

Causas y primeros efectos de la Ley Orgánica 1/2009 por la que se reforma el principio de jurisdicción universal en España

*Causes and early effects of Organic Law 1/2009 which
reforms the Principle of universal jurisdiction in Spain*

José Elías Esteve Moltó*

Resumen

De acuerdo con el estudio de los antecedentes de la aplicación del principio de jurisdicción universal por los tribunales españoles, se denota un oficiamiento en cuanto al reconocimiento efectivo de los derechos humanos, todo esto impulsado por una serie de reformas de carácter legislativo que surgen gracias, por una parte, a la necesaria adaptación de la legislación española al derecho penal internacional, y por otra, a las presiones políticas y diplomáticas. Se introdujo la aplicación de un principio de jurisdicción universal para resolver como un ejercicio de la justicia que debe a toda costa limitarse, por unos criterios como son la conexión con un interés nacional, el principio de subsidiariedad y la aplicación de un test de razonabilidad. A través de la Ley orgánica 1 del año 2009 se dio una nueva etapa en la justicia española que ha influido en gran escala en el derecho internacional, por su contribución a la consecución de un mundo más justo y seguro, y a consolidar el derecho internacional, en lugar de la violencia, como forma habitual de solucionar los conflictos.

* Profesor contratado doctor de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales, Universitat de València; abogado investigador de las causas Tíbet y Birmania en la Audiencia Nacional.

Palabras clave

principio de jurisdicción universal, justicia, jurisdicción, derechos humanos, derecho internacional, derecho penal internacional.

Abstract

According to the study of the background of the application of the principle of universal jurisdiction for the Spanish courts, an officiousness is denoted in terms of the effective recognition of human rights, all this driven by a series of legislative reforms that arises thanks on the one hand, to the necessary adjustment of the Spanish legislation to the International Criminal law, and on the other, to the political and diplomatic pressures. It was inserted the application of a principle of universal jurisdiction to solve as an exercise of justice that must at all costs be limited, by criteria such as connection to a national interest, the principle of subsidiarity and the application of a test of reasonableness. Through Organic Law 1 of the year 2009 was gave a new stage in the Spanish justice that has influenced on a large scale the international law, for its contribution to the achievement of a more just and sure world, and to strengthen international law, rather than the violence, as a common way of solving conflicts.

Key words

principle of universal jurisdiction, justice, jurisdiction, human rights, international law, international criminal law.

Introducción

Hasta la reforma del principio de jurisdicción universal en octubre de 2009, la legislación española resultaba ser una de las más progresistas a la hora de perseguir de forma eficaz la criminalidad internacional. Efectivamente, desde 1985 con la aprobación de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ), su artículo 23.4 establecía que la jurisdicción española era competente para conocer una serie de crímenes internacionales con independencia de la nacionalidad de las víctimas y de los presuntos responsables y del lugar de la comisión del delito¹.

En este contexto, además de esta disposición, resulta relevante señalar desde un punto de vista procesal, que la acción penal puede iniciarse en España tanto por el Ministerio Fiscal (opción jamás ejercitada en aplicación del principio de jurisdicción universal en casos por violaciones de derechos humanos), como a instancia de parte. En este último caso, el inicio de un proceso se materializa a través de interposición de una denuncia o querrela por parte de las víctimas (acusación particular) o por ciudadanos o asociaciones que acrediten un interés particular en el caso o actúen en defensa de las víctimas (*actiopopularis*)²; factor que dinamiza aún más la lucha contra la impunidad.

Ahora bien, a pesar de la avanzada legislación española en materia de jurisdicción universal, la misma permaneció aletargada hasta que en marzo de 1996, la Unión Progresista de Fiscales, encabezada por el fiscal Anticorrupción, Carlos Castresana, presentó una denuncia insólita ante los Juzgados Centrales de Instrucción de la Audiencia Nacional al amparo de lo establecido en el artículo 23.4 de la LOPJ. Se acusó a los miembros de la Junta militar argentina de genocidio, terrorismo y torturas³. Meses más tarde, el 4 de julio de ese mismo año, esta asociación presentó otro escrito en los mismos términos contra Augusto Pinochet y la cúpula militar

¹ BOE número 157 de 2/7/1985, pp. 20632 a 20678. Artículo 23.4 LOPJ: "Igualmente será competente la jurisdicción española para conocer de los hechos cometidos por españoles o extranjeros fuera del territorio nacional susceptibles de tipificarse, según la Ley penal española, como alguno de los siguientes delitos:

- a. Genocidio.
- b. Terrorismo.
- c. Piratería y apoderamiento ilícito de aeronaves.
- d. Falsificación de moneda extranjera.
- e. Los delitos relativos a la prostitución y los de corrupción de menores o incapaces. (Modificado por disposición final única de Ley Orgánica 11/1999, de 30 de abril).
- f. Tráfico ilegal de drogas psicotrópicas, tóxicas y estupefacientes.
- g. Los relativos a la mutilación genital femenina, siempre que los responsables se encuentren en España (Añadido por el artículo único de la Ley Orgánica 3/2005, de 8 de julio.)
- h. Y cualquier otro que, según los tratados o convenios internacionales, deba ser perseguido en España".

² Artículo 125 de la Constitución Española, regulada en los artículos 19.1 y 20.3 de la LOPJ.

³ La denuncia íntegra en español puede consultarse en <http://www.derechos.org/nizkor/arg/espana/inicial.html>

chilena. Se les acusaba de la comisión de los mismos crímenes internacionales perpetrados, no sólo contra ciudadanos españoles, sino también contra otras víctimas con independencia de su nacionalidad. El juez encargado de instruir estos hechos (instrucción que se conoce bajo la denominación “Operación Cóndor”), fue Baltasar Garzón.

Al proceso se fueron adhiriendo todo tipo de organizaciones de derechos humanos, víctimas y asociaciones de víctimas, no sólo de España, sino de Argentina, Chile, Europa y Estados Unidos, que a su vez comenzaron a testificar sobre los crímenes cometidos por las dictaduras del Cono Sur. Pero el proceso suscitó el interés de toda la comunidad internacional, cuando el 16 de octubre de 1998, el dictador Augusto Pinochet fue detenido en Londres, al cursarse una orden de búsqueda y captura decretada por el Juzgado Central de Instrucción nº 5 de la Audiencia Nacional⁴.

Todas las resoluciones judiciales en España derivadas de este caso y en concreto el auto de procesamiento de Pinochet (Ratner, 2000; Pigrau, 2000; Remiro, 1999), no sólo pusieron por primera vez en práctica el principio de la jurisdicción universal (Sánchez, 2001-2002, p. 17-53), sino que la interpretación absoluta que se hizo del mismo en favor de las víctimas, animó a que otros casos de impunidad se presentaran ante la Audiencia Nacional. Así pues las repercusiones a nivel nacional e internacional del caso resultan innegables y extensas, desde ese proceso de tentativa de extradición del dictador chileno⁵.

Desde entonces la interpretación y aplicación del principio de jurisdicción universal había sido entendida por unos, como un ejercicio de la justicia que debe a toda costa limitarse, por unos criterios como son la conexión con un interés nacional, el principio de subsidiariedad y la aplicación de un *test de razonabilidad*; mientras que otros venían defendiendo que dichos condicionamientos contradecían el interés de la legislación internacional a la hora de combatir la impunidad⁶. Sea como

⁴ Juzgado Central de Instrucción nº 5 de la Audiencia Nacional, Procedimiento sumario 19/97, terrorismo y genocidio: “operación Cóndor”, Auto de procesamiento de 10 de diciembre de 1998. María del Carmen Márquez Carrasco y Joaquín Alcalde Fernández, “In Re-Pinochet”, AJIL 93 nº 3, (1999), pp. 690-696.

⁵ Naomi Roht-Arriaza, The Pinochet Effect and the Spanish Contribution to Universal Jurisdiction, in International Prosecution of Human Rights Crimes, pp. 115-23.

⁶ Debe destacarse la interpretación purista que del mismo efectúan juristas, como los participantes en el Princeton Project on Universal Jurisdiction, cuyas directrices básicas han sido aplicadas en la práctica en distintos pronunciamientos judiciales emitidos por los tribunales españoles, cfr. The Princeton Principles on Universal Jurisdiction, Princeton University, New Jersey, 2001. Véase también: B. Broomhall, International Justice and the International Criminal Court, Oxford, 2003, p. 112; N.H.B. Jorgensen, The Responsibility of States for International Crimes, Oxford, 2003, p. 35. En España, M. OlléSesé, “Crímenes contra la humanidad y jurisdicción universal”, La Ley Penal nº 25 (2006),

fuere, los tribunales españoles se fueron pronunciado al respecto y poniendo de manifiesto los razonamientos jurídicos que se sustentan en el derecho internacional, (convencional y consuetudinario invocando al derecho de Nuremberg⁷), tanto para motivar la aplicación práctica de la jurisdicción universal en un sentido absoluto, como para frenar el supuesto ejercicio abusivo de ese mismo derecho.

Lo cierto es que la sentencia del Tribunal Constitucional de 26 de septiembre de 2005 sobre el caso Guatemala aparentemente parecía haber zanjado en cierta medida esta discusión al reconocer en términos absolutos la competencia de la jurisdicción española para perseguir los crímenes universales⁸. De esta forma en esta resolución judicial se ordenaba que nuestros tribunales debían investigar el delito de genocidio en Guatemala, aún cuando las víctimas no fueran españolas, ni los presuntos responsables se encontraran en nuestro territorio⁹; anulando así, en este extremo,

pp. 5-20; J.M Gómez Benítez. El exterminio de grupos políticos en el derecho penal internacional: entre el genocidio y los crímenes contra la humanidad, en Revista de Derecho y Proceso Penal, 2000, nº 4, pp. 147 y ss. En contraposición, G. Fletcher, "Against universal jurisdiction", JICJ 1 (2003), p. 580; H. Kissinger, "The pitfalls of universal jurisdiction: risking judicial tyranny", Foreign Affairs, July/August 2001. En España, Rodríguez Fernández y Echarri Casi, "El derecho a la denominada jurisdicción universal", La Ley, nº 6377, 13 diciembre 2005; Rodríguez Ramos, "La extradición de Pinochet: error jurídico y ¿error político?", La Ley 4, (1999).

⁷ Siguiendo esta interpretación absoluta, la Audiencia Nacional por primera vez en una sentencia histórica se ha hecho eco del derecho de Nuremberg. En esta primera resolución condenatoria de un acusado (caso Scilingo), no ha dudado en reconocer su obligatoriedad para el Estado Español, llegando a afirmar (apoyándose asimismo en la jurisprudencia del Tribunal Internacional para la antigua Yugoslavia), que: "La opinión según la cual los principios de Nuremberg entrarían en el ámbito del Derecho Internacional consuetudinario estimamos que ha pasado a considerarse indiscutible tras la resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas 3074 (XXVIII) de 3 de diciembre de 1973 que proclamaba la necesidad de una cooperación internacional en lo que respecta a la detección, arresto, extradición y castigo de los individuos culpables de crímenes de guerra y de crímenes contra la humanidad. Se puede añadir aquí que, en muchas resoluciones dictadas por los tribunales penales internacionales "ad hoc" actuales, se ha afirmado y aceptado la tesis de que "desde el Estatuto de Nuremberg, el carácter consuetudinario de la prohibición de los crímenes contra la humanidad y la imposición de la responsabilidad penal individual por su perpetración no han sido seriamente discutidos (Asunto Tadic del TPIY)", cfr. Sentencia por crímenes contra la humanidad en el caso Adolfo Scilingo, de 19 de abril de 2005, Sección Tercera de la Sala de lo Penal, sentencia num.16/2005, fundamento de derecho 2.1.

⁸ Sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Constitucional de 26 de septiembre de 2005, sentencia nº 237/2005 en http://www.tribunalconstitucional.es/jurisprudencia/Stc_ing/STC2007-237-2005.html. La doctrina ha interpretado de forma diametralmente opuesta la sentencia del Tribunal Constitucional de 26 de septiembre de 2005, sentencia nº 237/2005, Antoni Pigrau Solé, "A propósito de la Sentencia 237/2005 del Tribunal Constitucional, de 26 de septiembre de 2005, en el caso Guatemala y de su interpretación por la Audiencia Nacional", REDI, vol. LVII (2005), pp. 893-910; Juan Santos Vara, "La jurisdicción de los tribunales españoles para enjuiciar los crímenes cometidos en Guatemala", REE111 (2006), pp. 1- 21. En contraposición, Romualdo Bermejo García y Carlos Ruiz Miguel, "Jurisprudencia en materia de Derecho Internacional Público: una sentencia incongruente, restrictiva e irresponsable (nota a la Sentencia 237/2005 del Tribunal Constitucional)", REDI, vol. LVII (2005), pp. 911-924.

⁹ Sobre la presencia del acusado en territorio nacional, véase Antonio Cassese, "Is the bell tolling for universality? A plea for a sensible notion of universal jurisdiction, JICJ 1 (2003), pp. 589-595.

la Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de febrero de 2003¹⁰. Es más, se concluyó argumentando que el único límite que expresamente contemplaba la misma LOPJ a la jurisdicción universal era aquel, por el cual “el delincuente no haya sido absuelto, indultado o penado en el extranjero, o, en este último caso, no haya cumplido la condena”¹¹. Siguiendo con este razonamiento, y rebatiendo el auto del Pleno de la Audiencia Nacional de 13 de diciembre de 2000, el Tribunal Constitucional determinaba que para ejercer la jurisdicción universal sería suficiente con que se aportara, “de oficio o por la parte actora, indicios serios y razonables de la inactividad judicial que vinieran a acreditar una falta, ya de voluntad, ya de capacidad para la persecución efectiva de los crímenes”¹², en el país donde se habían cometido estos hechos.

