista de Política Exterior*, Vol. XXIV, nº 134.
- CHETAIL V. 2003, "La contribución de la Corte Internacional de Justicia al derecho internacional humanitario", en *Revista Internacional de la Cruz Roja*, nº 850.
- CHINCHÓN ALVÁREZ J. y VICENTE MÁRQUEZ L. 2010, "La investigación de los crímenes cometidos en la guerra civil y el franquismo como delito de prevaricación. análisis crítico del auto del tribunal supremo de 3 de febrero de 2010 desde la perspectiva del derecho internacional", en *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, nº 19.
- CHINCHÓN ÁLVAREZ J. 2009, "Análisis formal y material de la reforma del principio de jurisdicción universal en la legislación española: de la abrogación *de facto* a la derogación *de iure*", en *Diario La Ley*, nº 7211, Ref. D-243.
- CHUNG C.H. 2008, "Victim's participation at the international criminal court: are concessions of the court clouding the promise?", en *Northwestern Journal of International Human Rights*, Vol. 6, Issue 3.
- COLANGELO A.J. 2007, "Constitutional limits on extraterritorial jurisdiction: terrorism and the intersection of national and international law", en *Harvard International Law Review*, Vol. 48, nº1
- COLANGELO A.J. 2005, "The legal limits of universal jurisdiction", en *Virginia Journal of International Law*, Vol. 47.
- COLANGELO A.J. 2009, "Universal Jurisdiction as an international "false conflict" of laws", en *Michigan Journal of International Law*, Vol. 30.
- COLANGELO A. J. 2005, "The new universal jurisdiction: *in absentia* signaling over clearly defined crimes", en *Georgetown Journal of International Law*. Vol. 36, nº 2.

COLBY E. 1923, "Courts martial and the laws of war", en *American Journal of International Law*, vol. 17. Nº 1

Commission on the responsibility of the authors of the war and on enforcement of penalties. 1920, en *American Journal of International Law*, Vol. 14, nº 1.

Committee of International Criminal Jurisdiction, en *American Journal of International Law*, Vol. 46, nº 1, 1952, supplement official documents, Doc. UN A/2136 (1952).

CONDE-PUMPIDO C. 2004, "La justicia universal en la jurisdicción española", en *Persona y Derecho* nº 51.

CONWAY G. 2003, "*Ne bis in ídem* in International Law", en *International Criminal Law Review*, Vol. 3.

COWLES W.B. 1945, "Universality of jurisdiction over war crimes", en *California Law Review*, Vol. 33 nº 2.

COVARRUBIAS D.D. 1945, "De la extradición y otros problemas", en *Revista de Estudios Penales*.

CUERDA RIEZU A. 2009, "Los principios de legalidad, doble incriminación e igualdad en la orden europea de detención y entrega", en *Nuevos Desafíos del Derecho Penal Internacional*, Directores: A. CUERDA RIEZU y F. JIMÉNEZ GARCÍA, Madrid: Tecnos.

CUERDA RIEZU R.C. 2002, "Fundamentos del Derecho penal. La ley penal en el espacio", en *iustel.com*.

CULLEN A. 2008, "The Definition of Non-International Armed Conflict in the Rome Statute of the International Criminal Court: An Analysis of the Threshold of Application Contained in Article 8(2)(f)", en *Journal of Conflict and Security Law*, Vol. 12, nº 3.

DE CHAZOURNES L.B. y CONDORELLI L. 2000, "Common Article 1 of the Geneva Conventions revisited: Protecting collective interests", en *Revista Internacional de la Cruz Roja*, nº 837.

De GUZMÁN M.M. 2008, "Gravity and the legitimacy of the International Criminal Court", en *Fordham International Law Journal*, Vol. 32, nº 5.

DE LA PRADELLE G. 2000, "La compétence universelle", en *Droit International Penal*, Editores: H. ASCENSIO, E. DECAUX y A. PELLET, Paris.

DEL CARPIO DELGADO J. 2009, "El principio de justicia universal en España tras la reforma de 2009", en *Diario La Ley*, nº 7307, Ref. D-390.

DI FILIPPO M. 2008, "Terrorist crimes and international co-operation: critical remarks on the definition and inclusion of terrorism in the category of international crimes", en *European Journal of International Law*, Vol. 19, nº 3.

DINSTEIN Y. 1989, "Terrorism as an International Crime", en *Israel Yearbook on Human Rights*, Vol. 19.

DINSTEIN Y. 1998, "The Universality principle and war crimes", en *International Law Studies* Vol. 71, The law of armed conflict: into the next millennium, Editores: M. N. SCHMITT & L. C. GREEN, Newport Rhode Island: Naval War College.

DONDÉ MATUTE J. 2010, "El concepto de impunidad: leyes de amnistía y otras formas estudiadas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos", en *Sistema Interamericano de Protección de los derechos humanos y derecho penal internacional*, Editor: G. ELSNER, Montevideo: Konrad Adenauer.

Draft convention on jurisdiction with respect to crime, en *American Journal of International Law* 1935, Vol. 29.

DRAPER G.I.A.D. 1971, "The relationship between the human rights regime and the law of armed conflict", en *Israel Yearbook on Human Rights*, Vol.1.

DROEGE C. 2008, "¿Afinidades electivas? Los derechos humanos y el derechos humanitario", en *Revista Internacional de la Cruz Roja*, nº 871.

DUGARD J. 1999, "Dealing with crimes of a past regime. Is amnesty still an opinion?", en *Leiden Journal of International Law*, nº 12.

EHARD H. 1949, "The Nüremberg Trial of Mayor War Criminals and International Law", en *American Journal of International Law*, Vol. 43, nº 2.

EL ZEIDY M.M. 2008, "The gravity threshold under the statute of International Criminal Court", en *Criminal Law Forum*, Vol. 19.

EL ZEIDY M.M. 2002, "The principle of complementarity: A new machinery to implement international criminal law", en *Michigan Journal of International Law*, Vol. 23.

ELLIS M. 2002, "The International Criminal Court and its implications on domestic law and national capacity building", en *Florida Journal of International Law*, nº 15.

ENACHE-BROWN C. y FRIED A. 1998, "Universal crime, jurisdiction and duty: the obligation of aut dedere aut iudicare in international law", en *McGill Law Journal*. Vol. nº 43.

ENDO G. 2002, "Nullum crimen nulla poena sine lege principle and the ICTY and ICTR", en *Revue québécoise de droit international*, vol. 15.1.

ESCOBAR HERNÁNDEZ C. 2000, "La progresiva institucionalización de la jurisdicción penal internacional: La corte penal internacional", en *Crimen Internacional y Jurisdicción Universal*, Coord. M. GARCÍA ARÁN y D. LÓPEZ GARRIDO, Valencia: Tirant Lo Blanch.

ESCOBAR HERNÁNDEZ C. 2000, "El Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional", en *Hacia una Justicia Internacional*, Jornadas de estudio de la Dirección General del Servicio Jurídico del Estado, Ministerio de Justicia, Madrid.

ESCOBAR HERNÁNDEZ C. 2000, "Algunas reflexiones sobre la Corte Penal Internacional como institución internacional", en *Revista Española de Derecho Militar*, Vol. 75.

ESCUADERO ALDAY E. 2009, "Los tribunales israelís y la cultura de la legalidad", en *La Responsabilidad Penal por la Comisión de Crímenes de Guerra: el caso Palestina*, Editores: C. PÉREZ GONZÁLEZ y R. ESCUDERO ALDAY, Navarra: Aranzadi.

FEIJOO SÁNCHEZ B. 2011, "El principio de justicia universal en el derecho penal español tras la reforma mediante la LO 1/2009", en *Indret*.

FERDINANDUSSE W. 2009, "The prosecution of grave breaches in national courts", en *Journal of International Criminal Justice*, nº 7.

FERNÁNDEZ DE GURMENDI S.A. 2003, "El Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional: Extensión de los crímenes de guerra a los conflictos armados de carácter no internacional y otros desarrollos relativos al derecho internacional humanitario", en *Derecho internacional humanitario y temas de áreas vinculadas*, Lecciones y Ensayos n.º 78, Editor: G. PABLO VALLADARES, Buenos Aires: Lexis Nexis Abeledo Perrot.

FERNÁNDEZ FLORES y DE FUNES J.L. 1988, "Delitos contra las leyes y usos de la guerra", en *Comentarios al Código Penal Militar*, Coord. R. BLECUA FRAGA y J.L. RODRÍGUEZ VILLASANTE y PRIETO, Madrid: Civitas.

FERNÁNDEZ PONS X. 2002, “El principio de legalidad penal y la incriminación internacional del individuo”, en *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, nº 5.

FERNÁNDEZ SÁNCHEZ P.A. 1997, “Jurisdicción Internacional y Justicia Universal penal”, en *Cursos de Derecho Internacional de Vitoria Gasteiz*.

FERNÁNDEZ SEGADO F. 1995, “Competencia de la jurisdicción militar en tiempo de guerra”, en *Comentarios a las leyes procesales militares*, Madrid: Ministerio de Defensa.

FERNANDO REINARES. 2005, “Conceptualizando el terrorismo internacional”, ARI núm. 79/2005, en *Real Instituto Elcano*.

FERRÉ OLIVÉ J.C. 2000, “La extradición”, en *Crimen Internacional y Jurisdicción Universal, El caso Pinochet*, Valencia: Tirant Lo Blanch.

FERRER LLORET J. 2003, “El principio de justicia universal: su aplicación en España”, en *Cursos de derechos humanos de Donostia-San Sebastián*.

FERRER LLORET J. 2002, “Impunidad v. Inmunidad de jurisdicción: la sentencia del Tribunal Internacional de Justicia de 14 de febrero de 2002”, en *Anuario de Derecho Internacional*, Vol. XVIII.

FERRY J.E. 1989, “Towards completing the charm: the woodpulp judgment”, en *European Intellectual Property Law Review*, Vol. 19.

FINCH G.A. 1943, “Retribution for war crimes”, en *American Journal of International Law*, Vol. 37, nº 1.

FINCH G.A. 1947, “The Nüremberg Trial and International Law”, en *American Journal of International Law*, Vol. 41, nº 1.

FLECK D. 1998, “The role of individuals in International Humanitarian Law and challenges for states in its development”, en *International Law Studies* Vol. 71 “The Law of Armed Conflict: Into the next millennium”, Editores: M. N. SCHMITT y L. C. GREEN, Rhode Island: Naval War College.

FLECK. 2009 D. “Shortcomings of the grave breaches regime”, en *Journal of International Criminal Justice*, nº 7.

FLETCHER G. 2003, “Against universal jurisdiction”, en *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 1.

