



Asociación Pro Derechos Humanos de España

LA JUSTICIA UNIVERSAL EN EL DERECHO INTERNACIONAL: MESA REDONDA DE EXPERTOS



© *Asociación Pro Derechos Humanos de España*

© *Los autores*

Presentación

La Justicia Universal, consagrada en la legislación española y confirmada por el Tribunal Constitucional (vid. STC 237/2005 en el caso *Guatemala*, o STC 227/2007 en el caso *Falun Gong*), ha sufrido una restricción en la LO 1/2009. Esta modificación, introducida sin la discusión parlamentaria propia de una Ley Orgánica relativa a este tema específico, ha suscitado un debate, nacional e internacional. Debate que se centra en torno a dos temáticas principales:

La primera gira en torno a la misma interpretación del nuevo art. 23.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, tal como aparece redactado. Por ejemplo, sobre la necesaria concurrencia de cualquiera de los tres nexos de conexión para el ejercicio jurisdiccional "*sin perjuicio de lo que pudieran disponer los tratados y convenios internacionales suscritos por España*", o sobre la definición de un "*vínculo de conexión relevante*" con España; o sobre el entendimiento de otra persecución "*efectiva*" de los mismos delitos; o sobre los límites de la provisionalidad del sobreseimiento; o sobre la interpretación de "*la doctrina emanada del Tribunal Constitucional y la jurisprudencia del Tribunal Supremo*" que está presente en la citada Ley Orgánica: subsidiariedad o concurrencia de la jurisdicción española.

Por otra parte el debate versa sobre la concordancia de la Ley Orgánica modificada con el Derecho Internacional Humanitario, con el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y, consecuentemente, con los arts. 96.1 y 10.2 de la Constitución Española, problematizando la motivación realmente jurídica o extrajurídica de la reforma e igualmente el carácter subsidiario o concurrente de la jurisdicción española en estas materias.

Programa de la jornada

- Evolución de la Justicia Universal en España: del caso Pinochet a la actualidad.
- La reforma actual de la Justicia Universal.
- Marco constitucional e internacional de la Justicia Universal.
- La contribución de la Comisión Internacional contra la Impunidad en Guatemala a la protección de los Derechos Humanos.

PRESENTACIÓN Y MODERACIÓN DE LAS SESIONES

D. Javier Chinchón. Profesor de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales de la Universidad Complutense de Madrid.

Buenas tardes y bienvenidos todos, amigos y compañeros, compañeras y amigas, a esta Jornada que compartiremos en el día de hoy, bajo el título de “La Justicia Universal en el Derecho Internacional”.

Lo primero, agradecer especialmente a la Asociación Pro Derechos de España, también a la Oficina de Derechos Humanos del Ministerio de Asuntos Exteriores y Cooperación, así como al Ateneo de Madrid, que hoy nos acoge, tanto la organización de esta Jornada como, en lo que mí respecta, el haber contando conmigo para participar en ella. Lo cierto es que he de confesaros que si siempre es un placer poder colaborar en actos como éste, en esta oportunidad al placer debo sumar el inmenso honor que para mí supone estar aquí rodeado no sólo de eminentes especialistas en la materia, sino que también de muchas de las personas que, yo diría, no solamente nos han enseñado, o nos describieron qué era, qué es, qué podía ser la justicia o jurisdicción universal, sino que además han sido actores directos de su real configuración, de su puesta en marcha y desarrollo prácticos. En otras palabras, no cabe duda de que ellos, entre otros, pero singularmente ellos, han hecho realidad lo que para muchos era algo prácticamente impensable hace apenas unos años. Todos ellos, en fin, han construido lo que con acierto se ha considerado la mayor aportación de España, en el último siglo, al Derecho internacional penal/Derecho penal internacional.

Por ello, creo que la Jornada de hoy es una oportunidad excepcional de volver a escucharles y seguir aprendiendo con y de ellos; máxime en estos tiempos de cierta zozobra, tras la frustrante reforma del artículo 23.4 de nuestra Ley Orgánica del Poder Judicial, vía la Ley Orgánica 1/2009, de 3 de noviembre. Norma que como en alguna ocasión he escrito, no ha supuesto otra cosa que la ratificación parlamentaria de la “abrogación de *facto*” del principio de jurisdicción universal que defendiera el Tribunal Supremo en su sentencia de 25 de febrero de 2003. Y esto no sólo lo dice mi humilde persona, sino que como ya sabéis, ésta fue la literal expresión que utilizó el Tribunal Constitucional en su célebre sentencia en el *caso Guatemala*.