Durante todo el tiempo de resolución del caso Guatemala, en la Audiencia Nacional estaba pendiente de resolver la apelación de la querrela presentada por la presunta comisión de crímenes internacionales en el Tíbet. Finalmente el 16 de enero de 2006 la sección Cuarta de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional dictó un auto por el cual admitió a trámite la querrela¹³. La importancia de este fallo se encuentra en que, en la primera ocasión que tuvo este tribunal de pronunciarse sobre la jurisdicción universal tras la sentencia del caso del genocidio en Guatemala, la balanza se inclinó por una interpretación absoluta a favor de la justicia de las víctimas. Es más, posteriormente, esta tesis fue ratificada por el Tribunal Constitucional en una segunda sentencia en el llamado caso Falun Gong¹⁴.

Desde entonces se continuaron instruyendo en la Audiencia Nacional los casos ya admitidos a trámite como el de Ruanda¹⁵ y Couso¹⁶ y fueron admitiéndose otras

¹⁰ Sentencia del Tribunal Supremo sobre el caso Guatemala por genocidio, Sala de lo Penal, sentencia nº 327/2003, recurso de casación, nº 803/2001, <http://sentencias.juridicas.com/docs/00184214.html>

¹¹ Artículo 23.2.c LOPJ, al que remite el apartado 5 de ese mismo artículo, “5. En los supuestos de los apartados 3 y 4 será de aplicación lo dispuesto en la letra c) del apartado 2 de este artículo”.

¹² Sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Constitucional de 26 de septiembre de 2005, sentencia nº 237/2005, Cuarto Fundamento de Derecho. Naomi Roth-Arriaza, “Guatemala Genocide Case. Judgment No.STC237/2005”, AJIL 100(2006), pp. 207-213. Hervé Ascensió, “The Spanish Constitutional Tribunal’s Decision in Guatemalan Generals”, JICJ4 (2006), pp. 586-594.

¹³ Auto 16 de enero de 2006, sección Cuarta de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, Rollo de Apelación 196/05, Diligencias Previas 237/05.

¹⁴ Sentencia del Tribunal Constitucional 227 de 22 de octubre de 2007, en cuyo Fundamento de Derecho 5º exponía que: “(...) este Tribunal, por las razones que se transcribirán a continuación, ha declarado que la exigencia de vínculos o elementos de conexión para la entrada en juego de la regla jurisdiccional del art. 23.4 LOPJ, expresada en la Sentencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo de 25 de febrero de 2003 es contraria al derecho a la tutela judicial efectiva, en su vertiente de derecho de acceso al proceso (art. 24.1 CE)”.

¹⁵ Auto de 6 de abril de 2005, Juzgado Central de Instrucción nº 4, Audiencia Nacional, Diligencias previas nº 55/2005. Jordi Palou Loverdos en: “Esperanzas para la justicia universal”, Abogados, febrero 2007, pp. 60-63 y “Crímenes de guerra contra españoles, ruandeses y congolese en África Central (1990-2006): El conflicto de los Grandes Lagos desde la perspectiva de los Derechos Humanos y el Derecho Internacional Humanitario”, REEI, (2006) en [http://www.reei.org/reei%2013/PalouLoverdos\(reei13\).pdf](http://www.reei.org/reei%2013/PalouLoverdos(reei13).pdf)

causas¹⁷, como las de los Vuelos de la CIA¹⁸, Sahara¹⁹, Falun Gong²⁰, El Salvador²¹, Palestina²², dirigentes de las SS de la Alemania Nazi²³, Guantánamo²⁴ y la dirigida contra seis miembros del equipo del Presidente estadounidense Bush²⁵. Todo ello fue provocando que España se fuera convirtiendo en un refugio legal para las víctimas de conflictos olvidados, a la vez que punto de mira y de conflictos diplomáticos con distintos países, cuyos gobernantes comenzaban a ser perseguidos por sistemáticas violaciones de los Derechos Humanos.

1. Causas de la reforma

1.1 La necesaria adaptación de la legislación española al derecho penal internacional

A pesar de que la legislación española, como se ha mencionado, era flexible a la hora de atribuir la competencia a la jurisdicción española en materia de crímenes internacionales, se venía exigiendo la necesidad de reformas legislativas para ajustar nuestras normas internas al Derecho Penal Internacional.

¹⁶ La querrela por el asesinato del periodista Couso en Bagdad por tropas estadounidenses fue admitida a trámite el 9 de julio de 2003. Posteriormente, tras haberse dictado órdenes de arresto internacional, la Sala de lo Penal, Sección Segunda de la Audiencia Nacional, archiva el caso mediante auto de 8 de marzo de 2006, el cual fue recurrido en casación. La Sala de lo Penal del Tribunal Supremo ordenó la reapertura del caso, fundándose en buena medida en la sentencia Guatemala del Tribunal Constitucional, Sentencia nº 1240/2006, de 5 de diciembre de 2006.

¹⁷ A. Pigrau Solé, 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. Oficina de Promoción de la Paz y de los Derechos Humanos, Generalitat de Catalunya, (2009, p. 93-108).

¹⁸ Auto de 9 de junio de 2009, Diligencias Previas 109/2006, Juzgado Central de Instrucción nº 2, Audiencia Nacional. Ignasi Guardans Cambó, "Entregas extraordinarias, torturas y vuelos de la CIA", en Antonio Cuerda Riezu y Francisco Jiménez Garcías, Nuevos desafíos del Derecho Penal Internacional, Tecnos, (2009, p. 47-72).

¹⁹ Auto de 29 de octubre de 2007, Juzgado Central de Instrucción nº 5, Audiencia Nacional, Procedimiento Abreviado 362/2007.

²⁰ En total se han presentado cuatro querrelas por el grupo Falun Gong. Aunque en un principio no fueron admitidas a trámite por el Juzgado Central de Instrucción nº 2 de la Audiencia Nacional, posteriormente prosperaron los recursos ante instancias judiciales superiores, véase la Sentencia del Tribunal Constitucional 227 de 22 de octubre de 2007, Recurso de Amparo nº 3382-2005 y la sentencia 645/2006 del Tribunal Supremo, Sala Segunda, de 20 de junio de 2006, recurso de casación nº 1395/2005.

²¹ Auto de 12 de enero de 2009, Diligencias Previas 391/2008, Juzgado Central de Instrucción nº 6, Audiencia Nacional.

²² Auto de 21 de enero de 2009, Diligencias Previas 157/2008, Juzgado Central de Instrucción nº 4, Audiencia Nacional.

²³ Auto de 17 de julio de 2008, Diligencias Previas 211/2008, Juzgado Central de Instrucción nº 2, Audiencia Nacional.

²⁴ Auto de 27 de abril de 2009, Diligencias Previas 150/2009, Juzgado Central de Instrucción nº 5, Audiencia Nacional.

²⁵ Auto de 4 de mayo de 2009, Diligencias Previas 134/2009, Juzgado Central de Instrucción nº 6, Audiencia Nacional.

Desde 1985 según el artículo 23.4 de la LOPJ, entre los crímenes que expresamente deben perseguirse figuran el genocidio, el terrorismo “y cualquier otro, que según los tratados o convenios internacionales, deba ser perseguido en España”. A estos efectos, debe incluirse el crimen de tortura, cuya convención está vigente en España desde su ratificación el 21 de octubre de 1987²⁶ y todos aquellos crímenes recogidos en las Convenciones de Ginebra de 1949, (ratificadas por España desde el 4 de agosto de 1952)²⁷ y en el Primer Protocolo Adicional de 1977 (en vigor desde 21 abril 1989)²⁸.

Por otra parte, el Código Penal español incluye y define alguno de estos crímenes internacionales. La ley de 15 de noviembre 44/1971 introdujo ya en este código, el crimen de genocidio en los artículos 137 bis a) y b). Posteriormente en el nuevo Código Penal de 1995, en su artículo 607 contempla este crimen de genocidio, junto al delito autónomo de tortura²⁹. A su vez el nuevo código se modificó por Ley Orgánica 15/2003 de 25 de noviembre, que define e impone penas por la comisión de crímenes contra la humanidad en su artículo 607 bis³⁰.

²⁶ Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, adoptada por la resolución 39/461 de la Asamblea General de Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1984 en Nueva York. Instrumento de ratificación de 21 de octubre de 1987 (BOE nº 268, de 9 de noviembre de 1987).

²⁷ Convenio de Ginebra (I) de 12 de agosto de 1949, para mejorar la suerte de los heridos y enfermos de las fuerzas armadas en campaña (vigente en España desde 4/2/1953, BOE nº 236 de 23/8/1952); Convenio de Ginebra (II) de 12 de agosto de 1949, para mejorar la suerte de los heridos y náufragos de las fuerzas armadas en mar (vigente en España desde 4/2/1953, BOE nº 239 de 26/8/1952); Convenio de Ginebra (III) de 12 de agosto de 1949 relativo al trato de prisioneros de guerra (vigente en España desde 4/2/1953, BOE nº 249 de 5/9/1952); Convenio de Ginebra (IV) de 12 de agosto de 1949, relativo a la protección de personas civiles en tiempo de guerra (vigente en España desde 4/2/1953, BOE nº 246 de 2/9/1952).

²⁸ Instrumentos de Ratificación de los Protocolos I y II Adicionales a los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949, relativos a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales y sin carácter internacional, hechos en Ginebra el 8 de junio de 1977, BOE número 177 de 26/7/1989, pp. 23828 a 23863.

²⁹ Convención adoptada por la Asamblea General de la ONU en su Resolución 39/46 de 10 de diciembre de 1984, publicada en el BOE nº 268 de 9 de noviembre de 1987. Este crimen se incorpora al Código Penal mediante Ley Orgánica 10/1995, artículos 174, 176 y 177. En todo caso, se considerará delito de lesa humanidad la comisión de tales hechos:

1. Por razón de la pertenencia de la víctima a un grupo o colectivo perseguido por motivos políticos, raciales, nacionales, étnicos, culturales, religiosos o de género u otros motivos universalmente reconocidos como inaceptables con arreglo al derecho internacional. 2. En el contexto de un régimen institucionalizado de opresión y dominación sistemáticas de un grupo racial sobre uno o más grupos raciales y con la intención de mantener ese régimen”.

³⁰ En vigor desde el 1 de octubre de 2004. “Artículo 607 bis. 1. Son reos de delitos de lesa humanidad quienes cometan los hechos previstos en el apartado siguiente como parte de un ataque generalizado o sistemático contra la población civil o contra una parte de ella.

En todo caso, se considerará delito de lesa humanidad la comisión de tales hechos:

1. Por razón de la pertenencia de la víctima a un grupo o colectivo perseguido por motivos políticos, raciales, nacionales, étnicos, culturales, religiosos o de género u otros motivos universalmente reconocidos como inaceptables con arreglo al derecho internacional.

2. En el contexto de un régimen institucionalizado de opresión y dominación sistemáticas de un grupo racial sobre uno o más grupos raciales y con la intención de mantener ese régimen”.

Respecto a la aplicación de este nuevo tipo penal, “crímenes contra la humanidad”, vigente desde el 1 de octubre del 2004³¹, a los hechos acaecidos con su anterioridad, y su aparente conflicto con el principio de la legalidad y retroactividad, los magistrados de la Audiencia Nacional en el caso Scilingo se inclinaron por resolver este escollo jurídico argumentando, que se partía de la “prohibición penalmente sancionada, desde hace décadas, por el Derecho Internacional, de las conductas a que se refiere el tipo penal recientemente introducido, siendo esta prohibición una norma de general aplicación para todos los Estados al ser un norma de “*iuscogens*” internacional. No puede decirse, por tanto, que se traten de conductas que no estaban anteriormente prohibidas.”³² Ahora bien con posterioridad y sobre este mismo asunto, el Tribunal Supremo en la sentencia 798/2007, de 1 de octubre, concluyó que no podía aplicarse a Scilingo el tipo penal de crimen contra la humanidad. Se argumentó por parte de la Sala Segunda que en la fecha de la comisión de los hechos, aún no se había integrado en el derecho interno esa normativa internacional, y que por tanto, no podía ser aplicada directamente por los tribunales españoles³³.

Además de esta discrepancia jurisprudencial, la tipificación de este delito de lesa humanidad en el artículo 607 bis no se ajusta a lo contemplado en el artículo 7 del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional (1998). La regulación del crimen de lesa humanidad de asesinato, la eliminación del carácter autónomo en lo referentes a la persecución y el *apartheid*, y la no inclusión del exterminio, la esterilización forzada y otros actos inhumanos en este tipo penal contemplado en el Código Penal³⁴, constituían elementos más que necesarios para justificar una reforma legislativa.

³¹ Por último esta sentencia concluye que desde la inclusión del crimen contra la humanidad en el 2004 a través del artículo 607 bis en el Código Penal, el crimen de genocidio ya no es necesario que sea interpretado de una forma tan extensa (pero que con anterioridad tuvo que forzarse dicha interpretación para evitar la impunidad) como se había hecho en el caso Pinochet; C. Castresana Fernández, “De Núremberg a Madrid: la sentencia del caso Scilingo”, *Jueces para la Democracia* 54, noviembre 2005, pp. 1-2; M. Capellà i Roig, “Los crímenes contra la humanidad en el caso Scilingo”, *REEL*, nº 10 (2005), p. 13; Christian Tomuschat, “Issues of universal jurisdiction in the Scilingo case”, *JICJ* 3 (2005), pp. 1074-1081. Giulia Pinzauti, “An instance of reasonable universality: The Scilingo case”, *JICJ* 3 (2005), pp. 1092-1105.

³² Sentencia por crímenes contra la humanidad en el caso Adolfo Scilingo, Sumario 19/1997, fundamento de derecho 1.b. Toda la documentación del caso Scilingo se encuentra disponible en español en <http://www.derechos.org/nizkor/espana>

³³ Sentencia 798/2007, de 1 de octubre, del Tribunal Supremo, fundamento de derecho 4º. R.J. Wilson, “Spanish Supreme Court affirms conviction of Argentine Former Naval Officer for crimes against humanity”, 12 *ASIL Insight* 1 (2008) at <http://www.asil.org/insights080130.cfm>

³⁴ Véase un análisis pormenorizado de la falta de coordinación de nuestra legislación interna con el Estatuto de la Corte Penal Internacional en materia de crímenes contra la humanidad en V. Bou Franch, “Los crímenes de lesa humanidad en el Estatuto de la Corte Penal Internacional y en el Derecho español”, en C. Ramón Chornet, *Estabilidad internacional, conflictos armados y protección de los derechos humanos*, Valencia, 2010, 293-340, pp. 330-334.