FLETCHER G.P. 2012, “The Theory of Criminal Liability and International Criminal Law”, en *Journal of International Criminal Justice*, nº 10.

FREESTONE D. 1997, “International Cooperation against terrorism and the development of international law principles of jurisdiction”, en *Terrorism and International Law*, Editores: R. HIGGINS y M. FLORY, London: Routledge.

FRWEIN J. 1998, “The relationship between human rights regimes and regimes of belligerent occupation”, en *Israel Yearbook on Human Rights*, Vol. 1.

FRULLI M. 2000, “The Special Court for Sierra Leone: Some preliminary comments”, en *European Journal of International Law*, Vol.11, nº 4.

GAETA P. 2009, “Does President Al Bashir enjoy immunity from arrest?”, en *Journal of International Criminal Justice*, nº 7.

GARCÍA ARÁN M. 2000, “La calificación de los actos contra los derechos humanos conforme a la ley española”, en *Crimen Internacional y Jurisdicción Universal, el caso Pinochet*, Coord. M. GARCÍA ARÁN y D. LÓPEZ GARRIDO, Valencia: Tirant Lo Blanch.

GARCÍA ARÁN M. y otros 2000, “El principio de Justicia Universal en la L.O. del Poder Judicial español”, en *Crimen Internacional y Jurisdicción Universal, El caso Pinochet*, Coord. M. GARCÍA ARÁN y D. LÓPEZ GARRIDO, Valencia: Tirant Lo Blanch.

GARCÍA LABAJO J.M. 2007, “La protección de bienes culturales en caso de conflicto armado”, en *Derecho Internacional Humanitario*, Coord. J.L. RODRÍGUEZ VILLASANTE y PRIETO, Valencia: Tirant Lo Blanch.

GARCÍA PÉREZ R. 2006, “La responsabilidad de proteger, un nuevo papel para Naciones Unidas en la gestión de la seguridad internacional”, en *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*.

GARNER J.W. 1920, “Punishment of offenders against the law and customs of war”, *American Journal of International Law*, Vol. 14, nº 1.

GASSER H.P. 2002, “Actos de Terror, Terrorismo y Derecho Internacional Humanitario”, en *Revista Internacional de la Cruz Roja*, núm. 847.

GEISS R. y SIEGRIST M. 2011, “¿El conflicto armado en Afganistán ha afectado las normas relativas a la conducción de las hostilidades?”, en *Revista Internacional de la Cruz Roja*, Vol. 93, nº 881.

GENEUSS J. 2009, “Fostering a better understanding of universal jurisdiction”, en *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 7.

German War Trials: Judgment in case of commander Karl Neumann, en *American Journal of International Law*, 1922, Vol. 16, nº 4.

GIL GIL A. 2006, “Jurisdicción de los tribunales españoles sobre genocidio, crímenes contra la humanidad y crímenes de guerra”, en *Revista Española de Derecho Militar*, Vol. 87.

GIL GIL A. 2003, “Persecución penal nacional de crímenes internacionales en América Latina y España”, Editores: K. AMBOS y E. MALARINO, Fundación Konrad Adenauer.

GIL GIL A. 2012, “Los crímenes de la Guerra civil española: ¿responsabilidad del Estado español por infracción del Convenio Europeo de Derechos Humanos?”, en *Indret*.

GIL GIL A. 2010, “Justicia Transicional en España”, en *Justicia de Transición, justicia penal internacional y justicia universal*, Coord. J. TAMARIT SUMALLA, Barcelona: Atelier.

GIL GIL A. 2005, “La sentencia de la Audiencia Nacional en el caso Scilingo”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminológica*, nº 7.

GIL GIL A. 2010, “La excepción al principio de legalidad del número 2 del artículo 7 del Convenio Europeo de Derechos Humanos”, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Vol. LXIII.

GIL GIL A. 2008, “Informes nacionales sobre derecho penal internacional: jurisdicción universal”, en *Revista Internacional de Derecho Penal*, nº 79.

GIL GIL A. 2011, “Las aportaciones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos al derecho penal internacional coincidencias y diferencias con la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en *Sistema Interamericano de Protección de los derechos humanos y derecho penal internacional*, Editor: G. ELSNER, Montevideo: Konrad Adenauer.

- GIL GIL A. 2009, “Principio de legalidad y crímenes internacionales. Luces y sombras en la sentencia del Tribunal Supremo en el caso Scilingo”, en *Nuevos desafíos del derecho penal internacional*, Directores: A. CUERDA RIEZU y F. JIMÉNEZ GARCÍA, Madrid: Tecnos.
- GIMBERNAT ORDEIG E. 1990, “Algunos problemas de extradición en el Derecho Español”, en *Estudios de Derecho Penal*.
- GIMBERNAT ORDEIG E. 2000, “Sobre algunos problemas jurídicos del caso Pinochet”, en *Crimen Internacional y Jurisdicción Universal. El caso Pinochet*, Valencia: Tirant Lo Blanch.
- GLASER S. 2008, “The charter of the Nüremberg tribunal and new principles of international law”, en *Perspectives on the Nüremberg Trial*, editado por G. METTRAUX, Londres: Oxford University Press.
- GLUECK S. 2008, “The Nüremberg trial and aggressive war”, en *Perspectives on the Nüremberg trial*, Editor: G. METTRAUX, London: Oxford University Press.
- GÓMEZ BENÍTEZ J.M. 2006, “Complementariedad de la Corte Penal Internacional y jurisdicción universal de los tribunales nacionales”, en *Derecho Penal y Criminología*, Vol. 27, nº 82.
- GÓMEZ BENÍTEZ J.M. 2001, “Jurisdicción universal por crímenes de guerra, contra la humanidad, genocidio y torturas: la tortura”, en *El Principio de Justicia Universal*, Madrid: Colex.
- GÓMEZ GUILLAMÓN R. 2000, “La creación de la Corte Penal Internacional: Antecedentes”, en *Revista Española de Derecho Militar*, Vol. 75.
- GREEN L.C. 1999, “International Regulation of Armed Conflict”, en *International Criminal Law*, Editor: M. C. BASSIOUNI, New York: Transnational Publishers.
- GRIFFIN M. 2000, “Ending the impunity of perpetrators of human rights atrocities: A major challenge for international law in the 21st century”, en *Revista Internacional de la Cruz Roja*, nº 838.
- GUILLAUME G. 1989, “Terrorisme et droit international”, en *Recueil des Cours de l’Academie de Droit International*, Vol. 215.
- GUTIÉRREZ POSSE H.D.T. 2006, “La relación entre el derecho internacional humanitario y los tribunales penales internacionales”, en *Revista Internacional de la Cruz Roja*, nº 861.
- GÚZMAN DALBORA J.L. 2005, “Crímenes internacionales y prescripción”, en *Temas Actuales de Derecho Penal Internacional*, Editores: K. AMBOS, E. MALARINO y J. WOISCHNIK, Berlín: Konrad Adenauer Stiftung.
- HALBERSTAM. M. 1988, “Terrorism on the high seas: the Achille Lauro, piracy and the IMO Convention on Maritime Safety”, en *American Journal of International Law*, Vol. 82.
- HALL C.K. 2010, “The role of universal jurisdiction in the International Criminal Court complementarity system, en *Complementarity and the exercise of universal jurisdiction for core international crimes*, Editor: M. BERGSMO, FICHL Publication Series nº 7.
- HAMPSON F.J. 2008, “The relationship between international humanitarian law and human rights law from the perspective of a human rights treaty body”, en *Revista Internacional de la Cruz Roja*, Vol. 90, núm. 871.
- HENCKAERTS J.M. 2009, “The grave breaches regime as customary international law”, en *Journal of International Criminal Justice*, nº 7.

HIGGINS R. 1997, "The general international law of terrorism", en *Terrorism and International Law*, Editores: R. HIGGINS y M. FLORY, London: Routledge.

HIGUERA GUIMERÁ J.F. 1988, "*Comentarios al Código Penal Militar*", Coord. R. BLECUA FRAGA y J.L. RODRÍGUEZ VILLASANTE y PRIETO, Madrid: Civitas.

HORMAZABAL MALARÉE H. 2000, "La inmunidad del Jefe de Estado", en *Crimen Internacional y Jurisdicción Universal, El caso Pinochet*, Coord. M. GARCÍA ARÁN, Valencia: Tirant Lo Blanch.

HOROWITZ J. 1999, "Regina v. Bartle and the Commissioner of Police for the Metropolis and Others Ex Parte Pinochet: Universal Jurisdiction and Sovereign Immunity for Jus Cogens Violations", en *Fordham International Law Journal*, Vol. 23, nº 2.

HUERTA TOCILDO S. 2005, "El contenido debilitado del principio de legalidad penal", en J.GARCÍA ROCA y P. SANTAOLAYA MACHETTI (Coords.) *La Europa de los derechos. El Convenio europeo de derechos humanos*, Madrid: CEPC.

HUESA VINAIXA R. 1994, "El Tribunal Internacional para juzgar los crímenes cometidos en la ex Yugoslavia y la sanción internacional de los crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad", en *Cursos de Derecho internacional de Vitoria Gasteiz*.

JESCHECK H.H. 2001, "El Tribunal Penal Internacional", en *Revista Penal*, nº 8.

JESCHECK H.H. 1982, "Nüremberg Trials", en R. BERNHARD (ed.), *Encyclopedia of Public International Law*, Inst. 4.

JESCHECK H.H. 1982, "War Crimes", en *Encyclopedia of Public International Law*, Editor: Bernhardt.

JIMÉNEZ GARCÍA F. 2002, "Justicia universal e inmunidades estatales: justicia o impunidad: ¿una encrucijada dualista para el Derecho internacional?", en *Anuario de Derecho internacional*, XVIII.

JIMÉNEZ GARCÍA F. y GARCÍA SÁNCHEZ B. 2012, "Propuesta de convención universal sobre el principio de justicia universal: algunas reflexiones", en *El principio de Justicia Universal: fundamentos y límites*, Directora: A. I. PÉREZ CEPEDA, Valencia: Tirant Lo Blanch.

JORGE URBINA J. 2008, "Crímenes de guerra, justicia universal e inmunidades jurisdiccionales penales de los órganos del Estado", en *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, Vol. VIII.

JORGE URBINA J. 2005, "Las inmunidades de jurisdicción penal de los órganos del Estado en el contexto de la represión de las violaciones del derecho internacional humanitario", en *Revista Española de Derecho Militar*, Vol. 86.

JOYNER C.C. y FRIEDLANDER R.A. 2002, "International Civil Aviation", en *International Criminal Law* Vol. 1º Crimes, Editor: M. C. BASSIOUNI, New York: Transnational Publisher.

JOYNER C.C. 2007, "The responsibility to protect: humanitarian concern and the lawfulness of armed intervention", en *Virginia Journal of International Law*, Vol. 47.