Pero ahora que me refiero a esta decisión de nuestro Tribunal Constitucional, entiendo que puede ser un excelente marco de referencia para todo lo que vendrá en la tarde de hoy, recordar brevemente algunas de las líneas del Fundamento Jurídico Noveno de aquella sentencia. Es decir, que: “La persecución internacional y transfronteriza que pretende imponer el principio de justicia universal se basa exclusivamente en las particulares características de los delitos sometidos a ella, cuya lesividad (...) trasciende la de las concretas víctimas y alcanza a la comunidad internacional en su conjunto. Consecuentemente su persecución y sanción constituyen, no sólo un compromiso, sino también un interés compartido de todos los Estados (...), cuya legitimidad, en consecuencia, no depende de ulteriores intereses particulares de cada uno de ellos. Del mismo modo la concepción de la jurisdicción universal en el Derecho internacional actualmente vigente no se configura en torno a vínculos de conexión fundados en particulares intereses estatales...”¹. Añadía entonces el Tribunal que

¹ *Vid.* Sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Constitucional de 26 de septiembre de 2005, Sentencia Nº. 237/2005, Fundamento Jurídico Noveno.

frente a ello, la concepción del Tribunal Supremo sobre la jurisdicción universal se sostenía sobre fines de difícil conciliación con el fundamento de la misma institución²; que en consecuencia y evidentemente descartó. Por cierto, los mismos fines y criterios que acabaron aterrizando, no diré que con nocturnidad, pero desde luego con celeridad propia de mejor causa, en la nueva redacción del artículo de la 23.4 LOPJ.

Resulta pues, dejémoslo en desconcertante, aquello que nos pretendió aclarar el Defensor del Pueblo en su respuesta, de 19 de enero de 2010, al escrito en cuya redacción también participamos algunos de los que hoy estamos, bien sentados aquí arriba, bien entre el amable público que nos acompaña. Os recuerdo, en fin, sólo unas pocas líneas de aquel documento: “Igualmente se constata, la voluntad manifiesta e inconfundible del legislador [que] se expresa en la exposición de motivos de la propia Ley Orgánica 1/2009, en el sentido de que el cambio en el tratamiento de lo que ha venido en llamarse la jurisdicción universal, a través de la modificación del artículo 23 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, responde, entre otros motivos, al propósito de adaptar y clarificar el precepto de acuerdo con el principio de subsidiariedad y la doctrina emanada del Tribunal Constitucional”³.

Desde luego, yo más bien diría que la realidad fue y es, en fin, diametralmente opuesta a lo que entendió, o quiso entender el Defensor del Pueblo. Pero para explicarnos mucho mejor de lo yo podría, tanto cómo hemos llegado hasta aquí, como cuáles fueron realmente esos “motivos”, u “otros motivos”, tenemos la suerte de contar con el profesor y abogado José Elías Esteve, que nos ilustrará sobre la “Evolución de la Justicia Universal en España: del caso Pinochet a la actualidad”; utilizando como singular hilo conductor lo ocurrido en relación al *caso Tibet*. Causa, apuntar al menos, en la que además se han confirmado algunos de los temores que compartíamos muchos; por citar uno sólo, la mayoritaria apuesta judicial por aplicar retroactivamente el nuevo artículo 23.4 LOPJ. Aunque es de justicia reconocer que frente a ello, se erigió el voto particular de tres compañeros Magistrados de la Audiencia Nacional; dos de los cuales tenemos el honor de que hoy se encuentren con nosotros, en carne y hueso.

Por un imprevisto de última hora, Carlos Slepoy no va a poder acompañarnos esta tarde, como era su deseo, con lo que a continuación nos expondrán sus siempre interesantes puntos de vista dos especialistas de la talla de los profesores, y también destacados abogados, Carmen Lamarca y Manuel Ollé. En esta oportunidad, en relación a la “La reforma actual de la Justicia Universal”. Carmen nos ofrecerá algunas claves acerca de cómo poder seguir trabajando por la causa de los derechos humanos y la lucha contra la impunidad, ahora ya con el nuevo 23.4 LOPJ. Por su parte, Manuel nos expondrá su visión acerca del endémico binomio complementariedad-subsidiariedad; con seguridad plena compartiendo aquellas certeras palabras del mismo Carlos Slepoy, esto es, que “el problema que enfrenta la humanidad no es precisamente el del múltiple intento de juzgar a los responsables de crímenes de derecho internacional, sino su contrario, el de la impunidad generalizada”⁴.

² Cfr. Idem.

³ Vid., páginas 8 y 9 de la “Resolución adoptada por el Defensor del Pueblo oída la Junta de Coordinación y Régimen interior, en relación con la solicitud de recurso de inconstitucionalidad efectuada por D. Enrique Santiago Romero en nombre de la “Plataforma contra la Impunidad, por la Justicia Universal” contra el artículo 23.4 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, introducido por el artículo primero, apartado uno, de la 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”, de 19 de enero de 2010.

⁴ Vid. SLEPOY PRADA, C.: “El principio de Justicia Universal y su regulación en España: ¿Subsidiariedad o concurrencia?”, en VV.AA.: *El principio de Justicia Universal*, Ed. Colex, Madrid, 2000, páginas 140-141.