Del mismo modo, el Código Penal español define y reprime los “delitos contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado” en su Capítulo III, dentro del Título XXIV, denominado “Delitos contra la Comunidad Internacional”. Este Título fue introducido en el Código Penal de 1995 y de nuevo enmendado por la modificación parcial de 2003 de adaptación de sus disposiciones a las exigencias contenidas en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional³⁵. De esta forma incorporó algunos crímenes de guerra que no se habían contemplado en la reforma de 1995. Ahora bien, de nuevo la reforma del Código Penal de 2003³⁶, no fue en absoluto exhaustiva y no ha tipificado todas las conductas que el Derecho Internacional convencional califica como crímenes de guerra. Algunas de esas omisiones hacen referencias a acciones criminales tan relevantes para este tipo penal como la comisión de actos de violencia sexual sobre personas protegidas³⁷ y el reclutamiento o alistamiento de menores de 18 años para participar directamente en hostilidades³⁸.

³⁵ Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, BOE 283 de 26/11/2003 Sec 1 Pag41842 a. 41875, www.boe.es/boe/dias/2003/11/26/pdfs/A41842-41875.pdf

³⁶ Fernando Pignatelli y Meca, 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, Ministerio de Defensa, Secretaría General Técnica, 2003. Carmen Quesada Alcalá, “Corte Penal Internacional y derecho interno: el impacto del Estatuto de Roma en la legislación española”, REDM nº 86 (2005), pp. 363-417.

³⁷ Según la situación en la que se haya perpetrado una violación sexual puede constituir un crimen de guerra, un acto de genocidio (Sentencia *Prosecutor v. Akayesu*, Tribunal Penal Internacional para Ruanda, 1998), un acto de tortura (Sentencia *Mejía v. Perú*, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 1996; Sentencia *Aydin v. Turquía*, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, 1997) o un crimen de lesa humanidad. En efecto, el Artículo 7.1.g. del Estatuto de Roma dispone que, “A los efectos del presente Estatuto, se entenderá por “crimen de lesa humanidad” cualquiera de los actos siguientes cuando se cometa como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque (...) g) Violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado, esterilización forzada o cualquier otra forma de violencia sexual de gravedad comparable.” Precisamente el Tribunal Penal para la Antigua Yugoslavia el 22 de febrero de 2001 dictaminó que la violación, tortura y esclavitud sexual deben ser considerados crímenes contra la humanidad, y de acuerdo a esto condenó a tres serbios (Dragoljub Kunarac, Radomir Kovac y Zoran Vukovic) a penas de 28, 20 y 12 años respectivamente por su participación en la violación sistemática a la que fueron sometidas muchas mujeres bosnias, sin tener en cuenta ni su edad –niñas o ancianas-, ni su estado físico –varias de ellas estaban embarazadas-, como parte de la estrategia de limpieza étnica que llevó a cabo el Ejército serbio, Sentencia Kunarac et al. (IT- 96-23 & 23/1) Foèa.

³⁸ Estas acciones, que violan el Derecho Internacional Humanitario, constituye un crimen de guerra según el Artículo 8.2.b. xxvi) del Estatuto de Roma que prohíbe: “Reclutar o alistar a niños menores de 15 años en las fuerzas armadas nacionales o utilizarlos para participar activamente en las hostilidades”. Asimismo debe señalarse, que el Protocolo Adicional I a los Convenios de Ginebra en su artículo 4 protege de una manera específica los derechos de los niños en un conflicto armado. Además el artículo 77 de este mismo instrumento internacional prohíbe expresamente el reclutamiento y el uso de los niños como soldados. Véase Gómez (2010, p. 139-172). A. Pigrau Solé, “Desvirtuando la jurisdicción universal en España: del caso Guatemala a la Ley Orgánica 18/2003 de cooperación con la Corte Penal Internacional”, en Soberanía del Estado y derecho Internacional, Homenaje al Profesor Juan Antonio Carrillo Salcedo, Univ. Córdoba – Univ. Sevilla – Univ. Málaga, Sevilla, 2005, Vol II. 1059-1083, pp. 1078-1081. José Ricardo Pardo Gato, “Corte Penal Internacional y/o justicia universal: ¿las dos caras de la misma moneda?”, REDM 92 (2009), 109-142, pp. 134-137. El autor entiende que “será el juez español ante el que se interponga la denuncia correspondiente el que deberá determinar, en un primer momento, si la CPI puede o no ser competente para juzgar los hechos.”

Por lo tanto estas lagunas también requerían ser enmendadas por vía legislativa, junto con el artículo 7.2 de la Ley Orgánica 18/2003 de Cooperación con la Corte Penal Internacional³⁹, el cual había efectuado una inversión del principio de complementariedad del Estatuto de Roma⁴⁰.

Esta falta de armonización del derecho español con el derecho penal internacional, junto con una voluntad política a nivel europeo y español en beneficio de la protección de las víctimas, constituían buenos augurios para una posible reforma en esta dirección positiva. En efecto, el Consejo de Justicia y Asuntos de Interior de la Unión Europea venía exigiendo el procesamiento y castigo de los responsables de crímenes internacionales⁴¹. Y del mismo modo, en España, el mismo Plan Nacional de Derechos Humanos de 2008 expresamente establecía como eje prioritario la

³⁹ LO 18/2003 de Cooperación con la Corte Penal Internacional, BOE número 296 de 11/12/2003, pp. 44062 a 44068 en <http://www.boe.es/boe/dias/2003/12/11/pdfs/A44062-44068.pdf>. Artículo 7.2: "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".

A. Pigrau Solé, "Desvirtuando la jurisdicción universal en España: del caso Guatemala a la Ley Orgánica 18/2003 de cooperación con la Corte Penal Internacional", en *Soberanía del Estado y derecho Internacional, Homenaje al Profesor Juan Antonio Carrillo Salcedo*, Univ. Córdoba – Univ. Sevilla – Univ. Málaga, Sevilla, 2005, Vol II. 1059-1083, pp. 1078-1081. José Ricardo Pardo Gato, "Corte Penal Internacional y/o justicia universal: ¿las dos caras de la misma moneda?", *REDM* 92 (2009), 109-142, pp. 134-137. El autor entiende que "será el juez español ante el que se interponga la denuncia correspondiente el que deberá determinar, en un primer momento, si la CPI puede o no ser competente para juzgar los hechos".

⁴⁰ La complementariedad es el principio que debe imperar entre las jurisdicciones penales nacionales y la Corte Penal Internacional. Siendo así, el artículo 17 del Estatuto dispone que la Corte debe intervenir en un asunto cuando un Estado no pueda o no quiera ejercitar su jurisdicción. Pero además no podemos ignorar el otro pilar sobre el que descansa toda la estructura del Estatuto de Roma, al margen de este principio de complementariedad; nos referimos a la obligación de cooperar con la Corte Penal en todos los requerimientos que ésta pudiera efectuar a un Estado parte. Resulta sorprendente que con el aparente propósito de dar satisfacción a este deber, las Cortes Españolas aprobaron la Ley Orgánica 18/2003, cuyo artículo 7.2 (como ya se ha aludido) contradictoriamente efectúa una "inversión" de este principio de complementariedad. A. Remiro Brotons, "La responsabilidad penal individual por crímenes internacionales y el principio de jurisdicción universal", *Colección Escuela Diplomática nº 4, creación de una jurisdicción penal internacional*, Escobar Hernández, Madrid, 2000, pp. 193-235, asegura que "la complementariedad de la Corte Penal Internacional diseñada en Roma respecto de las jurisdicciones estatales se manifiesta por una doble vía: por un lado, las jurisdicciones estatales han de proveer a la persecución de los crímenes que la Corte no asumen en su Estatuto; por otro, dentro del espacio compartido, la Corte – a diferencia de los tribunales *ad hoc* para la antigua Yugoslavia y Ruanda (art. 9.2 y 8.2 respectivamente) – no goza de prioridad, sino que es, más bien, subsidiaria de las jurisdicciones estatales".

⁴¹ Council Decision 2003/335/JHA of 8 May 2003, Official Journal L118, 14/052003 P.0012-0014, http://europa.eu.int/eur-lex/pri/en/oj/dat/2003/l_118/l_11820030514en00120014.pdf, preambular paragraphs.

lucha contra la impunidad⁴². Siendo así, ¿qué ha podido suceder para qué una necesaria reforma en favor del derecho penal internacional haya acabado limitando la persecución efectiva de crímenes internacionales?

1.2 Las presiones políticas y diplomáticas

A pesar de las grandilocuentes declaraciones políticas por parte de los gobiernos en favor de la justicia de las víctimas de graves violaciones de derechos humanos y de la “responsabilidad de proteger”⁴³, lo cierto es que la aplicación práctica y activa de las mismas no ha sido nada pacífica. En efecto, los conflictos diplomáticos que se han generado por las actuaciones judiciales en la Audiencia Nacional española han sido una constante. Desde el caso Pinochet, ya el Gobierno de Chile amenazó a España con boicots comerciales y posibles demandas antes instancias jurisdiccionales internacionales. El mismo rechazo se obtuvo por parte del Gobierno de Guatemala y su Corte de Constitucionalidad, tras el auto de 16 de enero de 2008 del Juzgado Central de Instrucción número 1 de la Audiencia Nacional, en el que el juez Santiago Pedraz efectuó un llamamiento internacional solicitando por distintos medios, la colaboración sobre la investigación del genocidio maya⁴⁴.

Asimismo, un mes más tarde, tras el decreto del juez Fernando Andreu de órdenes de arresto internacional contra 40 altos cargos ruandeses⁴⁵, la Unión Africana repudiaba el abuso del principio de jurisdicción universal ya que hacía peligrar el orden internacional⁴⁶. Y todo ello a pesar de que el Tribunal Penal Internacional para Ruanda, en el caso *Prosecutor v. Ntuyahaga*⁴⁷ alentaba a todos los Estados de

⁴² Gobierno de España, Plan Nacional de Derechos Humanos, Madrid, 2008, p. 10.

⁴³ La sistemática y grave vulneración de los derechos más elementales de las personas legitiman una “responsabilidad de proteger”, tal y como determinó la Comisión internacional sobre intervención y soberanía de los Estados. Véase el comentario a este informe de E. López-Jacoiste Díaz: “La responsabilidad de proteger: reflexiones sobre su fundamento y articulación”, AEDI XXII, (2006), pp. 285-315. De forma similar se pronuncia el Informe del Secretario General, Un concepto más amplio de la libertad: desarrollo y derechos humanos para todos, UN Doc. A/59/2005, en especial véanse los párrafos 135 y 203.

⁴⁴ Auto de 16 de enero de 2008, caso Guatemala, Diligencias Previas 331/1999, Juzgado Central de Instrucción nº1, Audiencia Nacional.

⁴⁵ Auto de 6 de febrero de 2008, caso Ruanda, Sumario 3/2008-D, Juzgado Central de Instrucción nº4, Audiencia Nacional.

⁴⁶ Este descontento fue llevado a la Asamblea General de las Naciones Unidas, cfr. United Nations General Assembly, A/63/237, Request for the inclusion of an additional item in the agenda of the sixty-third session. Abuse of the principle of universal jurisdiction Letter dated 21 January 2009 from the Permanent Representative of the United Republic of Tanzania to the United Nations addressed to the Secretary-General.

Véase el pormenorizado análisis de L. Arimatsu: “Universal jurisdiction for international crimes. Africa’s hope for justice?”, IL BP 2010/01, Chatman House.

⁴⁷ Decision on the Prosecutor’s Motion to withdraw the Indictment, *Case No. ICTR-98-40-T, Trial Chamber I*, 18 March 1999, “El tribunal desea enfatizar, en concordancia con la Asamblea General y el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, que alienta a todos los Estados, en aplicación del principio de jurisdicción universal, a perseguir y juzgar a los responsables de crímenes graves como el genocidio, los crímenes de lesa humanidad y otras graves violaciones al derecho internacional humanitario.

la comunidad internacional a perseguir a los responsables de estos crímenes⁴⁸. De la misma forma en este contexto africano, el malestar del Reino de Marruecos se puso de manifiesto tras la incoación de diligencias previas por la comisión de presuntos delitos de genocidio y torturas contra víctimas del Sahara Occidental⁴⁹

Estas tensiones diplomáticas avivaron el debate sobre la aplicación del principio de jurisdicción universal, el cual ya se produjo en el Tribunal Supremo en el caso Guatemala. En aquella sentencia se dictaminó que la intervención subsidiaria española basándose en la inactividad de la jurisdicción de un país tercero “implicaba un juicio de los órganos jurisdiccionales de un Estado acerca de la capacidad de administrar justicia”. Además se alertaba que una declaración de esta clase, podía tener extraordinaria importancia en el ámbito de las relaciones internacionales. Se añadía que, el artículo 97 de la Constitución Española dispone que el gobierno dirige la política exterior, y que no puede ignorarse la repercusión que en ese ámbito puede provocar estos casos. Por el contrario siete magistrados (entre los que se encontraba el actual Fiscal General del Estado, Conde Pumpido) a través de un voto disidente, se oponían a este parecer. Con este propósito trajeron a colación la sentencia del Tribunal de Apelación de la Cámara de los Lores, del Reino Unido, dictada el 24 de marzo de 1999, en el caso Pinochet, que “recuerda que el Derecho Internacional estipula que los crímenes de *iuscogens*, entre ellos el genocidio, pueden ser penados por cualquier Estado, porque los criminales son enemigos comunes de toda la humanidad y todas las naciones tienen el mismo interés en su aprehensión y persecución”⁵⁰.