JOYNER C.C. 1997, "Arresting Impunity: the case for universal jurisdiction in bringing war criminals to accountability", en *Law and Contemporary Problems*, Vol. 54, nº 4.

"Judgment of Nüremberg", en *American Journal of International Law*, Vol. 41, nº 1, 1947.

JURATOWITCH B. 2004, "Retroactive criminal liability and international human rights law", en *British Yearbook of International Law*, Vol. 75.

- KADELBACH S. 2006, “*Ius cogens*, obligations *erga omnes* and other rules. The identification of fundamental norms”, en *The Fundamental Rules of the International Legal Order (ius cogens and obligations erga omnes)*, C. TOMUSCHAT y J.M. THOUVENIN, Leiden: Martinus Nijhoff Publishers.
- KALECK W. 2009, “From Pinochet to Rumsfeld: Universal Jurisdiction in Europe 1998-2008”, en *Michigan Journal of International Law*, Vol. 30.
- KASH D.1993, “Abductions of terrorist in international airspace and on the high seas”, en *Florida Journal of International Law*, Vol. 8.
- KELSEN H. 2008, “Will the judgment in the Nüremberg trial constitute a precedent in international law?”, en *Perspectives on the Nüremberg trial*, Editor: G. METTRAUX, London: Oxford University Press.
- KELSEN H. 1943, “Collective and individual responsibility in international law with particular regard to the punishment of war criminals”, en *California Law Review*, Vol. 31.
- KIELSGARD M.D. 2011, “The legality principle in sentencing at the ECCC: making up law as it goes along?”, en *Asia Journal of International Law*, nº 2.
- KING E.B.L. 2010, “Amnesties in a time of transition”, en *George Washington International Law Review*, Vol. 41.
- KISSINGER H. 2002, “*Does America Need a Foreign Policy?*”, London Free Press.
- KLEFFNER J. 2003, “The impact of complementarity on national implementation of substantive international criminal law”, en *Journal of International Criminal Justice*, nº 86.
- KOLB R. 2004, “The exercise of criminal jurisdiction over international terrorist”, en *Enforcing International Laws Norms against the Terrorism*, Editor: A. BIANCHI, Oxford and Portland: Hart Publishing.
- KONTOROVICH E. 2004, “The piracy analogy: modern universal jurisdiction’s hollow foundation”, en *Harvard International Law Journal*, Vol. 45, nº 1.
- KONTOROVICH E. 2008, “The inefficiency of universal jurisdiction”, en *University of Illinois Law Review*, nº 1.
- KREß C. 2006, “Universal Jurisdiction over international crimes and the Institut de Droit International”, en *Journal of International Criminal and Justice*, Vol. 4.
- KREß C. 2009, “Reflections on the iudicare limb of the grave breaches regime”, en *Journal of International Criminal Justice*, nº 7.
- LAMARCA PÉREZ C. y OLLÉ SESÉ M. 2012, “Análisis de la regulación actual del principio de justicia universal y propuestas de *lege ferenda*”, en *El principio de Justicia Universal: fundamentos y límites*, Directora: A.I. PÉREZ CEPEDA, Valencia: Tirant Lo Blanch.
- LAMARCA PÉREZ C. 2001, “La competencia por terrorismo en los casos de Argentina y Chile”, en *El Principio de Justicia Universal*, Madrid: Colex.
- LANDSMAN S. 1996, “Alternative responses to serious human rights abuses: of prosecution and truth commissions”, en *Law and Contemporary Problems*, Vol. 59, núm. 4.
- LARSAEUS L. 2004, “The relationship between safeguarding internal security and complying with international obligations of protection. The unresolved issue of exclude asylum seekers”, en *Nordic Journal of International Law*, Vol. 73.

- LEAL MOYA L. 2005, “Seguridad Humana. La responsabilidad de proteger”, en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, año XXXVIII, núm. 114.
- LLOBET ANGLÍ M. 2006, “El alcance de principio de jurisdicción universal según el Tribunal Constitucional”, en *Indret*.
- LÓPEZ GARRIDO D. 2000, “La imprescriptibilidad de los crímenes contra la humanidad y el principio de jurisdicción universal”, en *Crimen Internacional y Justicia Universal*, El caso Pinochet, Coord. M. GARCÍA ARÁN y D. LÓPEZ GARRIDO, Valencia: Tirant Lo Blanch.
- MALARINO E. 2013, “Transición, derecho penal y amnistía. Reflexiones sobre la utilización del derecho penal en procesos de transición”, en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, núm. 9.
- MANNER G. 1943, “The legal nature and punishment of criminal acts of violence contrary to the laws of war”, en *American Journal of International Law*, Vol. 37, nº 3.
- MARIÑO MENÉNDEZ F.M. 2009, “Exigencia de responsabilidad penal internacional por crímenes de guerra y solución del conflicto palestino-israelí”, en *La Responsabilidad Penal por la Comisión de Crímenes de Guerra: el caso Palestina*, Pamplona: Thomson-Aranzadi
- MÁRQUEZ CARRASCO C. y MARTÍN MARTÍNEZ M. 2011, “El principio de jurisdicción universal en el ordenamiento jurídico español: pasado, presente y futuro”, en *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, Vol. XI.
- MARTÍN MARTÍNEZ M.M. 2009, “La configuración del principio de legalidad penal en el derecho internacional contemporáneo”, en *Nuevos desafíos del derecho penal internacional*, Directores: A. CUERDA RIEZU y F. JIMÉNEZ GARCÍA, Madrid: Tecnos.
- MENDOZA CALDERÓN S. 2007, “La aplicación de la ley penal en el espacio: la trascendencia del principio de justicia universal en España”, en *Revista Penal* nº 20.
- MENDOZA CALDERÓN S. 2012. “Algunas observaciones sobre la aplicación del principio de legalidad en derecho penal internacional”, en *El Principio de Justicia Universal: Fundamentos y Límites*, Directora: A.I. PÉREZ CEPEDA, Valencia: Tirant Lo Blanch.
- MERON T. 1987, “The Geneva Conventions as customary law”, en *American Journal of International Law*, Vol. 81, nº 2.
- MERON T. 2006, “Reflections of the prosecution of war crimes by international tribunals”, en *American Journal of International Law*, Vol. 100, nº 3.
- MERON T. 1998, “Is International Law Moving Towards Criminalization?”, en *European Journal of International Law*, Vol. 9.
- METTRAUX G. 2006, “Dutch Courts’ Universal Jurisdiction over Violations of Common Article 3 *qua* War Crimes”, en *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 4.
- MEYER J. 1990, “The vicarius administration of justice: an overlooked basis of jurisdiction”, en *Harvard International Law Journal*, Vol. 31.
- MITCHELL C. 2009, “*Aut dedere aut iudicare*: the extradite or prosecute clause in international law”, en *Graduate Institute of International and Development Studies*, nº 2.
- MILLER R.H. 1971, “The convention on the non applicability of the statutory limitations to war crimes and crimes against the humanity”, en *American Journal of International Law*, Vol. 65, núm. 3.
- MOIR L. 2009, “Grave Breaches and Internal Armed Conflicts”, en *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 7.

MOMTAZ Y. 1998, “Las normas humanitarias mínimas aplicables en período de disturbios y tensiones interiores”, en *Revista Internacional de la Cruz Roja*, Vol. 147.

MOZO SEOANE A. 2000, “Límites al principio *bis in ídem*”, en *Comentarios a la Ley Disciplinaria de las Fuerzas Armadas*, Coord. J. L. RODRÍGUEZ VILLASANTE y PRIETO, Madrid: Ministerio de Defensa.

MURPHY T.J. 1984, “Sanctions and enforcement of the humanitarian law of the four Geneva Conventions of 1949 and Geneva Protocol I of 1977”, en *Military Law Review*, Vol. 103.

MURPHY R. 2006, “Gravity issues and the International Criminal Court”, en *Criminal Law Forum*, Vol. 17.

MUSHKAT R. 1980, “Technical impediments on the way to a universal definition of international terrorism”, en *Indian Journal of International law*, Vol. 20.

MEINDERSMA C. 1995, “Violations of Common Article 3 of the Geneva Conventions as Violations of the Laws or Customs of War under Article 3 of the Statute of the International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia”, en *Netherlands International Law Review*, Vol. XLII.

NAQVI Y. 2003, “Amnesty for war crimes: defining the limits of international recognition”, en *Revista Internacional de la Cruz Roja*, Vol. 85, nº 851.

NIETO MARTÍN A. 2007, “Introducción: El principio de *ne bis in idem* en el derecho penal europeo e internacional”, en *El principio de ne bis in idem en el derecho penal europeo e internacional*, Coord. L. ARROYO ZAPATERO y A. NIETO MARTÍN, Cuenca: Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha.

NIEVES ARRESE M^a. 2009, “Art. 13 Derecho a un recurso efectivo”, en *Convenio Europeo de Derechos Humanos. Comentario Sistemático*, Director: I. LASAGABASTER HERRARTE, Navarra: Thomson Civitas.

NSEREKO N. 2008, “Article 18. Preliminary rulings regarding admissibility”, en *The Rome Statute of the International Criminal Court*, Editor: O. TRIFFTERER.

ÖBERG M.D. 2009, “The absorption of grave breaches into war crimes law”, en *Revista Internacional de la Cruz Roja*, Vol. 9.

O'DONELL D. 2006, “International treaties against terrorism and the use of terrorism during armed conflict and by armed forces” en *Revista Internacional de la Cruz Roja*, Vol. 88, nº 864.

OEHLER D. 1999, “Recognition of foreign penal judgments. The European system”, en *International Criminal Law*, Editor: M. C. BASSIOUNI, New York: Transnational Publishers.

OLÁSULO ALONSO H. 2007, “Informes nacionales: España”, en *Cooperación y Asistencia Judicial con la Corte Penal Internacional*, Editores: K. AMBOS y E. MALARINO, Montevideo: Fundación Konrad Adenauer.

OLÁSULO ALONSO H. 2005, “La posición procesal de las víctimas en el proceso de activación ante la Corte Penal Internacional”, en *La Ley*, Madrid, núm. 6343.

OLÁSULO ALONSO H. 2003, “Reflexiones sobre el principio de complementariedad en el Estatuto de Roma”, en *Revista Española de Derecho Militar*, nº 82.

OLÁSULO ALONSO H. y GALAIN PALERMO P. 2010, “La influencia en la Corte Penal Internacional de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en materia de acceso, participación y reparación de víctimas”, en *Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos y Derecho Penal Internacional*, Editor: G. ELSNER, Montevideo: Konrad Adenauer.