Ahora bien estas discrepancias diplomáticas no resultaron preocupantes hasta que las persecuciones judiciales comenzaron a afectar a los mandatarios de los gobiernos más poderosos (y sus aliados) que se sientan de forma permanente en el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas. Fue precisamente, llegados a este punto, cuando la reforma del artículo 23.4 de la LOPJ se convirtió prácticamente en una cuestión de Estado. De esta forma parece ser que el detonante de la reforma pudiera encontrarse en estas turbulencias políticas.

En efecto, cuando se comenzaron a practicar las primeras diligencias previas en el caso del Tíbet, y el 5 de junio de 2006, la primera víctima tibetana prestó declaración ante el juez de la Audiencia Nacional. Esta primera testifical provocó las airadas

⁴⁸ En este sentido en Bélgica y Suiza se han dictado sentencias condenatorias a genocidas ruandeses, y otros procesamientos se están llevando a cabo en la misma Bélgica, Dinamarca, Francia, Holanda, Finlandia, Noruega y Reino Unido, REDRESS-FIDH: *EU Update on international crimes* 3: 5 Jul 2007, Rwanda gets 20 years in genocide trial, <http://africa.reuters.com/top/news/usnBAN547002.html>.

⁴⁹ Auto de 29 de octubre de 2007, caso Sahara, Diligencias Previas 362/2007, Juzgado Central de Instrucción nº5, Audiencia Nacional.

⁵⁰ Voto particular de la sentencia del Tribunal Supremo sobre el caso Guatemala por genocidio, Sala de lo Penal, sentencia nº 327/2003, recurso de casación, nº 803/2001, fundamento jurídico décimo.

protestas del Gobierno Chino (Mugambi, 2007, p. 525-526), a través del portavoz del Ministerio Chino de Exteriores, LiuJianchao, quien declaró a los medios de prensa internacionales que la investigación sobre los presuntos crímenes internacionales acaecidos en Tíbet constituía una “difamación total, una absoluta mentira”. Además el Gobierno de Pekín llamó al embajador español en la capital china, para protestar de las actuaciones de la justicia española, asegurándole que el empleo de la cuestión de los derechos humanos en el Tíbet era una excusa para interferir en los asuntos internos de China. A ello añadían, que no sólo se oponían a esa injerencia externa de los jueces españoles, sino que abiertamente reconocieron que los tribunales españoles no poseían la potestad para enjuiciar este caso. Al mismo tiempo confiaban que el Gobierno de España atendiera la petición de “gestionar de forma apropiada este problema, para que las relaciones chino-españolas pudieran, con el esfuerzo de ambas partes, seguir desarrollándose de forma saludable”⁵¹.

Posteriormente los dictados de la *real Politik* se fueron imponiendo sobre los ideales de justicia, cuando en enero de 2009, la exministra de Exteriores de Israel, Tzipi Livni, protestó a su homónimo español, Miguel Ángel Moratinos, sobre la investigación abierta por el juez de la Audiencia Nacional, Fernando Andreu, contra un ministro israelí por un bombardeo en Gaza en 2002⁵². El ministro español, de forma inmediata, le prometió a su homóloga israelí que se cambiaría la ley para frenar la iniciativa judicial.

De la misma forma, el gobierno norteamericano de Obama venía oponiéndose a las investigaciones de los jueces Baltasar Garzón⁵³ y Eloy Velasco⁵⁴ sobre distintos casos de tortura en Guantánamo. Siguiendo este criterio, el fiscal jefe de la Audiencia Nacional, Javier Zaragoza, tras reunirse con el consejero político de la embajada de los Estados Unidos, solicitó en un informe, la inadmisión a trámite de estas querrelas⁵⁵; hechos que posteriormente han sido constatados por los cables desvelados por Wikileaks⁵⁶. Idénticos obstáculos encontraron las investigaciones de los vuelos

⁵¹ “Pekín convoca al embajador español para quejarse de las imputaciones de genocidio”, El País, 9 junio 2006. Las críticas fueron recogidas por la agencia oficial china de noticias, Xinhua, “Interference in Tibet issue opposed”, Xinhua – China Daily, Beijing, 7 junio 2006 y por toda la prensa internacional, cfr. “China warns Spain over Tibet lawsuit”, International Herald Tribune, Agence France Presse, Reuters, The Associated Press, 7 junio 2006

⁵² Auto de 29 de enero de 2009, Caso bombardeo de Gaza, Diligencias Previas 157/2008, Juzgado Central de Instrucción nº4, Audiencia Nacional.

⁵³ Auto de 27 de abril de 2009, Diligencias Previas 150/2009, Juzgado Central de Instrucción nº 5, Audiencia Nacional.

⁵⁴ Auto de 4 de mayo de 2009, Diligencias Previas 134/2009, Juzgado Central de Instrucción nº 6, Audiencia Nacional.

⁵⁵ J. Yoldi, “El fiscal rechaza investigar Guantánamo tras hablar con Estados Unidos”, El País, 18 abril 2009.

⁵⁶ “Cable en el que se critican las acusaciones a mandos de EE UU por torturas en Guantánamo. El embajador de Madrid informa a Napolitano, ante una visita en 2009, sobre las relaciones con

Juegos Olímpicos en Beijing), remitió otra comisión rogatoria a China. Esta vez solicitaba permiso al gobierno asiático para interrogar a tres de sus actuales ministros contra los que encuentra indicios de comisión de crímenes contra la humanidad por haber orquestado supuestamente “un ataque generalizado y sistemático contra la población civil tibetana ocasionando 203 muertes, más de 1000 heridos y casi 6000 detenciones ilegales y desapariciones”⁶¹. Dos días más tarde, el Gobierno Chino exigía formalmente a España tomar medidas “inmediatas y efectivas” para que “la falsa querrela” por el genocidio tibetano fuera retirada con el fin de “evitar perjuicios en las relaciones bilaterales entre España y China”⁶².

La pronta reacción de las autoridades españolas no se hizo esperar. Esa misma semana, Carlos Dívar, presidente del Consejo General del Poder Judicial, aseguró que España no podía convertirse en el “gendarme judicial del mundo”⁶³. Con idéntico propósito, anunciando el preludio de la reforma de la justicia universal, el fiscal General del Estado, Conde Pumpido, calificó este tipo de iniciativas legales ante los jueces de la Audiencia Nacional, como “juguetes en manos de personas que buscan protagonismo”⁶⁴. Días después se iniciaba el trámite parlamentario que iba a enmendar el controvertido artículo 23.4 de la LOPJ

2. El proceso de reforma en las cortes generales y el texto final aprobado

A la hora de examinar el proceso de modificación del principio de jurisdicción universal, que se ha seguido en las Cortes Generales, resulta significativo determinar tanto la forma como el fondo del mismo. Primeramente siguiendo la cronología de los acontecimientos, originado por las presiones en la esfera internacional, no sorprende la celeridad de la enmienda. Efectivamente el 19 de mayo de 2009, los dos partidos mayoritarios nacionales, (mediante iniciativa del Partido Popular

⁶⁰ Auto de 5 de agosto de 2008, Diligencias Previas 242/2008-10, Juzgado Central de Instrucción nº 1, Audiencia Nacional. Los siete políticos y militares chinos acusados en esta causa eran, entre otros: el ministro de Defensa, LianGuanglie; el ministro de Seguridad del Estado, GengHuichang; el secretario del Partido Comunista Chino en la región autónoma del Tíbet, Zhang Qingli, y el miembro del Politburó en Pekín, Wang Lequan.

⁶¹ Providencia de 5 de mayo de 2009, Diligencias Previas 242/2008-10, Juzgado Central de Instrucción nº 1, Audiencia Nacional.

⁶² Europa Press, “China pide medidas efectivas para que la Audiencia Nacional abandone el caso sobre el Tíbet”, El País, 7 de mayo de 2009.

⁶³ Dívar, sobre la jurisdicción universal: “No somos los gendarmes del mundo” El presidente del CGPJ quiere reformar esta ley, El Mundo, 4 de mayo de 2009. “En su opinión, la ley tendría que referirse a aspectos más concretos en los que se trate de intereses españoles en el extranjero que no hayan sido suficientemente protegidos o de determinados crímenes que no hayan sido objeto de ninguna intervención en esos países”. <http://www.elmundo.es/elmundo/2009/05/04/espana/1241452393.html>

⁶⁴ Aranzadi Civitas, “Conde-Pumpido anuncia que la fiscalía no apoyará la querrela contra los asesores de Bush que idearon Guantánamo”, 17 de abril de 2009 en <http://www.aranzadi.es/index.php/informacion-juridica/noticias/conde-pumpido-anuncia-que-la-fiscalia-no-apoyara-la-querrela-contra-los-asesores-de-bush-que-idearon-guantanamo>.

secundada por el PSOE) acordaron en el Congreso la enmienda del polémico artículo de la LOPJ. Pero además la reforma, no sólo se interpuso de forma apresurada, sino que se insertó en una modificación legal ajena a este debate: el Proyecto de Ley de Reforma de la Legislación Procesal para la Implantación de la Oficina Judicial⁶⁵. Es más, el origen de esta primera resolución parlamentaria se planteó en una sesión referida al debate de política general sobre el estado de la Nación. Todo ello provocó que se eludiera el necesario debate público y político sobre la conveniencia o no de los límites de la jurisdicción universal, y la idoneidad de armonizar nuestro derecho interno al Derecho Penal Internacional.

Esta decisión provocó una avalancha de reacciones desde el ámbito jurídico y político. Desde las instancias oficiales se remarcó el carácter positivo de la reforma⁶⁶, como no pudiera ser de otro modo. De esta forma, días después, el 22 de mayo, la vicepresidenta Primera del Gobierno, María Teresa Fernández de la Vega, aseguró que la modificación legislativa no supondría “ningún retroceso con el compromiso con la Justicia y la libertad”, sino una mejora con este principio⁶⁷. Por el contrario desde las instancias judiciales más progresistas⁶⁸ y organizaciones defensoras de los derechos humanos, se denunció “el freno a la justicia universal” y el haber “cedido en derechos ante los poderosos”⁶⁹. Se argumentaba que “el ejercicio de la

⁶⁵ F. Garea, M. Altozano, “El Congreso limita de tapadillo la justicia universal”, *El País*, 22 de mayo de 2009.

⁶⁶ Los argumentos a favor de la reforma se exponen en Ignacio de la Rasilla del Moral, “TheSwanSong of Universal Jurisdiction in Spain”, *Int'lCrim. L. Rev.* Vol. 9, (2009), 777-808, p. 806.

⁶⁷ “De la Vega afirma que la limitación de la justicia internacional no será un retroceso”, *El País*, 23 de mayo de 2009. Con este mismo propósito de justificación de la reforma, el Ministro de Asuntos Exteriores, Miguel Ángel Moratinos declaró que “la Justicia nos pidió más eficacia en la jurisdicción universal” y que el Tribunal Penal Internacional era la instancia competente para enjuiciar este tipo de casos, cfr. “Moratinos defiende que el Tribunal de La Haya aplique la justicia universal”, 28 de mayo de 2009, en <http://www.adn.es/politica/20090528/NWS-2935-Moratinos-Tribunal-Haya-universal-justicia.html>

⁶⁸ “Garzón, Andreu, Pedraz y Velasco critican la limitación de la jurisdicción universal”, *El País*, 25 de mayo de 2009. “El freno a la justicia universal indigna a los magistrados”, *Público*, 25 de mayo de 2009: “Los jueces instructores de la Audiencia Nacional consideran que la reforma pactada en el Congreso es un paso atrás, cuando España era en estos momentos un referente mundial”. Véase también C. Whitlock, “Spain judges cross borders in right cases”, *Washington Post*, 24 May 2009.

⁶⁹ “Jueces y fiscales critican el freno a la justicia universal - Asociaciones progresistas denuncian que los derechos cedan ante los “poderosos”, *Público*, 26 de mayo de 2009, “Resulta preocupante que nuestros responsables políticos se hayan decidido a plantearse la introducción de limitaciones en la legislación vigente al socaire de asuntos que afectan a potencias mundiales”. Martín Pallín, “¿Quién teme a la justicia universal? No podemos convivir impasiblemente con hechos tan insoportables como el genocidio”, *El Periódico*, 23 de mayo de 2009, el cual denunció que: “La jurisdicción universal no se dedica, como tramposamente se intenta transmitir a la opinión pública, a investigar toda clase de delitos como si se tratase de una especie de juzgado de guardia global. La jurisdicción universal está delimitada por la específica regulación de las leyes nacionales y el Estatuto de la Corte Penal Internacional”. M. OlléSesé, “El avance de la justicia universal”, *El País*, 23 de mayo de 2009. Bonifacio de la Cuadra, “Los derechos humanos, globalizados”, *El País*, 10 de mayo de 2009.

jurisdicción universal por nuestros jueces no puede depender de intereses nacionales o de la nacionalidad de las víctimas o de los responsables, porque esos límites son incompatibles con la universalidad de la jurisdicción, que se asienta en el interés común de la humanidad.”⁷⁰

Finalmente, el 25 de junio, el Congreso aprobó de forma casi unánime el proyecto de ley⁷¹, donde se justificó la necesidad de la reforma con el objeto de evitar conflictos diplomáticos⁷². Tras este primer trámite parlamentario, en el Senado, de nuevo, se reprodujo la enconada polémica entre detractores y defensores de la justicia universal⁷³. Unos, irónicamente concluían que había que “poner coto a determinados juececitos de la Audiencia Nacional que se dedicaban (...) a hacer lo que no debían hacer”⁷⁴, y que con la reforma “seremos infinitamente más efectivos que antes” en la tutela judicial efectiva de asuntos como “Pinochet o Ruanda-Burundi”⁷⁵. Mientras tanto, otros alertaban que estábamos ante “un auténtico despropósito jurídico y democrático” y que en definitiva “el principio de jurisdicción universal estaba a punto de ser pisoteado”, lo cual suponía “un duro golpe a la contribución realizada por la justicia española al hacer comparecer ante sus tribunales a personas sospechosas de haber cometido crímenes de Derecho Internacional”⁷⁶.

Mientras se producían estos acalorados debates en las Cortes Generales, se intensificaba la presión sobre el ejecutivo español. De hecho, el 8 de junio de 2009 se reaccionó vehementemente por parte de las autoridades chinas respecto a otra

⁷⁰ J.M. Gómez Benítez, “Jurisdicción universal”, *El País*, 23 de mayo de 2009.

⁷¹ Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados, IX Legislatura, Serie A: Proyectos de Ley, 6 de julio de 2009.

⁷² Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, IX Legislatura 2009, nº 95, Sesión Plenaria nº 90, 25 de junio de 2009, p. 45.

⁷³ Un análisis crítico y lúcido de los debates en las Cortes Generales lo expone el Profesor Antonio Remiro Brotons, “Derecho y política en la persecución de crímenes internacionales en España”, en J. Tamarit Sumilla (coord.) Justicia de transición, justicia penal internacional y justicia universal, Atelier, Barcelona, pp. 207-224.

⁷⁴ Cortes Generales, Diario de Sesiones del Senado, IX Legislatura, Comisiones nº 202, Comisión de Justicia, 5 de octubre de 2009, p. 9. En términos similares valoró el senador popular, Conde Bajén, en su intervención en el Senado la utilidad de la justicia universal: “¿De qué sirve? Pues, al Estado español, de nada. Probablemente, al juez que se dedique a estas cosas le sirva para mucho; le puede servir para decir que se va a aprender inglés a Nueva York y cobrar cientos de miles de euros por dar unas charlitas en alguna universidad del lugar. Eso sí puede ser útil. (Aplausos en los escaños del Grupo Parlamentario Popular en el Senado.) Pero ¿de qué le sirve al Estado español? Pues de nada”, Diario de Sesiones del Senado, IX Legislatura, nº 54, Sesión del Pleno, 7 de octubre de 2009, p. 2576.

⁷⁵ Cortes Generales, Diario de Sesiones del Senado, IX Legislatura, nº 54, Sesión del Pleno, 7 de octubre de 2009, p. 2581, intervención de Díaz Tejera, senador del Grupo Socialista.

⁷⁶ Cortes Generales, Diario de Sesiones del Senado, IX Legislatura, nº 54, Sesión del Pleno, 7 de octubre de 2009, pp. 2572-2573, intervención de Guillot Miravet, senador de Iniciativa Verdes y Esquerra Unida. Además este senador acusó a los principales grupos parlamentarios de la siguiente manera: “la respuesta del Grupo Popular y del Grupo Socialista es limitar la jurisdicción universal, subordinarla a una falsa *realpolitik*, justificada en la defensa de no se sabe qué intereses nunca explicados”.

comisión rogatoria relativa a crímenes contra la humanidad dirigida contra LianGuanglie (ministro de Defensa) y otros, (librada el 28 de mayo de 2009) por el Juzgado nº 1 de la Audiencia Nacional. En un escrito oficial de la Embajada China al Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación de España, expresamente se amenazó que, “La tramitación de la Audiencia Nacional de España de dicha falsa querrela ha violado los principios básicos de jurisdicción e inmunidad de Estado que el Derecho Internacional establece y no pertenece a la cobertura del Tratado sobre asistencia judicial en materia penal entre España y China. La parte china deniega con firmeza cualquier solicitud de asistencia judicial relacionada con este caso, y exige que el Gobierno español asuma las responsabilidades del Derecho Internacional que le corresponden, y adopte medidas inmediatas y eficaces para prevenir cualquier abuso del Tratado sobre asistencia judicial en materia penal entre España y China, haciendo cesar definitivamente cuanto antes el supuesto caso”⁷⁷.

De hecho, las “medidas inmediatas y efectivas” exigidas por Beijing no se hicieron esperar, y la modificación definitiva del artículo 23.4 de la LOPJ, se ratificó, tras la previa aprobación del Senado en el Congreso de los Diputados, por una amplia mayoría. La versión final y definitiva se concretó en los siguientes términos:

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

⁷⁷ Nota de la Embajada de la República Popular China al Ministerio de Asuntos Exteriores y Cooperación, N.V. 097/09, 8 de junio de 2009, remitida por la Subsecretaría de Justicia, Subdirección General de Cooperación Jurídica Internacional. Diligencias Previas 242/2008-10, Juzgado Central de Instrucción nº 1, Audiencia Nacional.

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 anterior⁷⁸.

El contenido de la nueva redacción debe ponerse en conjunto con el punto III del Preámbulo de esta nueva ley, que ordena “incorporar tipos de delitos que no estaban incluidos y cuya persecución viene amparada en los convenios y costumbre del Derecho Internacional, como son los de lesa humanidad y crímenes de guerra”⁷⁹. En primer lugar llama poderosamente la atención, que se quiera incorporar al nuevo texto legal, los crímenes de lesa humanidad y los crímenes de guerra, pero al mismo tiempo no se ajusten la definición de estos delitos según el Código Penal español al Estatuto de Roma ratificado; y más aún, habida cuenta de las lagunas ya mencionadas. Es más, en el Preámbulo se menciona expresamente la persecución de los crímenes de guerra, mientras que en el articulado se omite su mención; aunque el texto inicialmente aprobado por el Congreso contemplaba este supuesto, con posterioridad el Senado lo eliminó y parece ser que olvidaron por la premura revisar el Preámbulo.

El mismo añade que “la reforma permite 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.”⁸⁰Sobre esta cuestión de la subsidiariedad, el Tribunal Constitucional (en el ya aludido caso Guatemala) ya había sido categórico, determinando que para ejercer la jurisdicción universal sería suficiente con que se aportara, “de oficio o por la parte actora, indicios serios y razonables de la inactividad judicial que vinieran a acreditar una falta, ya de voluntad, ya de capacidad para la persecución efectiva de los crímenes”⁸¹.

Por otro lado las posiciones de los magistrados de los más altos tribunales españoles también se encuentran enfrentadas a la hora de valorar los criterios de conexión

⁷⁸ Ley Orgánica 1/2009, de 3 de noviembre, complementaria de la Ley de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina judicial, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial. BOE nº 266, de 4 de noviembre de 2009, pp. 92091-92092 en http://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2009-17492

⁷⁹ BOE nº 266, de 4 de noviembre de 2009, p. 92090, Preámbulo, apartado III.

⁸⁰ BOE nº 266, loc. cit.

⁸¹ Sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Constitucional de 26 de septiembre de 2005, sentencia nº 237/2005, Cuarto Fundamento de Derecho.

nacional, que incorpora la nueva reforma. Por una parte, el Tribunal Supremo ha venido exigiendo, “la existencia de una conexión con un interés nacional como elemento legitimador, en el marco del principio de justicia universal, modulando su extensión con arreglo a criterios de racionalidad y con respeto al principio de no intervención”; extremos condicionantes incluido en la reforma. Pero estos requisitos, de forma diametralmente opuesta al Tribunal Supremo y a la posterior modificación de la LOPJ, fueron interpretados por el Tribunal Constitucional; de este modo la reforma, no trata de conciliar las posiciones dispares de ambos tribunales, sino más bien de legislar la tesis restrictiva del Tribunal Supremo.

En cuanto al vínculo de conexión nacional relativo a la presencia del presunto autor en territorio nacional, aparece como un nuevo condicionante para la admisión a trámite de querellas; y más aún dada la inexistencia de los juicios en rebeldía en España. Sin embargo, el Tribunal Constitucional salvó este obstáculo y razonó que, a pesar de la ausencia del acusado, puede abrirse una investigación y practicarse diligencias⁸². Esto es así, ya que con posterioridad, el juicio puede quedar latente hasta que el mecanismo de la extradición pueda operar y así intentar llevar a los tribunales nacionales a los presuntos responsables de crímenes universales, como sucedió en el caso Pinochet⁸³. Además el Tribunal Constitucional despachó el otro posible vínculo de conexión, el que la nacionalidad de las víctimas sea española, al señalar que con ello se está incorporando “un requisito añadido no contemplado en la ley, que además tampoco puede ser teológicamente fundando por cuanto, en particular con relación al genocidio, contradice la propia naturaleza del delito y la aspiración compartida de su persecución universal, la cual prácticamente queda cercenada por su base”⁸⁴. Desafortunadamente para el ejercicio efectivo de la justicia universal todos estos razonamientos jurídicos del Tribunal Constitucional no han sido contemplados en la reforma.

En definitiva resultan más que cuestionables tanto las formas y la coherencia de la doctrina del Tribunal Constitucional con la enmienda legal, como los inciertos propósitos, de ajustar el nuevo texto legal al derecho penal internacional (en particular al Estatuto de Roma) y de dotar de mayor eficacia a la jurisdicción universal. Veamos en la práctica como se ha venido aplicando este nuevo artículo de la LOPJ

⁸² Angel Sánchez Legido, Jurisdicción universal penal y derecho internacional, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2004, pp. 268-319, capítulo dedicado a la jurisdicción universal *in absentia*.

⁸³ Sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Constitucional de 26 de septiembre de 2005, sentencia nº 237/2005, Cuarto Fundamento de Derecho. Human Rights Watch, Universal jurisdiction in Europe. The State of the Art. Vol. 18, nº 5 (D), June 2006, p. 87. Este argumento necesariamente debe traerse a colación en relación al cuestionamiento de la utilidad del caso del Tíbet ante la justicia española debido a que el derecho español no permite los juicios *in absentia*, cfr. Bakker, Christine, “Universal jurisdiction of Spanish Court over genocide in Tíbet: can it work?”, JICJ 4 (2006), pp. 595-601.

⁸⁴ Sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Constitucional de 26 de septiembre de 2005, sentencia nº 237/2005, Cuarto Fundamento de Derecho.

3. Primeros efectos de la reforma

3.1 El recurso ante el Defensor del Pueblo: la posible inconstitucionalidad de la reforma

La reforma del artículo 23.4 de la LOPJ ha suscitado la denuncia de la posible inconstitucionalidad del nuevo precepto. En efecto, las declaraciones de algún senador ya anunciaban este potencial efecto, al señalar en el debate parlamentario que la nueva redacción contravenía el artículo 96 de la Constitución española (CE)⁸⁵. Precisamente este es uno de los motivos alegados por la “Plataforma contra la impunidad por la Justicia Universal” (entidad constituida por 174 organizaciones) en el escrito presentado al Defensor del Pueblo, solicitando la interposición de recurso de inconstitucionalidad contra la Ley Orgánica 1/2009⁸⁶.

Al invocarse como motivo de inconstitucionalidad el apuntado artículo 96 de la CE, se efectúa, en conexión con el principio de legalidad artículo 9.3 y el artículo 10.2 de la norma suprema. En este sentido y según este precepto, en el escrito al Defensor del Pueblo se le recuerda, que la interpretación de normas relativas a derechos fundamentales debe efectuarse de acuerdo a la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados internacionales⁸⁷. Es más en este contexto, se acude a la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 23 de mayo de 1969, que determina la primacía del Derecho Internacional sobre el derecho interno, una vez que aquel es incorporado por un Estado⁸⁸. Así pues, aludiendo a los compromisos de España establecidos por la Convención contra la Tortura (1984) y las Convenciones de Ginebra (1949), se recuerda que el artículo 26 de este mismo Convenio de Viena enuncia el principio de cumplimiento de buena fe, que

⁸⁵ Intervención de Sampol i Mas en el debate del Senado, Cortes Generales, Diario de Sesiones del Senado, IX Legislatura, nº 54, Sesión del Pleno, 7 de octubre de 2009, p. 2567: “Con este proyecto de ley, por tanto, el Gobierno y los parlamentarios que voten a favor pretenden incumplir el Convenio de Ginebra, entre otros; convenios que ya están incorporados al ordenamiento jurídico español. Y no solo pretenden incumplir estos convenios, estos tratados internacionales, sino que lo hacen incumpliendo el artículo 96 de la Constitución española, que les voy a leer: “Los tratados internacionales válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España, formarán parte del ordenamiento interno. Sus disposiciones solo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios tratados o de acuerdo con las normas generales del derecho internacional”. No se puede unilateralmente infringir un tratado internacional firmado por el Estado español.”

⁸⁶ Escrito de la “Plataforma contra la impunidad por la Justicia Universal” al Defensor del Pueblo, Expediente 10000125, Madrid, 13 de enero de 2010.

⁸⁷ Artículo 10.2 CE: “Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España”.

⁸⁸ Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 23 de mayo de 1969, depósito de la adhesión por España de 16 de mayo de 1972, entrada en vigor general y para España, 27 de enero de 1980, BOE Nº 142, 13 de junio de 1980. El artículo 27 de la Convención especifica que “una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado”.

rige en la observancia de los tratados⁸⁹. Además deberá tenerse en cuenta su objeto y su fin⁹⁰. Todas estas disposiciones no pueden ser obviadas, habida cuenta además de la salvedad expresa contemplada en el nuevo artículo 23.4 de la LOPJ, que es aplicable “sin perjuicio de lo que pudieran disponer los tratados y convenios internacionales suscritos por España”.

Siguiendo con el hilo argumental de la posible inconstitucionalidad, debe tenerse presente el artículo 24.1 CE, que vela por el derecho a la tutela judicial efectiva. Precisamente esta misma disposición fue en su día invocada en la célebre sentencia del Tribunal Constitucional del caso Guatemala. En este asunto, el argumento de la vinculación de los crímenes a “otros intereses españoles relevantes” (que exigía el Tribunal Supremo) fue replicado, concluyendo que dicha interpretación “desborda los cauces de lo constitucionalmente admisibles desde el marco que establece el derecho a la tutela judicial efectiva consagrado en el artículo 24.1 CE.” Además el Tribunal Constitucional revocó en otro punto, la decisión del Tribunal Supremo, precisando que la exigencia de acreditar la inactividad judicial (en el país de la comisión de los crímenes, en este caso Guatemala) resultaría “una *probatiodiabolica*, que abocaría a una impunidad en este contexto”. Y se añadía que “en suma, tan rigorista restricción de la jurisdicción universal, se contradice con la regla hermenéutica *pro actione*, y se hace acreedora de reproche constitucional por vulneración del art. 24.1 CE”⁹¹.