OLLÉ SESÉ M. 2001, “Aspectos relevantes del crimen de genocidio. Cooperación judicial, extradición y justicia universal”, *El Principio de Justicia Universal*, Madrid: Colex.

OLLÉ SESÉ M. 2010, “El principio de justicia universal en España: del caso Pinochet a la situación actual”, en *Justicia de Transición, justicia penal internacional y justicia universal*, Coord. J. TAMARIT SUMALLA, Barcelona: Atelier.

OLLÉ SESÉ M. y LAMARCA PÉREZ C. 2011, “La reforma del principio de justicia universal”, en *La Ley Penal*, nº 83.

OLSON L.M. 2006, “Provoking the drago non the patio Matters of transitional justice: penal repression vs. amnesties”, en *Revista Internacional de la Cruz Roja*, Vol.88, nº 862.

O’KEEFE R. 2004, “Universal Jurisdiction. Clarifying the basic concept”, en *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 2.

O’KEEFE R. 2009, “The grave breaches regime and universal jurisdiction”, en *Journal of International Criminal Justice*, nº 7.

ORAKHELASHVILI A. 2008, “The interaction between human rights and humanitarian law: fragmentation, conflict, parallelism, or convergence?”, en *European Journal of International Law*, Vol. 19, nº1.

ORAKHELASHVILI A. 2008, “Between impunity and accountability for serious international crimes: legal and policy approaches”, en *Netherlands International Law Review*, LV.

ORENTLICHER D.F. 1991, “Settling Accounts: The Duty to Prosecute Human Rights Violations of a Prior Regime”, en *The Yale Law Journal*, Vol. 100, nº 8.

ORIHUELA CALATAYUD E. 2000, “Aplicación del derecho internacional humanitario por las jurisdicciones nacionales”, en *Creación de una jurisdicción penal internacional*, Madrid: BOE.

ORIHUELA CALATAYUD E. 2000, “La cooperación internacional contra la impunidad. Llenando los vacíos de la jurisdicción territorial”, en *Cursos de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales de Vitoria-Gasteiz*.

ORIHUELA CALATAYUD E. 2005, “Crímenes de guerra y justicia universal: avances y retrocesos en la lucha contra la impunidad”, en *Derechos y Libertades antes las nuevas amenazas a la seguridad global*, Editora: C. Ramón Chornet, Valencia: Tirant Lo Blanch.

OTTAVIANO S. 2012, “Las excepciones al *ne bis in idem* en el derecho internacional”, en *Revista Argentina de Derecho Penal y Procesal Penal*, núm. 2.

OXMAN B.H. 1984, “Jurisdiction of States”, en *Encyclopedic of Public International Law*, Vol. 10.

PARENTI F. 2010, “La inaplicabilidad de normas de prescripción en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en *Sistema interamericano de protección de los derechos humanos y derecho penal internacional*, Editora: G. ELSNER, Montevideo: Konrad Adenauer.

PARENTI F. 2008, “Informe Nacional de Argentina”, en *Jurisprudencia Latinoamericana sobre derecho penal internacional*, Editores: KAI AMBOS y E. MALARINO, Fundación Konrad Adenauer.

PASTOR D.N. 2010, “La imprescriptibilidad de los crímenes internacionales en conexión con el fenómeno del terrorismo”, en *Terrorismo y Estado de Derecho*, Directores: J.R. SERRANO-PIEDECASAS y E. DEMETRIO CRESPO, Madrid: Iustel.

PELLA V. 1950, "Towards an International Criminal Court", en *American Journal of International Law*, Vol. 44, nº 1.

PEJIC J. 2011, "The protective scope of Common article 3: more than meets the eye", en *Revista Internacional de la Cruz Roja*, Vol. 93, nº 881.

PÉREZ CEPEDA A.I. 2012, "Principio de Justicia penal universal v. principio de Jurisdicción penal internacional", en *El Principio de Justicia Universal: Fundamentos y límites*, Directora: A.I. PÉREZ CEPEDA, Valencia: Tirant Lo Blanch.

PÉREZ GONZÁLEZ M. 2007, "El derecho internacional humanitario frente a la violencia bélica: una apuesta por la humanidad en situaciones de conflicto", en *Derecho Internacional Humanitario*, Coord. J.L. RODRÍGUEZ VILLASANTE y PRIETO, Valencia: Tirant Lo Blanch.

PÉREZ GONZÁLEZ M. 2006, "La protección de los derechos humanos en situaciones de conflicto: el parámetro del derecho internacional humanitario", en *Foro Nueva época*, núm. 4.

PÉREZ GONZÁLEZ C. 2009, "La responsabilidad penal por la comisión de crímenes de guerra: El caso de Palestina", Editores: C. PÉREZ GONZÁLEZ y R. ESCUDERO ALDAY, Navarra: Aranzadi.

PÉREZ-SERRANO M. 2006, "El principio de justicia universal. Especial referencia al caso Scilingo", en página de internet <http://www.cienciaspenales.net>.

PETSCH M.A. 2010, "Ius cogens as a vision of the international legal order", en *Selected Works*.

PHILIPPE X. 2006, "Los principios de jurisdicción universal y complementariedad: su interconexión", en *Revista Internacional de la Cruz Roja*, nº 862.

PHILIPPE X. 2008, "Las sanciones por infracciones del derecho internacional humanitario: el problema de la división de competencias entre las autoridades nacionales y entre las autoridades nacionales e internacionales", en *Revista Internacional de la Cruz Roja*, nº 870.

PLATTNER D. 1990, "The Penal Repression of Violations of International Humanitarian Law Applicable in Non-international Armed Conflicts", en *Revista Internacional de la Cruz Roja*, nº 30.

PIGNATELLI y MECA F. 2007, "La punición de las infracciones del derecho internacional humanitario: los tribunales internacionales de crímenes de guerra", en *Derecho Internacional Humanitario*, Coord. J.L. RODRÍGUEZ VILLASANTE y PRIETO, Valencia: Tirant Lo Blanch.

PIGNATELLI y MECA F. 1995, "El Tribunal Penal Internacional para Ruanda", en *Revista Española de Derecho Militar*, nº 65.

PIGNATELLI y MECA F. 1994, "Consideraciones acerca del establecimiento del Tribunal Internacional para el enjuiciamiento de los presuntos responsables de violaciones graves del derecho internacional humanitario cometidas en el territorio de la ex Yugoslavia a partir de 1991", en *Revista Española de Derecho Militar*, Vol. 64.

PIGNATELLI y MECA F. 2007, "La Corte Penal Internacional", en *Derecho Internacional Humanitario*, Coord. J.L. RODRÍGUEZ VILLASANTE y PRIETO, Valencia: Tirant Lo Blanch.

PIGNATELLI y MECA F. 2000, "El artículo 8 del Estatuto. Los crímenes de guerra", en *Revista Española de Derecho Militar*, Vol. 75.

PIGNATELLI y MECA F. 2004, “El terrorismo como crimen de lesa humanidad y crimen de Guerra en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional”, en *Lucha contra el terrorismo y derecho internacional*, Cuadernos de Estrategia núm. 133 del Instituto Español de Estudios Estratégicos.

PIGRAU SOLÉ A. 2009, “La Jurisdicción Universal y su aplicación en España: La persecución del genocidio, los crímenes de guerra y los crímenes contra la humanidad por los tribunales nacionales”, en *Colección Recerca por Drets Humans*, Vol. 3.

PIGRAU SOLÉ A. 1997, “Elementos de Derecho Internacional Penal”, en *Cursos de Derecho internacional de Vitoria Gasteiz*.

PIGRAU SOLÉ A. 1994, “Reflexiones sobre el tribunal internacional para la antigua Yugoslavia desde la perspectiva de la codificación y el desarrollo progresivo del derecho internacional”, en *Anuario Hispano Luso Americano de derecho Internacional*.

PIGRAU SOLÉ A. 2007, “La persecución de los criminales de guerra en Canadá: De Rauca a Munyaneza”, en *Revista Española de Derecho Militar*, Vol. 89.

PUEYO LOSA J. “Derechos Humanos, crímenes de guerra y globalización de la Justicia”, en *Revista Española de Derecho Militar*, núm. 83.

PUEYO LOSA J. 2006, “El principio de jurisdicción universal y el Estatuto de la Corte Penal Internacional”, en *El Derecho Internacional Humanitario ante los retos de los conflictos armados actuales*, Coord. J. L. RODRÍGUEZ VILLASANTE y PRIETO, Fundación Rafael del Pino, Cruz Roja Española, Barcelona: Marcial Pons.

RABINOVITCH R. 2004, “Universal Jurisdiction *in absentia*”, en *Fordham International Law Journal*, Vol. 28, nº 2.

RANDALL K.C. 1988, “Universal jurisdiction under international law”, en *Texas Law Review*, Vol. 66.

REBANE K.I. 1995, “Extradition and Individual Rights: The need for an International Criminal Court to safeguard to individual rights”, en *Fordham International Law Journal*, vol. 19, nº 4.

REMIRO BROTONS A. 2001, “Los crímenes de derecho internacional y su persecución judicial”, en *Cuadernos de Derecho judicial, El Derecho Penal Internacional*, Madrid: Consejo General del Poder Judicial.

REMIRO BROTONS A. 2010, “Crímenes Internacionales, jueces estatales”, en *Política exterior*, Vol. XXIV, núm. 134.

REMIRO BROTONS A. 2000, “La responsabilidad penal individual por crímenes internacionales y el principio de jurisdicción universal”, en *Creación de una Jurisdicción Penal Internacional*, Colección Escuela Diplomática nº 4, Madrid.

REVILLA MONTOYA P.C. 2007, “Hacia la responsabilidad de proteger. Bases jurídicas para una respuesta colectiva ante crisis humanitarias”, en *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, Vol. VII.

RÖLING B.V.A. 1976, “Criminal responsibility for violations of the laws of war”, en *Belgian Review of International Law*, Vol. XII, nº 1.

RÖLING B.V.A. 1960, “The law of war and the national jurisdiction since 1945”, en *Recueil des Cours de l'Academie de Droit International*, Vol. 100.

“Resolution relative to conflicts of penal laws with respects to competences. 1883”, en *American Journal of International Law*, 1935, Vol. 29.

“Resolution on international penal law, adopted by the conference for the unification of penal law, Warsaw. 1927”, en *American Journal of International Law*, 1935, Vol. 29.

“Resolution on the conflict of penal laws with respect to competence. 1931”, en *American Journal of International Law*, 1935, Vol. 29.

“Resolution International Penal Law. 1932”, en *American Journal of International Law*, 1935, Vol. 29.

RODRÍGUEZ BEREIJO A. 1996, “Los derechos fundamentales: derechos subjetivos y derecho objetivo”, en *Revista Jurídica Española La Ley*, Vol. 2.