Finalmente el Defensor del Pueblo no ha dado trámite a la interposición del recurso de inconstitucionalidad. Ahora bien inevitablemente en un futuro estos argumentos deberán ser valorados por el Tribunal Constitucional, cuando se le interpele a través de los recursos de todos aquellos casos que han venido archivándose en la Audiencia Nacional, como consecuencia de la reforma.

3.2 Efectos sobre los casos en instrucción

Cuando entra en vigor el nuevo artículo 23.4 LOPJ, tras la publicación en el BOE en noviembre de 2009, en la Audiencia Nacional había abiertas trece causas en

⁸⁹ Según el principio *pacta sunt servanda* (artículo 26 de la Convención de Viena y principio fundamental del derecho internacional tal y como indica la Resolución 2625/XXV de la Asamblea General de las Naciones Unidas), los Estados deben ejecutar de buena fe los tratados y las obligaciones internacionales que dimanen de ellos. Este principio general del derecho internacional tiene como corolario que los Estados (que responden de forma unitaria) no pueden argumentar obstáculos de derecho interno para sustraerse a sus compromisos internacionales. De esta manera, las normas relativas al ejercicio de la jurisdicción deben aplicarse respetando los compromisos legales que hayan quedado precisados en los convenios y tratados ratificados por España.

⁹⁰ Es más el artículo 31.1 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados postula que “un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de éstos y teniendo en cuenta su objeto y su fin.”

⁹¹ Sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Constitucional de 26 de septiembre de 2005, sentencia nº 237/2005, Cuarto Fundamento de Derecho.

aplicación del principio de jurisdicción universal. De entre ellas, “se piensa que podía servir la reforma para archivar cinco, (...) precisamente las más políticamente espinosas” (Roldán, 2010, p. 276). Todas ellas afectan a dirigentes y mandos militares de las dos principales potencias mundiales que se sientan de forma permanente en el Consejo de Seguridad: China y los Estados Unidos. A las dos causas por el genocidio cometido en Tíbet y contra el grupo religioso Falun Gong, se suman los casos de víctimas de Guantánamo y el dirigido contra seis presuntos responsables de la Administración Bush, acusados de orquestar todo el sistema de torturas en la base norteamericana en Cuba; aunque sobre este última causa debe remarcar que la parte demandante ha presentando nuevas pruebas relativas a la interferencia política y de fiscales en el proceso, tal y como desvelan los cables publicados por Wikileaks; lo cual puede dar un giro al proceso⁹². Del mismo modo se han constatado interferencias en el proceso de Guantánamo bajo investigación del Juez Baltasar Garzón⁹³.

El otro caso que preocupaba al Ejecutivo español, por la férrea presión israelí, fue archivado con anterioridad a la entrada en vigor de la reforma⁹⁴. Efectivamente el Pleno de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, en un controvertido auto de 9 de julio de 2009, accedió a las pretensiones del fiscal, que exigía cerrar el caso⁹⁵. Por un lado se invocó el principio de subsidiariedad en favor de una investigación

⁹² Center for Constitutional Rights, Joint Expert Opinion, 11 diciembre 2010, Juzgado Central de Instrucción nº 6, Diligencias Previas 134/09. En este documento se describen dichas interferencias en la justicia, y se adjuntan copias de los cables. Los mismos hacen referencia a los casos de Couso y Vuelos de la CIA, y pueden afectar de la misma forma al desarrollo de los mismos en la Audiencia Nacional, 07MADRID1805/122552, 18 Sept. 2007 (discussing meeting between U.S. Embassy staff in Madrid and Javier Zaragoza to discuss proceedings in Spain against former Guantánamo detainees); 07MADRID82/92692, 16 Jan. 2007, 07MADRID101/93036 18 Jan. 2007, 07MADRID141/94177 26 Jan. 2007, and 07MADRID911, 14 May 2007/12958 (discussing meeting between U.S. officials and Spanish officials, including Attorney General and Chief Prosecutor, regarding Couso case); 06MADRID3104/91121, 28 Dec. 2006 (discussing the rendition case pending before Judge Moreno).

⁹³ Carlos E. Cué, “Zaragoza tiene una estrategia para torcer el brazo a Garzón en el ‘caso Guantánamo. El fiscal jefe de la Audiencia Nacional estudió tres veces con EE UU los pasos a seguir para lograr archivar la causa”, El País 30 de diciembre de 2010, http://wap.elpais.com/index.php?module=elp_gen&page=elp_gen_noticia&idNoticia=20101130elpepunac_37.Tes&seccion=nac. “El primer paso de la embajada recogido por los cables confidenciales se remonta al 31 de marzo de 2009. Ese día los diplomáticos contactaron con el jefe de Gabinete del entonces ministro de Asuntos Exteriores, Miguel Ángel Moratinos, Agustín Santos, para decirle que el Gobierno de EE UU consideraba “un problema serio” que se abriera una causa en España por las supuestas torturas en Guantánamo. Acto seguido, los funcionarios estadounidenses se centraron en el fiscal jefe de la Audiencia Nacional, Javier Zaragoza. William Duncan, consejero político de la embajada, y una asesora jurídica fueron a verle a su despacho de la Audiencia, en la calle de Génova, el 1 de abril de 2009. “Nos explicó que él decidiría si había que abrir una causa criminal. Las pruebas estaban encima de la mesa de su despacho en cuatro carpetas rojas de un pie de altura”, describe Duncan en un cable fechado ese mismo día.”

⁹⁴ Sobre el caso, véase Pérez y Escudero (2009).

⁹⁵ Auto 1/09 del Pleno de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, Recurso de Apelación 31/09, Rollo de la Sala de la Sección 2ª nº 118/09, Juzgado Central de Instrucción nº 4, Diligencias Previas 157/08.

de los hechos denunciados en un “Estado democrático” como Israel; y por otro, se desatendió el argumento por el cual dicha investigación no constituía un “proceso judicial penal”, ya que el esclarecimiento de los hechos corría a cargo de una comisión militar⁹⁶.

Respecto a los otros controvertidos casos en instrucción, ante la entrada en vigor de la reforma, algunos jueces han requerido a los querellantes y al ministerio fiscal que se pronuncien sobre si dichas causas se ajustan a los nuevos requisitos legales⁹⁷. No sorprende que la primera causa en la que el fiscal haya solicitado el archivo, por no presentar la misma nexos de conexión nacional relevante con España, sea la más sensible políticamente; nos referimos al caso Tíbet de 2008 que tiene como acusados a ministros en activo del Gobierno de Beijing.

Al mismo tiempo cumpliendo con el requerimiento efectuado, en relación con la entrada en vigor de la Ley 1/2009, las asociaciones en defensa de los derechos humanos han presentado los respectivos escritos de alegaciones. Uno de los principales razonamientos jurídicos hace referencia de nuevo a la posible inconstitucionalidad de la reforma y del consecuente archivo de las causas en curso. De esta forma se alega que se ha producido con respecto a los procesos actualmente en trámite ante los tribunales españoles, una falta de jurisdicción sobrevenida que priva de enjuiciamiento a los mismos⁹⁸. Y esta laguna no ha sido subsanada por disposiciones transitorias⁹⁹, por lo que un auto de archivo puede atentar contra el

⁹⁶ Voto particular al Auto 1/09 del Pleno de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional de los magistrados Manuela Fernández Prado, José Ricardo de Prada Solaesa, Clara Bayarri García y Ramón Sáez Varcárcel.

⁹⁷ El primer juez en requerir estos extremos ha sido Santiago Pedraz, instructor de la causa del Tíbet, dirigida contra ministros y cargos políticos y militares chinos en activo. Providencia de 27 de noviembre de 2009. Diligencias Previas 242/2008-10, Juzgado Central de Instrucción nº 1, Audiencia Nacional.

⁹⁸ No cabe confundir falta de competencia sobrevenida con falta de jurisdicción, pudiéndonos encontrar en el caso de la reforma ante esta segunda circunstancia. Se priva a la jurisdicción española, íntegramente, del enjuiciamiento de los delitos de genocidio y lesa humanidad, terrorismo, piratería y apoderamiento ilícito de aeronaves, entre otros, que continúan siendo delitos en nuestro Código Penal, salvo que haya habido víctimas españolas, que los presuntos responsables se encuentren en España, o que se constate algún vínculo de conexión relevante con España. Siendo así, no podría pues ningún juzgado ni tribunal español juzgar estos delitos salvo la concurrencia de cualquiera de estos requisitos. Con ello no se está declarando una falta de competencia sino una falta de jurisdicción, esto es, una imposibilidad de juzgar un crimen.

⁹⁹ Escrito de alegaciones de 21 de diciembre de 2009, caso Tíbet, Diligencias Previas 242/2008-10, Juzgado Central de Instrucción nº 1, Audiencia Nacional. Según estas alegaciones, hasta la reforma ha existido la facultad de juzgar, y ahora aparentemente se elimina. Esta falta de jurisdicción sobrevenida, se elimina o subsana a través de las oportunas disposiciones transitorias. El problema se presenta, como ocurre en el presente supuesto, cuando tales disposiciones no existen. El legislador se ha olvidado de ellas, eliminando la jurisdicción sin señalar qué ocurre con los procedimientos actualmente en trámite. Si bien se refiere a la falta de competencia, el art. 51.2 de la tan nombrada LOPJ señala, que “en la resolución que se señale la falta de competencia se expresara el órgano que se considere competente”. Es decir que la Audiencia Nacional si admite

principio *pro actione* y el derecho a la tutela judicial efectiva reconocido por el artículo 24.1 CE¹⁰⁰.

No obstante a pesar de estas alegaciones, el caso del Tíbet ha sido el primero en padecer las consecuencias de la enmienda del artículo 23.4 de la LOPJ. Siendo así, el juez Santiago Pedraz, mediante auto de 26 de febrero de 2010, consideró que el asunto no reunía los requisitos de la reforma, ya que no existe nexo de conexión nacional relevante alguno entre España y Tíbet¹⁰¹.

Ahora bien, queda pendiente de resolver el recurso de apelación de este caso por parte de la Sección 2ª o del Pleno de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional. Una de las cuestiones a interpretar es la de qué se entiende por “vínculo de conexión relevante con España”, concepto subjetivo e indeterminado que no define jurídicamente la L.O. 1/2009. En este ámbito, la tesis del Ministerio Fiscal estipula que (para seguir conociendo del caso) debe haber algún vínculo relativo a “relaciones históricas, sociales, culturales, jurídicas, políticas, pertenencia en el pasado a una misma unidad política, compartir un idioma común con nexos culturales relevantes, participar en organizaciones políticas internacionales, etc.” Por el contrario, la parte querellante en el recurso de reforma ha entendido que cabe la posibilidad de aceptar cualquier tipo de vínculo con la única condición de que sea relevante¹⁰². Consecuentemente atendiendo al adagio *ubilex non distinguit, nec nos distinguere debemus*, podría incluirse el nexo económico y comercial con China. En todo caso, el Juzgado Central de Instrucción nº 1 de la Audiencia Nacional ha desestimado esta argumentación, añadiendo que el vínculo relevante debiera justificarse de España con Tíbet y no de España con China¹⁰³.

su falta de jurisdicción y deja de juzgar, debería señalarse cual es el órgano competente para hacerlo toda vez que el delito no ha desaparecido. Y difícilmente puede hacerlo si no existe dicho órgano, a no ser que sean los tribunales españoles.

¹⁰⁰ La Sentencia del Tribunal Constitucional 35/1995 de 7 de febrero, Fundamento Jurídico 5º, declara que la vigilancia de las decisiones que cierran el acceso a un proceso debe ser estricta, ya que el principio “*pro actione*” es de obligada observancia. En consecuencia pues, estos principios, que se integran y recogen en el artículo 24 de la CE, pueden conducir, según las asociaciones querellantes, a que la interpretación de la reforma implique el mantenimiento de los procesos vigentes hasta su terminación. Según esta argumentación el deber de este principio obliga a los órganos jurisdiccionales a interpretar los requisitos procesales de forma proporcionada. Lo cual impide que determinadas interpretaciones y aplicaciones de los mismos eliminen u obstaculicen desproporcionadamente, el derecho a que un órgano judicial conozca y resuelva en derecho sobre la pretensión sometida, Sentencia Tribunal Constitucional 122/1999 de 28 de junio, Fundamento Jurídico 2º. En el mismo sentido señala la Sentencia Tribunal Constitucional 157/1999 de 14 de septiembre, Fundamento Jurídico 3º, que la interpretación judicial de la legalidad con una excesiva rigurosidad puede conducir a vulnerar el derecho a la tutela judicial efectiva contenida en el principio *pro actione*.

¹⁰¹ Auto de archivo de 26 de febrero de 2010, Diligencias Previas 242/2008, Juzgado Central de Instrucción nº 1, Audiencia Nacional. En especial, véanse los razonamientos jurídicos 1º y 2º.

¹⁰² Recurso de reforma de 3 de marzo de 2010, Diligencias Previas 242/2008, Juzgado Central de Instrucción nº 1, Audiencia Nacional.

¹⁰³ Auto desestimatorio del recurso de reforma de 26 de marzo de 2010, Diligencias Previas 242/2008, Juzgado Central de Instrucción nº 1, Audiencia Nacional, Fundamento Jurídico Único b.

De igual modo, mediante providencia de 7 de abril de 2010, el juez Eloy Velasco, instructor del caso contra responsables del gobierno de Bush¹⁰⁴, tomando nota del cambio de “los requisitos de perseguibilidad de los llamados delitos de persecución universal” ha solicitado a las partes si hay motivos para continuar con la investigación. En respuesta a esta solicitud, la Opinión de Experto Conjunta planteada al juez, considera que esa conexión, no sólo se desprende de la nacionalidad española de una víctima torturada, sino del interés de España en la persecución de crímenes internacionales al ser parte de tratados internacionales, tales como la Convención contra la Tortura (1984) y los Convenios de Ginebra (1949)¹⁰⁵.