RODRÍGUEZ VILLASANTE y PRIETO J.L. 2007, “Fuentes del Derecho Internacional Humanitario”, en *Derecho Internacional Humanitario*, Coord. J.L. RODRÍGUEZ VILLASANTE y PRIETO, Valencia: Tirant Lo Blanch.

RODRÍGUEZ VILLASANTE y PRIETO J.L. 2007, “Terrorismo y derecho internacional humanitario”, en *Derecho Internacional Humanitario*, Coord. J. L. RODRÍGUEZ VILLASANTE y PRIETO, Valencia: Tirant Lo Blanch.

RODRÍGUEZ VILLASANTE y PRIETO J.L. 1995, “La cosa juzgada militar”, en *Comentarios a las leyes procesales militares, Tomo II*, Madrid: Ministerio de Defensa.

RODRÍGUEZ-VILLASANTE y PRIETO J.L. 2003, “La reforma del Código Penal español por Ley Orgánica 15/2003: un paso al frente en la criminalización de la barbarie”, en *Revista Española de Derecho Militar*, núm. 82.

RODRÍGUEZ VILLASANTE y PRIETO J.L. 2010, “Problemas jurídicos penales e internacionales del crimen de piratería. Una laguna imperdonable de nuestro código penal y, ¿por qué no decirlo? un crimen de la competencia de la Corte Penal Internacional”, en *Revista Española de Derecho Militar*, Vol. 93.

RODRÍGUEZ VILLASANTE y PRIETO J.L. 2005, “Legislación comparada y jurisdicción universal”, en *Revista Española de Derecho Militar*, Vol. 86

RODRÍGUEZ VILLASANTE y PRIETO J.L. 1999, “*Crímenes de competencia de la Corte Penal Internacional*”, Jornadas celebradas del 21 al 23 de junio de 1999 en el Centro de Estudios Jurídicos de la Administración de Justicia. Ministerio de Justicia, Centro de Estudios Jurídicos de la Administración de Justicia.

RODRÍGUEZ VILLASANTE Y PRIETO J.L. 2000, “Los principios generales del derecho penal en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional”, en *Revista Española de Derecho Militar*, nº 75.

RODRÍGUEZ VILLASANTE y PRIETO J.L. 2007, “Ámbito de aplicación del derecho internacional humanitario. Delimitación de los conflictos armados” en *Derecho Internacional Humanitario*, Coord. J.L. RODRÍGUEZ VILLASANTE Y PRIETO, Valencia: Tirant Lo Blanch.

RYNGAERT C. 2006, “Applying the Rome Statute complementarity principle: drawing lessons from the prosecution of core crimes by states acting under the universality principle”, en *Working Paper nº 98, Institute for International Law*.

SÁCOUTO S. y CLEARY K.A.. 2008, “The gravity threshold of the International Criminal Court”, en *American Journal of International Law*, Vol. 23, nº 5.

SADAT L.N. 2004, “Terrorism and the rule of law”, en *Washington University Global Studies Law Review*, Vol. 3.

SADAT L.N. 2001, “Redefinig Universal Jurisdiction”, en *New England Law Review*, Vol. 35.

- SADAT L.N. 2003, "Universal jurisdiction, national amnesties, and truth commissions: reconciling the irreconcilable", en *Universal Jurisdiction: National courts and the prosecution of serious crimes under international law*, Editor: S. MACEDO, Philadelphia: University of Pennsylvania Press.
- SAMMONS A. 2003, "The under-theorization of universal jurisdiction: implications for legitimacy on Trials of War Criminals by national courts", en *Berkeley Journal of International Law*, Vol. 21.
- SÁNCHEZ DEL RÍO y SIERRA J. 1995, "Preferencia de la jurisdicción penal militar", en *Comentarios a las Leyes Procesales Militares*, Tomo II, Madrid: Ministerio de Defensa.
- SANDOZ Y. 2009, "The history of the grave breaches regime", en *Journal of International Criminal Justice*, nº 7.
- SANDOZ Y. 1999, "Penal Aspects of International Humanitarian Law", en *International Criminal Law*, Editor: M. C. BASSIOUNI, New York: Transnational Publishers.
- SANZ HERMIDA A.M.^a 2008, "Aplicación transnacional de la prohibición del *bis in idem* en la Unión Europea", en *Revista Penal*, núm. 21.
- SATZGER H. y KAYSER J. 2007, "*Ne bis in idem* en el derecho penal internacional: muchas preguntas a segunda vista", en *El principio de ne bis in idem en el derecho penal europeo e internacional*, Coord. L. ARROYO ZAPATERO y A. NIETO MARTÍN, Cuenca: Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha.
- SCHABAS W.A. 2008, "Article 29", en *The Rome Statute of the International Criminal Court*, Editor: O. TRIFFTERER.
- SCHARF M.P. 2001, "Application of treaty-based universal jurisdiction to nationals of non-party states", en *New England Law Review*, Vol. 35, nº 2.
- SCHARF M.P. 1999, "The amnesty exception to the jurisdiction of the International Criminal Court", en *Cornell International Law Journal*, Vol. 32.
- SCHARF M.P. 1996. "The letter of the law: The scope of the international legal obligation to prosecute human rights crimes", en *Law and contemporary Problems*, vol. 59, nº 4.
- SCHINDLER D. 1982, "Human rights and humanitarian law: interrelationship of the laws", en *The American University Law Review*, Vol. 31.
- SCHOCKEN C. 2002, "The Special Court for Sierra Leone: Overview and recommendations", en *Berkeley Journal of International Law*, Vol. 20.
- SCHWARZENBERGER G. 1968, "*International Law as applied by international courts and tribunals*", The Law of Armed Conflicts, Londres.
- SCHWARZENBERGER G. 1947, "The Judgment of Nüremberg", *Tulane Law Review*, Vol. XXI marzo, nº 3.
- SEIBERT-FOHR A. 2003, "The relevance of the Rome Statute of the International Criminal Court for amnesties and truth commissions", en *Max Planck Yearbook United National Law*, Vol. 7.
- SEIBERT-FOHR A. 2002, "The fight against the impunity under the International Covenant on Civil and Political Rights", en *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, Vol. 6.
- SERRANO PIEDECASAS J.R. 2000, "Terrorismo", en *Crimen Internacional y Jurisdicción Universal. El caso Pinochet*, Coord. M. GARCÍA ARÁN y D. LÓPEZ GARRIDO, Valencia: Tirant Lo Blanch.

SHAACK B.V. 2008, "Crimen sine lege: Judicial Lawmaking at the intersection of law and morals", en *Georgetown Law Journal*, Vol. 97.

SHELTON D. 2006, "Normative Hierarchy in International Law", en *American Journal of International Law*, Vol. 100, n° 2.

SHICK F.B. 1947, "The Nüremberg trial and the International law of the future", en *American Journal of International Law*, Vol. 41, n° 4.

SHRAGA D. y ZACKLIN R. 1994, "The International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia", en *European Journal of International Law*, N° 5.

SHRAGA D. y ZACKLIN R. 1996, "The International Criminal Tribunal for Rwanda", en *European Journal of International Law*, n° 7.

SLAUGHTER A.M. 2004, "Defining the limits: universal jurisdiction and national courts", en *Universal Jurisdiction: National Courts and the prosecution of serious crimes under international law*, Editor: S. MACEDO, Philadelphia: University of Pennsylvania Press.

SLYE R.C. 2002, "The legitimacy of amnesties under international law and general principles of anglo-american law: is a legitimate amnesty possible?", en *Virginia Journal of International Law*, Vol. 43.

SMITH A.T.H. 1984, "Judicial law making in the criminal law", en *The Law Quarterly Review*, Vol. 100, January.

SOLERA O. 2002, "Jurisdicción complementaria y justicia penal internacional", en *Revista Internacional de la Cruz Roja*, Vol. 845.

STAHN C. 2007, "Responsibility to protect: political rhetoric or emerging legal norm?", en *American Journal of International Law*, Vol. 1.

STEIN T. 2006, "Limits of International law Immunities for Senior Officials in criminal procedure", en *The Fundamental Rules of the International Legal Orders (ius cogens and obligations erga omnes)*, Editores: C. TOMUSCHAT y J.M. THOUVENIN, Leiden: Martinus Nijhoff Publishers.

STIGEN J. 2010, "The relationship between the principle of complementarity and the exercise of universal jurisdiction for core international crimes", en *Complementarity and the exercise of universal jurisdiction for core international crimes*, Editor: M. BERGSMO, FICHL Publication Series n° 7.

STRAPATSAS N. 2002, "Universal Jurisdiction and the International Criminal Court", en *Manitoba Law Journal*, Vol. 29.

TALLGREN I. 1999, "Article 20. Ne bis in ídem", en *Comment on the Rome Statute of the International Criminal Court*, Editorial: Nomos.

TICEHURST R. 1997, "La cláusula de Martens y el derecho de los conflictos armados", en *Revista Internacional de la Cruz Roja*, n° 140.

TOMUSCHAT C. 2010, "Human Rights and International Humanitarian Law", en *European Journal of International Law*, Vol. 21, n° 1.

TORRES PÉREZ M^a. 2002, "Inmunidad de jurisdicción penal e impunidad: el fallo de la Corte Internacional de Justicia de 14 de febrero de 2002", en *Revista de Derecho*, Noviembre 2002.

TORROJA MATEU H. 2006, "La competencia de la jurisdicción canadiense en materia de crímenes de derecho internacional: El trayecto hacia un refugio inseguro", en *Revista Electrónica española de derecho internacional*, núm. 11.

- TRIFFTERER O. 1991, "Present situation, vision and future perspectives", en *Principles and procedures for a new transnational law*, Freiburg: Eser/Ladgony.
- TRUMBULL C.P. 2008, "Giving amnesties a second chance", en *Berkeley Journal of International Law*, Vol. 25.
- TRUMBULL C.P. 2008, "The victims of victim. Participation in international criminal proceedings", en *Michigan Journal of International Law*, Vol. 29.
- VERDROSS A. 1937, "Forbidden treaties in international law", en *American Journal of International Law*, Vol. 31, nº 4.
- VERDROSS A. 1966, "Ius dispositivum and *ius cogens* in international law", en *American Journal of International Law*, Vol. 66, nº 1.
- VIANO E.C. 2008, "Informes Nacionales: United States of America", en *Revista Internacional de Derecho Penal*, Vol. 79.
- WATKIN K. 2004, "Controlling the use of force : a role for human rights norms in contemporary armed conflict", *American Journal of International Law*, Vol. 98.
- WEISS F. 1982, "Time limits for the prosecution of crimes against international law", en *British Yearbook of International Law*, núm. 53.
- WILLIAMS S.A. 1988, "International Law and terrorism: Age-old problems, different targets", en *Czech Yearbook of International Law*, Vol. 26.
- WOLFRUM R. 1996, "The Decentralized Prosecution of International Offences Through National Courts", en *War Crimes in International Law*, Editores: Y. DINSTEIN and T. MALA, The Hague; Martinus Nijhoff Publishers, The Hague.
- WRIGHT Q. 1947, "The Law of the Nüremberg Trial", en *American Journal of International Law*, Vol. 41, nº 1.
- WRIGHT Q. 1945, "War criminals", en *American Journal of International Law*, Vol. 39, nº 2.
- WYNGAERT C.V.D. 1991, "The suppression of war crimes under Additional Protocol I", en *Humanitarian Law of Armed Conflict*, Editors: AJM DELISSEN y G.J. TANJA, Dordrecht: Martinus Nijhoff.
- WYNGAERT C.V.D. y STESENS G. 1999, "The International non bis in idem Principle: Resolving Some of the Unanswered Questions", en *International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 48.
- WIRTH S. 2002, "Immunity for core crimes? The ICJ's judgment in the Congo v. Belgium case", en *European Journal of international law*, Vol. 13, nº 4.
- XIMENA FUENTES. 2000, "Las inmunidades de jurisdicción y el estatuto de la corte penal internacional" en *Ius et Praxis*.
- YANG L. 2005, "On the principal of complementarity in the Rome Statute of the International Criminal Court", en *Chinese Journal of International Law*, Vol. 4, nº 1.
- YÁÑEZ-BARNUEVO GARCÍA J.A. 2000, "El proceso en marcha para la ratificación y puesta en práctica del Estatuto de Roma", en *Revista Española de Derecho Militar*, Vol. 75.
- ZEMANEK K. 2000, "New Trends in the enforcement of erga omnes obligations", en *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, Vol. 4.

ZIMMERMANN A. 2006, “Violations of Fundamental Norms of International and the Exercise of Universal Jurisdiction in Criminal Matters», en *The Fundamental Rules of the International Legal Order*, Editores: C. TOMUSCHAT y J.M. THOUVENIN, Leiden: Martinus Nijhoff Publishers.

3.- Documentos de Estado, organizaciones internacionales y otros organismos públicos o privados.

Amnistía Internacional. 2010, “*Universal Jurisdiction: UN General Assembly should support this essential international justice tool*”.

Amnesty International, 2001 “*Universal jurisdiction: the duty of states to enact and implement legislation*”.

Amnistía Internacional. 2009, “*Comisión de Derecho Internacional: La obligación de extraditar o juzgar (aut dedere aut iudicare)*”, Doc. IOR 40/001/2009.

Amnistía Internacional. 2008, “*Alemania: la lucha contra la impunidad a través de la jurisdicción universal*”, EUR/23/003/2008, Madrid: Amnistía Internacional.

Consejo de Europa. 1990, Europea committee on crime problems, *Extraterritorial criminal jurisdiction*.

Concluding Observations, initial report of Israel, Doc. UN. CCPR/C/79/Add.93, de 18 agosto de 1998.

Concluding Observations, Second report of Syria, Doc. UN. CCPR/CO/71/SYR, de 24 abril de 2001.

Concluding Observations, Fourth periodic report of Morocco, Doc. UN. CCPR/C/79/Add.113, de 1 noviembre de 1999.

Comunicación nº 181/2001: Senegal. 19/05/2006, Decisión CAT/C/36/D/181/2001, de 19 de mayo del 2006.

Council of the European Union, Brussels 16 april 2009, The AU-EU *Expert Report on the Principle of the Universal Jurisdiction*, 8672/1/09 REV 1.

Decisión de la Unión africana Africana Assembly/AU/Dec.199 (XI).

Doc. UN. S/25274 de 10 de febrero de 1993.

Doc. UN. S/25417, de 16 de marzo de 1993.

Doc. UN. S/25266, de 10 de febrero 1993.

Doc. UN. S/25704, de 3 de mayo de 1993.

Doc. UN. S/2000/915 de 4 de octubre del 2000.

Doc. UN. A/C.6/65/L.10 de 3 de noviembre del 2010.

Doc. UN. A/CN.4/472, de 16 de febrero de 1996.

Doc. UN. ONU A/C.6/418, de 2 de noviembre de 1972, Anexo I.

Doc. UN A/49/10.

Doc. UN A/CN.4/L.488 y Add.1.

Doc. UN. A/CN.4/SER.A/1972/Add.1 Anuario de la CDI, 1972, Vol. II

Doc. UN. A/65/181, de 29 de julio de 2010, “Alcance y aplicación del principio de justicia universal”.

Doc. UN. CCPR/C/79/Add. 34, de 18 de abril de 1994, pára. 13.

Doc. UN A/RES/60/1 de 24 de octubre del 2005, Documento final de la cumbre mundial 2005.

Doc. UN. CCPR/C/55/D/563/1993.

Doc. UN. CCPR/C/79/Add. 17.

Doc. UN. A/8052, de fecha 18 de septiembre de 1970.

Doc. UN. A/63/237, de 3 de febrero de 2009.

Doc. UN. E/CN. 4/1984/72.

Doc. UN. A/C.6/64/SR. 12 y 13, de 1 de febrero de 2010.

Doc. UN. E/CN.4/2005/102/Add.1 de 8 de febrero del 2005.

Doc. UN. A/56/10.

Doc. UN. A/43/40.

Doc. UN. A/CN.4/SER.A/1976/Add.1.

Doc. UN E/CN.4/Sub.2./1996/18, de 20 de junio de 1996.

Doc. UN. A/CN.4/L.682.

Doc. UN. A/CN.4/596 *“Inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado”*.

Doc. E/CN.4/2005/102/Add.1, de 8 de febrero del 2005, sobre el *“Conjunto de principios y Promoción de los Derechos Humanos mediante la Lucha contra la Impunidad”*.

Doc. UN. A/CN.4/599 de 30 de mayo del 2008, *“La obligación de extraditar o juzgar”*.

Doc. UN A/CN.4/603 de 10 de junio del 2008.

Doc. UN. A/CN.4/585 de 11 de junio del 2007.

Doc. UN. A/CN.4/612, de 26 de marzo del 2009.

Doc. UN. S/1994/640 de 31 de mayo.

Doc. UN. A/CN.4/571, de 7 de junio del 2006, *“Informe preliminar sobre la obligación de extraditar o juzgar”*.

Doc. UN. S/2004/947 de 3 de diciembre.

Doc. UN. S/1994/1125 de 4 de octubre.

Doc. UN. S/1999/779 de 12 de julio.

Doc. UN. S/1998/836 de 30 de julio.

Doc. UN. A/65/181, de 29 de julio del 2010.

International Law Association, Conferencia de Londres del 2000, *Informe Final sobre el ejercicio de la jurisdicción universal en relación a la violación grave de derechos humanos*.

Letter of Prosecutor of ICC, dated 9 February 2006 (Irak).

Observación General núm. 31 del Comité de Derechos Humanos, de 26 de mayo de 2004, relativa a la *naturaleza de la obligación jurídica general impuesta a los Estados Parte del Pacto*, Doc. UN. CCPR/C/21/Rev.1/Add.13.

Observación General núm. 13 del Comité de Derechos Humanos, de 13 de abril de 1984.

Observación General núm. 32 del Comité de Derechos Humanos, de 24 de julio de 2007.

Redress. 1999, “*Universal jurisdiction in Europe: criminal prosecutions in Europe since 1990 for war crimes, genocide, torture and crimes against the humanity*”.

Res. del CSNU 1373 (2001), de 28 de noviembre del 2001.

Res. del CSNU 1566 (2004), de 8 de octubre.

Res. del CSNU 1624 (2005), de 14 de septiembre.

Res. del CSNU 1618 (2005), de 4 de agosto.

Res. del CSNU 1988 (2011), de 17 de junio.

Res. del CSNU 1976 (2011), de 11 de abril.

Res. del CSNU 1593 (2005), de 31 marzo

Res. de la UNTAET Regulation n° 2000/15, de 6 de junio, por la que se crean los Paneles Especiales para el enjuiciamiento de delitos graves en Timor-Leste

Res 260B (III) de la AGNU de 9 de diciembre de 1948.

Res. 177 (II) de la AGNU de 21 de noviembre de 1947.

Res. del CSNU 827 (1993), de 25 de mayo, por la que se crea el Estatuto del Tribunal Internacional para el castigo de los crímenes internacionales perpetrados en la antigua Yugoslavia.

Res. UN A/63/677 de la Asamblea General de las Naciones Unidas “Hacer efectiva la responsabilidad de proteger: informe del Secretario General”, de 12 de enero de 2009.

Res. CSNU 1653 de 27 de enero de 2006.

Res. 2444 (XXIII) de la AGNU.

Res. 2675 (XXV) de la AGNU.

The Cairo-Arusha Principles on Universal Jurisdiction in respect of gross human rights offenses: an African perspective.

The Chicago Principles on Post-Conflict Justice, 2007, proyecto conjunto de International Human Rights Law Institute, Chicago Council on Global Affairs, Istituto Superiore Internazionale di Scienze Criminali y Association Internationale de Droit Pénal.

The Princeton Principles on Universal Jurisdiction, Princeton University, New Jersey, 2001.

VV.AA. 2011, “La justicia universal en el derecho internacional: mesa redonda de expertos”, *Asociación Pro Derechos Humanos de España*.

Year Book of International Law Commission. 1950, Vol. II, Doc. UN A/CN.4/15.

4.- Resoluciones judiciales de órganos internacionales y nacionales.

Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 167/2002 de 18 de septiembre.

Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 140/1986, de 11 de noviembre.

Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 41/1997, de 10 de marzo.

Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 2/2003, de 16 de enero.

Sentencias del Tribunal Constitucional núm. 2/2003 de 16 de enero.

Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 29/2008, de 20 de febrero

Sentencias del Tribunal Constitucional núm. 180/2004, de 2 de noviembre.

Sentencias del Tribunal Constitucional núm. 188/2005, de 4 de julio.

Sentencias del Tribunal Constitucional núm. 334/2005, de 20 de diciembre.

Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 177/1999, de 11 de octubre.

Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 2/1981, de 30 de enero.

Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 150/1991, de 4 de julio.

Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 77/1983, de 3 de octubre.

Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 134/1986, de 29 de octubre.

Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 159/1985, de 27 de noviembre.

Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 279/1994, de 17 de octubre.

Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 237/2005, de 26 de septiembre.

Sentencia del Tribunal Supremo núm. 327/2003, de 25 de febrero de 2003.

Sentencia del Tribunal Supremo núm. 798/2007, de 1 de octubre, causa *Scilingo*.

Sentencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, de fecha 27 de febrero de 2012.

Sentencia del Tribunal Supremo núm. 327/2003, de fecha 25 de febrero.

Sentencia del Tribunal Supremo núm. 1362/2004, de 15 de noviembre

Sentencia del Tribunal Supremo núm. 798/2007, de 1 de octubre

Sentencia del Tribunal Supremo núm. 712/2003, de 20 de mayo.

Sentencia del Tribunal Supremo núm. 1240/2006, de fecha 11 de diciembre del 2006.

- Sentencia del Tribunal Supremo núm. 319/2004, de fecha 8 de marzo del 2004.
- Sentencia de la Audiencia Nacional núm. 16/2005, de fecha 19 de abril, caso *Scilingo*.
- Auto de la Audiencia Nacional, de fecha 5 de noviembre de 1998, caso *Augusto Pinochet*.
- Auto de la Audiencia Nacional, fecha 4 de noviembre de 1998, caso *Adolfo Scilingo*.
- Auto del Juzgado Central de Instrucción nº 5, de 3 de noviembre de 1998.
- Auto de fecha 6 de septiembre de 2010 de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, Diligencias Previas 264/09.
- Auto de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, de fecha 13 de diciembre de 2000.
- Auto de la Sala Penal de la Audiencia Nacional de fecha 9 de julio del 2009, en el seno de las diligencias previas 157/08.
- Auto de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, de fecha 23 de marzo del 2012, diligencias previas núm. 134/2009.
- Auto de fecha 4 de diciembre del 2009, del Juzgado Central de Instrucción nº 3 de la Audiencia Nacional, Diligencias Previas 346/2009.
- Auto de 27 de enero de 2010 del Juzgado Central de Instrucción núm. 5 de la Audiencia Nacional, diligencias previas núm. 150/2009.
- Auto de fecha 26 de noviembre de 2009, del Juzgado Central de Instrucción núm. 4 de la Audiencia Nacional, Diligencias Previas núm. 211/2009.
- Sentencia del TEDH, de fecha 13 de noviembre de 2012, caso *Margüs v. Croacia*.
- Sentencia del TEDH, de 22 de marzo del 2001 caso *Streletz, Kessler, Krenz v. Alemania*.
- Sentencia del TEDH, de 19 septiembre de 2008, caso *Korbely v. Hungría*.
- Sentencia del TEDH, de fecha 26 de abril de 1979, caso *Sunday Times v. Reino Unido*.
- Sentencia del TEDH, de fecha 12 de marzo de 2003, caso *Ocalan v. Turquía*.
- Sentencia del TEDH, 13 de enero de 1997, caso *Touvier v. Francia*.
- Sentencia del TEDH, 15 de noviembre de 2001, caso *Papon v. Francia*
- Sentencia del TEDH, de 17 de enero de 2006, caso *Kolk y Kislyiy v. Estonia*.
- Sentencia del TEDH, de fecha 16 de noviembre de 2004, caso *Issa v. Turquía*.
- Sentencia del TEDH de 2 de noviembre de 2004, caso *Abdulsamet v. Turquía*
- Sentencia del TEDH, de fecha 8 de abril de 2008, caso *Ali Ayse Duran v. Turquía*.
- Sentencia del TEDH, de fecha 30 de enero de 2007, caso *Kazim Gündogan v. Turquía*.
- Sentencia del TEDH, de fecha 16 de enero de 2007, caso *Veli Tosun v. Turquía*.
- Sentencia del TEDH, de fecha 18 de diciembre de 1996, caso *Akasoy v. Turquía*.
- Sentencia del TEDH, de fecha 8 de julio de 1999, caso *Tanrikulu v. Turquía*.
- Sentencia del TEDH, de fecha 13 de enero de 2009, caso *Yeter v. Turquía*.

- Sentencia del TEDH, de 19 de enero del 2010, caso *Tuna v. Turquía*.
- Sentencia del TEDH, de 16 de abril del 2012, *case of Janowiec and others v. Russia*.
- Sentencia del TEDH, de fecha 7 de julio de 2011, caso *Al-Skeini y otros v. Reino Unido*.
- Sentencias del TEDH, de 21 de enero de 1999, caso *Van Geyseghem v. Bélgica*.
- Sentencia del TEDH, de 13 de febrero del 2001, caso *Krombach v. Francia*.
- Sentencia del TEDH, de 17 de mayo de 2010, *caso Kononov v. Letonia*.
- Sentencia del TEDH, de fecha 12 de julio de 2007, caso *Jorgic v. Alemania*.
- Sentencia del TEDH, de 28 de octubre de 1999, caso *Brumaresco v. Rumanía*.
- Sentencia del TEDH, de fecha 26 de julio de 2007, caso *Cobzaru v. Rumania*.
- Sentencia del TEDH, de fecha 24 de febrero de 2005, caso *Khachiev v. Rusia*.
- Sentencia del TEDH, de fecha 10 de febrero de 2004, caso *Gennadiy Naumenko v. Ucrania*.
- Sentencia del TEDH, de fecha 18 de mayo de 2000, caso *Veliboka v. Bulgaria*
- Sentencia del TEDH, de fecha 24 de mayo del 2007, caso *Dragotoni v. Rumania*.
- Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, asunto C-288/05, de 18 de julio de 2007, caso *Kretzinger*.
- Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en los asuntos acumulados C-187/2001 y C-385/2001, de 11 de febrero de 2003 (Petición de decisión prejudicial del *Oberlandesgericht Köln y Rechtbank van eerste aanleg te Veurne*): *Hüseyin Güzütok* (Asunto C-187/2001) y *Klaus Brügge* (Asunto C-385/2001), (2003) ECR I-5689.
- Opinión consultiva de la CIJ, de 9 de julio del 2004, sobre *las consecuencias jurídicas de la construcción de un muro en el territorio ocupado de Palestina*.
- Opinión Consultiva de la CIJ, de 8 de Julio de 1996, sobre *la legalidad de la amenaza o el empleo de armas nucleares*.
- Opinión Consultiva de la CIJ, de 9 de julio del 2004, sobre *las consecuencias jurídicas de la construcción de un muro en el territorio ocupado de Palestina*.
- Sentencia de la CPJI, de 7 de septiembre de 1927, caso S.S. Lotus (Francia v. Turquía).
- Sentencia de la CIJ, de 6 de abril de 1955, caso *Nottebohm*.
- Sentencia de la CIJ, de 5 de febrero de 1970, caso *Barcelona Traction*.
- Sentencia de la CIJ, de 11 de julio de 1996, caso *Bosnia-Herzegovina v. Yugoslavia*
- Sentencia de la CIJ, de 14 de febrero de 2002, caso *Arrest Warrant (Bélgica v. Congo)*
- Sentencia de la CIJ, de 27 de junio de 1986, caso *Nicaragua v. Estados Unidos*.
- Sentencia de la CIJ, de 19 de diciembre de 2005, caso *Congo v. Uganda*.
- Sentencia de la CIJ, de 20 de Julio de 2012, caso *Questions relating to the obligation to prosecute or extradite (Bélgica v. Senegal)*.

Sentencia de la CIDH, de 19 de noviembre de 1999, caso *Villagrán Morales v. Guatemala*, serie C, n° 63.

Sentencia de la CIDH de 27 febrero de 2002, caso *Trujillo Oroza v. Bolivia*, serie C, n° 92.

Sentencia de la CIDH de 15 de junio de 2005, caso de la *Comunidad de Moiwana v. Surinam*, serie C, n° 124.

Sentencia de la CIDH, de 22 de septiembre de 2006, caso *Goiburú y otros v. Paraguay*, (Fondo, Reparaciones y Costas).

Sentencia de la CIDH, de 30 de mayo de 1999, caso *Castillo Petruzzi*.

Sentencia de la CIDH, de 29 de noviembre de 2006, caso *La Cantuta*.

Sentencia de la CIDH, de 25 de noviembre de 2000, caso *Bámaca Velásquez v. Guatemala*.

Sentencia de la CIDH, de 14 de marzo de 2001, caso *Barrios Altos v. Perú*.

Sentencia de la CIDH, de 18 de agosto de 2000, caso *Cantoral Benavidez v. Perú*.

Sentencia de la CIDH, de 8 de julio de 2004, caso de los *Hermanos Gómez Paquiyauri v. Perú*.

Sentencia de la CIDH, de 26 de septiembre de 2006, caso *Almonacid Arellano v. Chile*.

Sentencia de la CIDH, de 7 de junio de 2003, caso *Juan Humberto Sánchez v. Honduras*.

Sentencia de la CIDH, de fecha 25 de octubre de 2012, caso *Masacre del Mozote v. El Salvador*.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos, informe 62/02 de 22 de octubre del 2002, caso 12.285, caso *Michael Domínguez v. Estados Unidos*.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe n° 55/97 de 18 de noviembre de 1997, caso 11.137 *Juan Carlos Abella*.

Prosecutor v. Dusko Tadic, IT-94-1-AR72, Decision on the defence motion for interlocutory appeal on jurisdiction, 2 October 1995.

Prosecutor v. Slobodan Milosevic, IT-02-54-T, decisión on motion for judgment of acquittal 16 June 2004.

Prosecutor v. Pavle Strugar, IT-01-42-PT, Trial Chamber decision on defence preliminary motion challenging jurisdiction, 7 June 2002.

Prosecutor v. Pavle Strugar, Decision on interlocutory appeal, 22 November 2002, IT-01-42-AR72.

Prosecutor v. Milan Milutinovic, Nikola Sainovic y Dragoljub Ojdanic, Decision on Dragoljub Ojdanic Motion challenging jurisdiction-joint criminal enterprise”, IT-99-37-AR72, 21 May 2003.

Prosecutor v. Enver Hadzihasanovic et al., “Decision on interlocutory appeal challenging jurisdiction in relation to command responsibility” de 16 de Julio del 2003, IT-01-47-AR72.

Prosecutor v. Ntuyahaga, ICTR-98-40-T, Decision on the Prosecutor motion to withdraw the indictment, 18 March 1999.

Sentencia del TPIY (Trial Chamber), de fecha 10 de diciembre de 1998, *Prosecutor v. Furundzija*, IT-95-17/1-T.

Sentencia del TPIY (Trial Chamber), de 14 de enero de 2000, *Prosecutor v. Kupreskic* IT-95-16-T.

Sentencia del TPIY (Appeal Chamber), de 12 de junio de 2002, *Prosecutor v. Kunarac et al*, IT-96-23/1-A.

Sentencia del TPIY (Trial Chamber), de 31 de julio de 2003, *Prosecutor v. Stakic*, IT-97-24-T.