En definitiva, algunos de los casos más sensibles para la clase política española, Palestina y Tíbet, han sido archivados (aunque pendientes de resolución de recursos), mientras que las causas de Guantánamo y el “equipo legal de Bush” permanecen abiertas a la espera de valorar, tanto esa conexión nacional, como las nuevas pruebas aportadas por los cables publicados por Wikileaks. En todo caso, parece ser, siguiendo la tesis del fiscal, que el resto de asuntos, tales como el de los asesinatos de Jesuitas españoles en El Salvador, Guatemala y el Sahara Occidental, presumiblemente continuarán su avance procesal. La conexión histórica y pertenencia a la misma unidad política en el pasado colonial, la nacionalidad española de alguna de las víctimas, junto con la inferior y limitada repercusión de estos casos en las relaciones internacionales, vienen a determinar los argumentos en favor de la persecución de estos crímenes contra la humanidad. Habida cuenta de estos precedentes, y como consecuencia de la última represión violenta al pueblo saharauí¹⁰⁶ y el ataque armado israelí a la “flotilla de la libertad” que se dirigía a Gaza¹⁰⁷, en la cual se encontraban ciudadanos españoles, se acaban de presentar nuevas querellas

¹⁰⁴ Providencia de 7 de abril de 2010, Diligencias Previas 134/2009, Juzgado Central de Instrucción nº 6, Audiencia Nacional.

¹⁰⁵ Opinión de Experto Conjunta de M. Ratner, K. Gallagher del Center for Constitutional Rights, W. Kalleck y G. Sullivan del European Center for Constitutional and Human Rights, de 23 de abril de 2010, Diligencias Previas 134/2009, Juzgado Central de Instrucción nº 6, Audiencia Nacional.

¹⁰⁶ En relación con estos hechos se han presentado dos querellas ante la Audiencia Nacional: “La Liga Española pro Derechos Humanos se querrela contra tres ministros marroquíes y pide la declaración de Jiménez”, Europa Press, 16 de noviembre de 2010, en <http://www.europapress.es/internacional/noticia-sahara-liga-espanola-pro-ddhh-querella-contra-tres-ministros-marroquies-pide-declaracion-jimenez-20101116120108.html>. “La familia del español muerto en el Sáhara se querrela contra Marruecos”, El País, 23 de noviembre de 2010, en http://www.elpais.com/articulo/Comunidad/Valenciana/familia/espanol/muerto/Sahara/querella/Marruecos/elpepuint/20101123elpval_3/Tes

¹⁰⁷ Manuel Altozano: “Querrela por crímenes contra la humanidad contra Netanyahu por el abordaje de la flotilla. El escrito de querrela contra el primer ministro israelí y seis de sus ministros basa la competencia de la Audiencia Nacional en las supuestas detenciones ilegales, traslados a Israel y deportaciones forzosas de tres españoles”, El País, 22 de julio de 2010. El texto íntegro de la querrela se puede consultar en http://www.elpais.com/elpaismedia/ultimahora/media/201007/22/espana/20100722elpepunac_2_Pes_PDF.pdf Finalmente la querrela se ha admitido a trámite por el Juzgado Central de Instrucción nº 5, http://www.redress.org/EU_Newsletter_Nov_2010.pdf. El auto de admisión del Juzgado Central de Instrucción nº 5 de 30 de julio de 2010, Diligencias Previas 197/2010, puede consultarse en http://www.telecinco.es/pdf/2010-7-30_Auto_abre_diligencias_ataque_flotilla.pdf

en la Audiencia Nacional que presumiblemente debieran ser admitidas, dada la conexión nacional que presentan los hechos denunciados.

3.3 La conexión nacional y la inadmisión a trámite de nuevas denuncias de crímenes internacionales

Si bien la justicia para las víctimas en casos ya iniciados se ha visto limitada o anulada con la reforma, los efectos respecto a nuevas querellas no han sido menos restrictivos. Con anterioridad a la entrada en vigor de la L.O. 1/2009, se presentaron dos nuevas iniciativas legales invocando el todavía no modificado artículo 23.4 de la LOPJ, con la intención de evitar los nuevos condicionantes legales.

El 6 de octubre de 2009 se interpuso una querrela contra los máximos mandatarios estadounidenses y británicos por los crímenes internacionales cometidos en Irak durante las última dos décadas. Semanas más tarde, el Juzgado Central de Instrucción nº 1 de la Audiencia Nacional, archivó la causa con un único razonamiento jurídico, alegando que “carecía de competencia para conocer los hechos denunciados, ya que los presuntos responsables no se encuentran en España, no existen víctimas de nacionalidad española, ni consta vínculo relevante con España”¹⁰⁸. En este caso el juez textualmente reprodujo lo dictaminado previamente por el informe del fiscal, el cual vino a añadir que “en el propio Irak se han iniciado procedimientos que suponen la investigación de los hechos denunciados”¹⁰⁹. Sorprende cuanto menos dicha aseveración, teniendo en cuenta la más que cuestionable legitimidad, imparcialidad y competencia material del Tribunal Especial de Irak¹¹⁰.

Otra de las querellas presentadas ha sido la relativa a los crímenes de guerra y de lesa humanidad cometidos por la Junta Militar Birmana. En este supuesto, el juez Fernando Grande-Marlaska “no obviando la extrema gravedad de los hechos objeto de la imputación y la necesidad de su investigación”, ha acordado el archivo de la causa¹¹¹. Este auto de inadmisión, no sólo hace referencia una vez más a la falta de conexión nacional, sino que se recurre al igual que en el caso Palestina, a la existencia de una investigación abierta en el país de comisión de los hechos, Myanmar (antigua Birmania). Este último argumento parece ignorar que dicha comisión de investigación se lleva a cabo por parte de funcionarios de un Estado dictatorial, lo cual hace

¹⁰⁸ Auto de archivo de 23 de noviembre de 2009, Diligencias Previas 302/2009, Juzgado Central de Instrucción nº 1, Audiencia Nacional.

¹⁰⁹ Informe del fiscal Ignacio Gordillo Álvarez-Valdés nº 02181/2009, de 18 de noviembre de 2009, Diligencias Previas 302/2009, Juzgado Central de Instrucción nº 1, Audiencia Nacional.

¹¹⁰ V. S. Ghoshray, “Enforcing International Criminal Law in the Iraqi Special Tribunal: an analysis of the scope, jurisdiction and legitimacy of the proposed legal framework”, en www.isrl.org/Papers/2004.

¹¹¹ Auto de archivo de 23 de diciembre de 2009, Diligencias Previas 284/09, Juzgado Central de Instrucción nº 3, Audiencia Nacional.

presuponer su más absoluta parcialidad. Además dicho presunto órgano de investigación no ha supuesto “una persecución efectiva”, tal y como exige ese aludido límite de la concurrencia contemplado en la nueva redacción del artículo 23.4 de la LOPJ¹¹².

Con todo, uno de los debates jurídicos más relevantes, que se ha abierto con ocasión de este caso (y de los posteriores recursos de reforma y de apelación interpuestos), es el que hace referencia a la competencia de la jurisdicción española en el supuesto de crímenes de guerra. Llegados a este punto debe recordarse que en la actual reforma del art. 23. 4 de la LOPJ se prescribe que los vínculos de conexión nacional se aplican “sin perjuicio de lo que pudieran disponer los tratados y convenios internacionales suscritos por España”. En este sentido, en lo relativo a las Convenciones de Ginebra, ratificadas por España, y a las que remite el Código Penal, disponen que los crímenes en ellos contemplados deben ser perseguidos sobre la base del principio de jurisdicción universal, cualquiera que sea la nacionalidad del autor (Convención I, art. 49; Convención II, art. 50; Convención III, art. 129; Convención IV, art. 146). En concreto estas disposiciones contemplan que para los delitos contra las personas civiles protegidas en conflictos armados, cada Estado parte “tendrá la obligación de buscar a las personas acusadas de haber cometido u haber ordenado cometer, una cualquiera de las infracciones graves y deberá hacerla comparecer ante los propios tribunales sea cual fuere su nacionalidad”¹¹³. Precisamente esta interpretación es la efectuada por el magistrado Fernando Andreu del Juzgado Central de Instrucción nº 4 de la Audiencia Nacional, en el caso del asalto contra civiles en el campo de Ashraf de Bagdad. En este asunto, el juez en lugar de plegarse a la pretensión de archivo del fiscal, ha exceptuado el que no se reúnan las pertinentes conexiones nacionales, acudiendo a la obligación de la jurisdicción española de perseguir crímenes de guerra, según lo estipulado en el mencionado artículo 146 de la IV Convención de Ginebra. De esta forma ha librado comisión rogatoria internacional a las autoridades judiciales iraquíes, con el propósito de corroborar si en aquel país hay abierta una investigación sobre los hechos denunciados¹¹⁴.

¹¹² En este sentido la misma Nota del Secretario General de las Naciones Unidas, A/63/341, de 5 de septiembre de 2008 concluía respecto a este organismo que no ha identificado ni sancionado a ninguno de los responsables de la masacre de septiembre de 2007. Es más, concluía que, “el sistema judicial de Birmania aparenta obrar de manera imparcial y dicta sentencias bajo la apariencia de un Estado de Derecho. Sin embargo, tal y como funciona en la actualidad, el poder judicial no es independiente y está controlado directamente por el Gobierno y las fuerzas armadas”.

¹¹³ Convención I, art. 49; Convención II, art. 50; Convención III, art. 129; Convención IV, art. 146.

¹¹⁴ Auto de 26 de noviembre de 2009, Diligencias Previas 211/2009, Juzgado Central de Instrucción nº 4, Audiencia Nacional. Los hechos denunciados en esta querrela versaban sobre el asalto armado, por parte de fuerzas especiales iraquíes el 28 y 29 julio de 2009, sobre civiles desarmados iraníes que se encontraban en el campo de Ashraf. La ofensiva ocasionó la muerte de 11 exiliados iraníes pertenecientes a la Organización de los Muyaidines del Pueblo de Irán y la detención de 36 refugiados.

Por el contrario, el juez instructor Grande Marlaska, ante la interposición de esta misma alegación en el recurso de reforma del caso Birmania, ha dictaminado su inadmisión al tratarse de un conflicto de carácter interno. En concreto ha argumentado que el “principio de jurisdicción universal, sólo es admisible respecto a las llamadas “graves infracciones” definidas en los Cuatro Convenios de Ginebra y el Protocolo I. Por otro lado, los crímenes de guerra que no constituyen graves infracciones, los recogidos en el Protocolo II de 1997, que regula los actos cometidos en un conflicto armado de carácter no internacional, no conllevan la exigencia de aplicar la Justicia Universal”¹¹⁵.

Con todo, queda por resolver el recurso de apelación por la Sala, cuyos razonamientos jurídicos deberán valorarse. En primer lugar se debe considerar que entre las personas protegidas por crímenes de guerra, según el artículo 608 del Código Penal, se encuentran en el apartado 7: “Cualquier otra que tenga aquella condición en virtud del Protocolo II Adicional de 8 de junio de 1977 o de cualesquiera otros Tratados internacionales en los que España fuere parte”. Esto es, están protegidas las víctimas de los conflictos armados internos que hace referencia el Protocolo II. En este sentido todas las penas que se prevén para los infractores de las acciones contempladas en este capítulo “de los delitos contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado”, lo son indistintamente para crímenes de guerra tanto de carácter internacional, como interno.

Es más, es necesario hacer referencia a los efectos que ha producido el artículo 8 del Estatuto de la Corte Penal Internacional en las legislaciones nacionales (Pignatelli y Meca, 2000, p. 229-380), al reconocer la generación de responsabilidad internacional individual por la comisión de un crimen de guerradurante un conflicto interno. De esta forma y habida cuenta de los hechos denunciados en la querrela de Birmania, según el Artículo 8º, 2, e), viii), del Estatuto de Roma, durante un conflicto armado interno, el desplazamiento de civiles constituye un crimen de guerra, cuando se cometa como parte de un plan o política o como parte de la comisión en gran escala de tales crímenes; y en la medida que sea una violación grave de las leyes y los usos aplicables en los conflictos armados que no sean de índole internacional. El desplazamiento como crimen de guerra se configura cuando se ordena el desplazamiento de la población civil por razones relacionadas con el conflicto, a menos que así lo exija la seguridad de los civiles o por razones militares imperativas. Asimismo el artículo 3º común a los Convenios de Ginebra de 1949 y el Protocolo adicional II, se aplican a los conflictos armados no internacionales. Igualmente el artículo 611.4 del Código Penal, de acuerdo con el Derecho Internacional, castiga “con la pena de prisión de diez a quince años, sin perjuicio

¹¹⁵ Auto de inadmisión del recurso de reforma de 3 de marzo de 2010, Diligencias Previas 284/09, Juzgado Central de Instrucción nº 3, Audiencia Nacional.

de la pena que corresponda por los resultados producidos, el que, con ocasión de un conflicto armado: 4) Deporte, traslade de modo forzoso, tome como rehén o detenga o confine ilegalmente a cualquier persona protegida (...)”¹¹⁶.

Además el secuestro y el reclutamiento forzoso de niños soldados es una práctica calificada de crimen de guerra, y más aún si cabe en el presente caso, habida cuenta que en la actualidad Birmania es el país del mundo que tiene más niños soldados. El Estatuto de Roma define como “violaciones graves de las leyes y los usos aplicables en los conflictos armados que no sean de carácter internacional”, en concreto en el Artículo 8.2.e. vii), el “Reclutar o alistar a niños menores de 15 años en las fuerzas armadas nacionales o utilizarlos para participar activamente en las hostilidades”. En este sentido el Tribunal Penal Internacional en el caso contra Bosco Ntaganda, ha acusado a este antiguo Jefe Adjunto de las Fuerzas Patrióticas para la Liberación del Congo por la comisión de crímenes de guerra con motivo del reclutamiento de niños menores de 15 años; los cuales se les enviaba a participar en el conflicto armado del Congo¹¹⁷.

Precisamente también en mayo de 2004, la Cámara de Apelaciones del Tribunal Especial para Sierra Leona dictaminó en el contexto de un conflicto armado interno que la prohibición de reclutar niños menores de quince años había cristalizado como derecho internacional consuetudinario anterior a 1996 y que por tanto dicha infracción incurría en una responsabilidad penal¹¹⁸.

Así pues, aunque todos estos argumentos deben ser interpretados y aplicados o no por los magistrados ponentes de la Sala Penal en la Audiencia Nacional, lo cierto es que el filtro de los nuevos requisitos legales del nuevo artículo 23.4 de la LOPJ está, de hecho, obstaculizando la admisión a trámite de nuevos casos.

4. Balance provisional de la reforma

De todo lo acontecido hasta la fecha en los tribunales españoles, fundamentalmente en los juzgados centrales de instrucción de la Audiencia Nacional, se puede concluir que el balance en favor de las aspiraciones de justicia de las víctimas de crímenes internacionales resulta, a todas luces, negativo. Los nuevos requisitos de conexión nacional están siendo, en la gran mayoría de casos, devastadores para la persecución de presuntos genocidas y criminales de guerra¹¹⁹.

¹¹⁶ Sobre la regulación de los crímenes de guerra en España, véase Pignatelli y Meca(2003).

¹¹⁷ ICC – 01/04-02/06, *Case Prosecutor v. Bosco Ntaganda*. Warrant arrest issued by Pre-Trial Chamber I, unsealed on 28 April 2008.

¹¹⁸ Summary of Decision on Preliminary Motion on Lack of Jurisdiction (Child Recruitment), *Prosecutor v. Sam Hing Norman*, Appeals Chamber of the Special Court for Sierra Leone, May 31, 2004, Case Number SCSL-2003-14-AR72 (E).

¹¹⁹ Ignacio de la Rasilla del Moral, “TheSwanSong of Universal Jurisdiction in Spain”, *Int’lCrim. L. Rev.* Vol. 9 (2009), p. 805, concluye que la reforma implica el archive de las causas relativas a Israel y China.

Con todo, no existe un criterio unánime a la hora de aplicar estos presupuestos legales en todos los juzgados. Es por ello que aún resulta prematuro efectuar un balance definitivo del alcance de la reforma, hasta que no se vayan pronunciando sobre estos nuevos condicionantes del nuevo artículo 23.4 de la LOPJ, los magistrados del Pleno de la Sala de la Audiencia Nacional, del Tribunal Supremo y sobretodo del Tribunal Constitucional. La indefinición jurídica del término “conexión relevante con España”, la exacta aplicación de lo prescrito por las Convenciones de Ginebra¹²⁰, el efecto retroactivo de la nueva ley procesal penal¹²¹ y la posible vulneración de la reforma del derecho constitucional a la tutela judicial efectiva, constituyen argumentos que deberán ir resolviéndose en distintas instancias judiciales; en todo caso, las perspectivas no son nada halagüeñas para los que buscan el fin de la impunidad.

Siendo así el resultado provisional en lo judicial no se está ajustando a los pronósticos optimistas del ejecutivo español, cuando la misma vicepresidenta del Gobierno justificaba la reforma, no como un retroceso, sino como una mejora y una reafirmación con el compromiso de la justicia universal. No sorprende a la hora de analizar las repercusiones en la esfera de las relaciones internacionales que las víctimas y los máximos gobernantes no se pronuncien del mismo modo. Así por ejemplo con ocasión de la última visita oficial del presidente del Gobierno, José Luís Rodríguez Zapatero a Israel, mientras el Congreso aprobaba la reforma, su homólogo israelí, Simón Peres, públicamente le agradecía la enmienda legislativa y el archivo de la causa palestina¹²². Probablemente las víctimas de Gaza que acudieron a la Audiencia Nacional en virtud del principio de jurisdicción universal no compartan estas mismas felicitaciones. Es por ello, que se ha llegado a calificar la reforma del artículo 23.4 de la LOPJ, como “un paso cómplice en garantizar la impunidad de *amigos y conocidos* con los que pueden hacer negocios”¹²³.

En este sentido algunas de estas víctimas puedan estar preguntándose si acaso, en última instancia, se está haciendo inevitable recurrir a la violencia y al terror para reivindicar los derechos que le son propios a los pueblos, o al menos así atraerse la

¹²⁰ Sobre la obligación de los estados de perseguir los crímenes de guerra, Eric David, “Que reste-t-il de la compétence universelle dans la loi du 5 août 2003?”, *Jura Falconis*, jg 40, (2003-2004), nº 1, 55-72 en <http://www.law.kuleuven.be/jura/art/40n1/david.html>

¹²¹ Manuel OlléSesé, “El principio de justicia universal en España: del caso Pinochet a la situación actual”, en J. Tamarit Sumilla (coord.) *Justicia de transición, justicia penal internacional y justicia universal*, Atelier, Barcelona, 225-242, p. 220. Según este abogado, autor de distintas querellas de justicia universal en España, “las leyes procesales penales siguen el principio *tempus regit actum* y, por tanto, carecen de efectos retroactivos.”

¹²² J.M. Muñoz y M. González, “Peres agradece a Zapatero que haya impedido los juicios en España contra militares israelíes”, *El País*, 15 de octubre de 2009.

¹²³ Antonio Remiro Brotons, “Derecho y política en la persecución de crímenes internacionales en España”, en J. Tamarit Sumilla (coord.) *Justicia de transición, justicia penal internacional y justicia universal*, Atelier, Barcelona, p. 220.

atención de la comunidad internacional. Lamentablemente, hoy en día, se presenta esa paradoja, por la cual, por una parte se persigue la paz y se lucha contra el terrorismo internacional a través de guerras ilegales, y por otra, no se premian propuestas pacíficas a crisis enquistadas como las de Tíbet o Birmania. En esta desesperanza se encuentra el origen de los grupos violentos, cuyas voces ya comienzan a escucharse en estos pueblos oprimidos que desde hace décadas resisten a través de métodos no violentos. Si realmente conforme a los propósitos de las Naciones Unidas se está interesado en la resolución pacífica de los conflictos, se debería actuar más sobre sus causas y no sólo sobre sus manifestaciones más extremas.

En conclusión, resulta llamativo que cuando los perseguidos por crímenes internacionales son los gobernantes de los países más poderosos, haya que ajustar de forma súbita las leyes de justicia universal. El caso español no es el único, y así por ejemplo en 2003, Bélgica hizo lo propio cuando un juzgado de ese país perseguía al máximo dignatario israelí, Ariel Sharon, por los ataques contra los campos de refugiados de Sabra y Shatila, cerca de Beirut¹²⁴. A estas lagunas en la justicia universal en los tribunales nacionales, se añade la imposibilidad de perseguir a los mandatarios de estos mismos países poderosos en el Tribunal Penal Internacional, al no haber suscrito el Estatuto de Roma. Por todo ello no es de extrañar que el empleo selectivo de la justicia universal y el derecho penal internacional (sobre todo focalizado en casos africanos) haya sido calificado de una nueva forma de “neo-colonialismo”¹²⁵. Parece que existe un doble rasero en la persecución de la criminalidad internacional, y que en cambio, no origine enfrentamientos diplomáticos, ni controversias jurídicas, si únicamente se trata de perseguir casos, como los relativos a la piratería en aguas del Índico¹²⁶.

Aún así, más allá de estos condicionantes, el efecto catalizador y de contagio de los casos de justicia universal en España sobre el inicio del fin de la impunidad en Chile y Argentina, el “efecto pedagógico”¹²⁷ e incluso ético¹²⁸ de la aplicación

¹²⁴ Malvina Halberstam, “Belgium’s Universal Jurisdiction Law: Vindication of International Justice or Pursuit of Politics?”, *Cardozo L. Rev.* 25 (2003), 247-266. Human Rights Watch, “Belgium universal jurisdiction law repealed”, 1 de agosto de 2003.

¹²⁵ E. Musoni, “AU Justice Ministres protest abuse of universal jurisdiction”, 5 noviembre 2008, at www.allafrica.com/stories/200811050742.html.

¹²⁶ Con este propósito se ha extendido el principio de jurisdicción universal en Kenya para posibilitar que los tribunales de este país africano pueden enjuiciar a piratas capturados por terceros países más allá de las aguas territoriales de Somalia, Kenya Merchant Shipping Act, Section 369 (4) (a), estipula que la piratería es un crimen “whether the ship (...) is in Kenya or elsewhere or where the nationality of the person committing the act.”

¹²⁷ A. Pigrau Solé, *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*, Oficina de Promoción de la Paz y de los Derechos Humanos, Generalitat de Catalunya, (2009, p. 136-143).

¹²⁸ Y. Shany, “No longer a weak Department of Power? Reflection on the emergence of a new international judiciary”, *EJIL* 201, (2009), 73-91, p. 81.

efectiva del derecho penal internacional, la posibilidad de las víctimas de acceder a la justicia y a la reparación, la persecución de crímenes internacionales por parte de tribunales nacionales cuyos casos jurídicamente resultan imposibles de conocer por el Tribunal Penal Internacional (sobre todo si se trata de ciudadanos de los miembros permanentes del Consejo de Seguridad no signatarios del Estatuto de Roma)¹²⁹ y el poder arrinconar a los dictadores como tales en sus países de origen, constituyen elementos que deben conducir al fortalecimiento y a la aplicación de la forma más amplia posible de la justicia universal, y no a su restricción.

Lo decisivo es que este ejercicio de la jurisdicción universal por parte de las víctimas y asociaciones defensoras de los derechos humanos restablece de forma directa la voluntad popular y la solidaridad universal en materia penal, limitando el ejercicio abusivo del poder por parte de mandatarios dictatoriales y corruptos. Con todo ello se está aludiendo al elemental razonamiento democrático por el cual, “la ley internacional aún protege la soberanía, pero la soberanía del pueblo, no la del soberano”¹³⁰. Esta debiera ser la base inspiradora y reguladora del derecho penal internacional, más allá de toda conveniencia política o de los mercados, tal y como concluyó el voto particular de los jueces del Tribunal Supremo en el caso Guatemala: “El ejercicio de la jurisdicción universal, al desterrar la impunidad por los grandes crímenes contra la humanidad, como lo es el genocidio, contribuye a la paz y a la humanización de nuestra civilización. Es cierto que no devuelve la vida a las víctimas, ni puede conseguir que todos los responsables sean enjuiciados. Pero puede ayudar a prevenir algunos crímenes y a enjuiciar a alguno de sus responsables. Con ello contribuye a la consecución de un mundo más justo y seguro, y a consolidar el derecho internacional, en lugar de la violencia, como forma habitual de solucionar los conflictos”¹³¹.

¹²⁹ A. Pigrau Solé, *La jurisdicción universal y su aplicación en España*, op. cit. p. 123, el autor considera que en los casos ajenos a la competencia de la CPI, y como acusados se encuentren “nacionales de los miembros permanentes del Consejo de Seguridad (...) la probabilidad de impunidad es tan elevada que es conveniente mantener abiertas al máximo las vías potenciales de la jurisdicción universal”. International Law Association, London Conference, Committee on International Human Rights Law and Practice, “Final Report on the exercise of Universal Jurisdiction in respect of Gross Human Rights Offences”, 2000, pp. 9-10. MugambiJouet, “Spain’s Expanded Universal Jurisdiction to Prosecute Human Rights Abuses in Latin America, China, and Beyond”, *Ga. J. Int’l & Cia. L.*, Vol. 35-3 (2007), pp. 513 y 537.

¹³⁰ Michael W. Reisman: “Sovereignty and Human Rights in Contemporary International Law”, *AJIL*, Vol. 84 (1990), p. 869.

¹³¹ Voto particular de la sentencia del Tribunal Supremo sobre el caso Guatemala por genocidio, Sala de lo Penal, sentencia nº 327/2003.

Lista de Referencias

- Gómez, F. (2010). Protección jurídica internacional de las niñas y niños soldado. En F. Aldecoa & J.J. Corner. La protección de los niños en el derecho internacional y las relaciones internacionales. (pp. 139-172). Barcelona: s.n.
- Mugambi, J. (2007). Spain's Expanded Universal Jurisdiction to Prosecute Human Rights Abuses in Latin America, China, and Beyond. *Ga. J. Int'l & Cia. L.*, 35(3), 495-537.
- Pérez, C. & Escudero, R. (Eds.). (2009). *La responsabilidad penal por la comisión de crímenes de guerra: el caso de Palestina*. Madrid: Aranzadi, Thomson Reuters, Universidad Carlos III de Madrid.
- Pignatelli y Meca, F. (2000). El artículo 8 del Estatuto. Los crímenes de guerra. *REDM* (75), 229-380.
- Pignatelli y Meca, F. (2003). La sanción de los crímenes de guerra en el derecho español. Madrid: Ministerio de Defensa.
- Pigrau, A. (2000). El proceso a Pinochet en España. *ILSA J. Int'l & Comp. L.*, 6, 775-807.
- Ratner, M. & Brody, R. (Eds.). (2000). *The Pinochet papers: the case of Augusto Pinochet in Spain and Britain*. Boston: KluwerLaw International.
- Remiro, A. (1999). *El caso Pinochet. Los límites de la impunidad*. Madrid: Política Exterior-Biblioteca Nueva.
- Roldán, J. (2010). La política exterior española en materia de derechos humanos. En C. Ramón. *Estabilidad internacional, conflictos armados y protección de los derechos humanos*. (253-292). Valencia: s.n.
- Sánchez, A. (2001-2002). Spanish Practice in the Area of Universal Jurisdiction. *SPYL*, (8), 17-53.