Sentencia del TPIY (Appeal Chamber), de 20 de febrero de 2001, *Prosecutor v. Delalic et al*, IT-96-21-A.

Sentencia del TPIY (Trial Chamber), de 7 de mayo de 1997, *Prosecutor v. Tadic*, IT-94-1-T.

Sentencia del TPIY (Trial Chamber) de 16 de noviembre de 1998, *Prosecutor v. Delalic*, IT-96-21-T.

Sentencia del TPIY (Appeal Chamber), de 24 de marzo de 2000, *Prosecutor v. Aleksovski*, IT-95-14/1-A.

Sentencia del TPIY (Trial Chamber), de 29 de noviembre de 2002, *Prosecutor v. Vasiljevic*, IT-98-32-T.

Sentencia del TPIY (Trial Chamber), *Prosecutor v. Strugar*, IT-01-42-T.

Sentencia del TPIY (Trial Chamber), de 26 de febrero de 2001, *Prosecutor v. Kordic and Cerkez*, IT-95-14/12-T.

Sentencia del TPIY (Trial Chamber), de 3 de marzo de 2000, *Prosecutor v. Blaskic*, IT-95-14-T.

Sentencia del TPIY (Appeal Chamber), de 29 de julio de 2004, *Prosecutor v. Blaskic*, IT-95-14-A.

Sentencia del TPIY (Trial Chamber), de 5 de diciembre de 2003, *Prosecutor v. Galic* IT-98-29-T.

Sentencia del TPIY (Trial Chamber), de 31 de marzo de 2003, *Prosecutor v. Naletilic and Martinovic*, IT-98-34-T.

Sentencia del TPIY (Trial Chamber), de 30 de noviembre de 2005, *Prosecutor v. Limaj et al*. IT-03-66-T.

Sentencia del TPIY (Trial Chamber), de 16 de noviembre de 2005, *Prosecutor v. Sefer Halilovic*, IT-01-48-T.

Sentencia del TPIR (Trial Chamber), de 21 de mayo de 1999, *Prosecutor v. Kayishema y Ruzindana* ICTR-95-1-T.

Sentencia del TPIR (Trial Chamber), de 2 de septiembre de 1998, *Prosecutor v. Akayesu*, ICTR-96-4-T.

Sentencia del TPIR (Trial Chamber), de 4 de septiembre de 1998, *Prosecutor v. J. Kambanda*, ICTR-97-23-S.

Sentencia del TPIR (Trial Chamber) de 21 de mayo de 1999, *Prosecutor v. Kayishema y Ruzindana*, ICTR-95-1-T.

Sentencia del SCSL (Trial Chamber), de 2 de marzo de 2009, *Prosecutor v. Sessay, Kallon y Gbao* SCSL-04-15-T.

Prosecutor v. Augustine Gbao, SCSL-04-15-PT-141, decision del SCSL 25 May 2004.

Prosecutor v. M. Kallon, decisión on challenge to jurisdiction: Lomé Accord amnesty, 13 March 2004, SCSL-2004-15-AR72.

Sentencia del SCSL, de 31 de mayo del 2004, caso *Sam Hinga Norman*, SCSL-2004-14-AR72(E)

Prosecutor v. Charles Taylor, decisión del SCSL de 31 de mayo de 2004.

Prosecutor v. Kalon, Hinga y Kamara, SCSL 04-14-PT-035II, Decisión del SCSL de 13 de marzo del 2004.

Prosecutor v. Mustafa Amine Badreddine, Salim Jamil Ayyash, Hussein Hassan Oneissi y Assad Hassan Sabra, Interlocutory decision on the applicable law: terrorism, conspiracy, homicide, perpetration, cumulative charging, 16 February 2011, STL-11-01/I.

Sentencia de la ECOWAS, de 18 de noviembre del 2010, n° ECW/CCJ/JUD/06/10, case *Hissein Habré*.

Sentencia del ECCC (Trial Chamber), de 26 de julio de 2010, *Prosecutor v. KAING Guek Eav alias Duch* ECCC, 001/18-07-2007/ECCC/TC.

Prosecutor v. IENG Sary's, decision on IENG Sary's Rule 89 preliminary objections (*ne bis in idem*, amnesty and pardon), 3 November 2011, case n° 2/19-09-2007/ECCC/TC.

Prosecutor v. IENG Sary, Decision on IENG Sary's appeal against the closing order, 11 April 2011, 002/19-09-2007-ECCC/OCIJ (PTC75).

Sentencia de la CPI de 14 de marzo de 2012, *Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo* ICC-01/04-01/06.

Situation in Kenya (ICC-01/09) Decision Pursuant to article 15 of the Rome Statute on the authorization of an investigation into the situation in the Republic of Kenya, 31 March 2010.

Prosecutor v. Bemba (ICC-01/05-01/08), Decision on the Prosecutor's application for a warrant of arrest against Jean Pierre Bemba Gombo, 10 June 2008.

Prosecutor v. Jean Pierre Bemba, confirmation of charges de 15 de junio del 2006, ICC-01/05-01/08-424.

Prosecutor v. Lubanga, ICC-01/04-01/06-8, Decision on the prosecutor's application for a warrant of arrest, 10 February 2006.

Prosecutor v. Francis Kirimi Muthaura, Uhuru Muigai Kenyatta and Mohammed Hussein Ali, ICC-01/09-02/11, Decision on the confirmation on charges pursuant to article 61(7)(a) of the Rome Statute, 23 January 2012.

Prosecutor v. Al Bashir, ICC-02/05-01/09, Decision on the prosecution application for a warrant of arrest against Omar Hassan Ahmad Al Bashir, 4 March 2009.

Prosecutor v. Muammar Mohammed Abu Minyar Gaddafi, Saif Al-Islam Gaddafi, Abdulla Al-Senussi, Decision on the prosecutor's application pursuant to article 58, ICC-01/11, 27 June 2011.

Situation in Mali art. 53 (1) report, 16 January 2013, The office of Prosecutor of International Criminal Court.

Situation in Darfur, Sudan, Decision on application under the Rule 103 (ICC-02/05), 4 february 2009.

Cutting case, 1887 FOR. REL. 751 (1888).

Court of Appeals for the District of Columbia Circuit, *United States v. Yunis* 927 F.2d 1086 (1991).

Court of Appeals for the Second Circuit, *United States v. Yousef* 327 F.3d 56 (2003).

United States Supreme Court, *Hamdan v. Rumsfeld* 126 S. ct. 2749 (2006).

United States Court of Appeals, Ninth Circuit, *Siderman de Blake v. The Republic of Argentina*, 965 F.2d 699, 717 (9th Cir. 1992).

United States District Court, District of Columbia, *Flatow v. Islamic Republic of Iran*, judgment 11 March 1998.

United States Court of Appeals, Sixth Circuit, *U.S. v. Demjajuk Petrovsky*. 776 F.2d 571, de 31 de octubre de 1985.

Sentencia de la CPJI, de 7 de febrero de 1923, caso *Nationality Decrees in Tunis and Morocco*.

Sentencia de la CIDH, de 29 de julio de 1988, caso *Velásquez Rodríguez v. Honduras*.

Dictámenes de la Corte Internacional de Justicia de fecha 30 de marzo de 1950 y de 18 de julio de 1950, caso *Interpretation of peace treaties*.

Criminal case 40/61 de 1961, Distrito de Corte de Jerusalén, *Eichmann v. Israel*.

Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina, resolución de 2 de noviembre de 1995, caso *Priebke solicitud de extradición*.

Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina, resolución de 22 de diciembre del 2010, causa *J. Videla et al*, expediente 172/09 y M-13/09.

Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina, resolución de fecha 24 de agosto del 2004, caso *Arancibia Clavel*.

Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina, resolución de fecha 14 de junio del 2005, causa *Simón*.

Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina, resolución de fecha 2 de noviembre de 1995, caso *Priebke solicitud de extradición*.

Nulyarimma v. Thomson, Australian Federal Court (1999) FCA 1192.

Polyukhovitch v. Commonwealth (1991) 172 CLR 501 High Court of Australia.

Sentencia de la Corte Suprema del Canadá, de 24 de marzo de 1994, caso *Regina v. Finta*

Sentencia de la Corte Suprema de Chile (Sala Penal) de fecha 16 de diciembre del 2006, caso *Molco Choshuenco*.

Sentencia del Pleno Jurisdiccional del Tribunal Constitucional del Perú, de fecha 21 de marzo de 2011.

Bundesgerichtshof, sentencia de 13 de febrero de 1994, parcialmente reimpressa en *Neue Zeitschrift für Strafrecht* 232.

Public Prosecutor v. Djajic, Bayrisches Oberlandesgericht, de 23 mayo de 1997, decisión reimpressa en *Neue juristische wochenschrift*.

Bundesgerichtshof, sentencia de 11 de diciembre de 1998, parcialmente reimpressa en *Neue Zeitschrift für Strafrecht* 236.

Public Prosecutor v. Jorgic, Oberlandesgericht Düsseldorf, de 26 septiembre de 1997, reimpressa parcialmente en *Neue Zeitschrift für Strafrecht* 396.

Oberlandesgericht Düsseldorf, sentencia de 29 de noviembre de 1999, reimpressa posteriormente en *Neue Juristische Wochenschrift* (2001).

Arnhem District Court, Military Chamber, Decision n° 05/07805-95, 21 de febrero de 1996.

District Court of Amsterdam, orden de 20 de noviembre de 2000.

Hoge Raad der Nederlanden, judgment 18 September 2001.

Hoge Raad der Nederlanden, judgment 8 July 2008.

Sentencia de fecha 22 de mayo de 2009, de la Corte Superior de Quebec.

Attorney General of the Government of Israel v. Eichmann, *Supreme Court*. 1962, en *International Law Reports*, Vol. 36.

High Court of Australia, *Polyukhovihc v. Commonwealth of Australia*, judgment 14 August 1991.

Trials of war Criminals before the Nüremberg Military Tribunals under Control Council n° 10. 1950, Washington: United States Government, Vol. XI, *The Hostages Case*.

Trials of war Criminals before the Nüremberg Military Tribunals under Control Council n° 10. 1950, Washington: United States Government, Vol. X, *Krupp case*.

Law Reports of Trials of War Criminals. 1947, “*The Hadamr Trial*”, en *United Nations War Crimes Commission*, Vol. I.

Law Reports of Trials of War Criminals. 1947, “*The Abbaye Ardene case*”, en *United Nations War Crimes Commission*, Vol. IV.

Law Reports of Trials of War Criminals. 1947, “*The Peleus Trial*”, en *United Nations War Crimes Commission*, Vol. I.

House of Lords, 1938, “*Compañía Naviera Vascongado v. S.S Cristina and all Persons claiming an interest therein*”, Judgment, 12 march 1938.