Tras la obligada pausa, se incorporará a esta mesa el Magistrado de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, José Ricardo de Prada. Bajo el título de “Marco constitucional e internacional de la Justicia Universal” nos compartirá su siempre estimulante y apasionada visión acerca de la esencia y fundamento de la jurisdicción universal. Y permitidme a este respecto que como humilde profesor de Derecho internacional, os adelanto que yo la celebraré especialmente, pues como advirtió con su habitual agudeza el profesor Remiro Brotons, “lo mismo que Sísifo fue condenado en el Reino de las Tinieblas, donde Hades impera, a hacer rodar una y otra vez una enorme piedra hasta la cumbre de una montaña, el Derecho Internacional parece igualmente condenado a justificar, del *bing bang* al apocalipsis, su fundamentación y validez *jurídica*”⁵. José Ricardo es en este sentido, siempre la excepción.

Como broche final, tendremos con nosotros al Ex Director de la Comisión Internacional contra la Impunidad de Guatemala, el fiscal Carlos Castresana. Al que siempre es un placer escuchar, y sobre todo, aprender de él. En esta oportunidad, nos brindará una primera visión general de la jurisdicción universal, a partir de la cual nos hablará de otras herramientas clave en el empeño que todos compartimos, es decir, de “la contribución de la Comisión Internacional contra la Impunidad en Guatemala a la protección de los derechos humanos”.

No deseo robaros ni un solo minuto más, ni quiero privaros de poder escucharles a todos inmediatamente. Con lo que en sus manos, en las mejor manos, os dejo ya.

EVOLUCIÓN DE LA JUSTICIA UNIVERSAL EN ESPAÑA: DEL CASO PINOCHET A LA ACTUALIDAD⁶

D. José Elías Esteve. Abogado de la acusación en el caso Tibet y Profesor de Derecho Internacional en la Universidad de Valencia.

Tras décadas de generalizada impunidad, las denuncias contra las Juntas Militares de Argentina y Chile y posteriormente la detención en Londres y la tentativa de extradición de Pinochet a Madrid, y finalmente el veredicto del Tribunal Constitucional en la célebre sentencia de 26 de septiembre de 2005, pareció, abrir sin cortapisas las puertas de la justicia a las víctimas de crímenes internacionales.

Lo cierto es que la sentencia del Tribunal Constitucional (TC) 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 universales. 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

⁵ Vid. REMIRO BROTONS, A., RIQUELME CORTADO, R. M.^a, DÍEZ-HOCHLEITNER, J., ORIHUELA CALATAYUD, E. & PÉREZ-PRAT DURBÁN, L.: *Derecho Internacional*, Mc- GrawHill, Madrid, 1997, página 1.

⁶ El contenido de esta ponencia reproduce lo disertado por el conferenciante, que ha ampliado a efectos de publicación, para ofrecer una información más completa de la evolución de la Justicia Universal en España.

territorio; anulando así, en este extremo, la Sentencia del Tribunal Supremo (TS) de 25 de febrero de 2003⁷.

Además, el TC concluyó argumentando que el único límite que expresamente contemplaba la misma Ley Orgánica del Poder Judicial 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”. Siguiendo con este razonamiento, y rebatiendo el auto del Pleno de la Audiencia Nacional de 13 de diciembre de 2000, el TC 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 acreditasen una falta, ya de voluntad, ya de capacidad para la persecución efectiva de los crímenes”, en el país donde se habían cometido estos hechos.

Durante todo el tiempo transcurrido mientras se recurría el caso Guatemala, en la Audiencia Nacional estaba pendiente de resolver la apelación de la querrela presentada por la 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 (AN) dictó un auto por el cual admitió a trámite la querrela⁸. 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 Gong⁹.

Ahora bien el pronunciamiento en la AN sobre el *caso Tíbet* tuvo que sortear un obstáculo adicional, referido al llamado *test de razonabilidad*. El origen de este criterio se recoge en el auto no jurisdiccional del Pleno de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional de 3 de noviembre de 2005, reunido para unificar criterios en materia de jurisdicción universal, tras la sentencia del Tribunal Constitucional en el caso Guatemala. En el mismo se apunta, que: “constatado que se cumplen los requisitos exigidos por el ordenamiento jurídico interno y descartada la actuación de la jurisdicción del lugar de comisión del presunto delito y de la comunidad Internacional deberá, como regla, aceptarse la jurisdicción salvo que se aprecie exceso abuso de derecho por la absoluta ajeneidad del asunto por tratarse de delitos y lugares totalmente extraños y/o alejados y no acreditar el denunciante o querellante interés directo o relación con ellos”

Los magistrados de la Sección 4ª de la Sala de lo Penal en este caso del Tíbet interpretaron el criterio anterior única y exclusivamente con el fin de evitar un ejercicio

⁷ En este punto debe llamarse la atención sobre una circunstancia. Curiosamente, cuando el Supremo falló en contra del caso Guatemala, hubo una serie de jueces que a través de un voto disidente expresaron su oposición a la restricción de la justicia universal. Uno de aquellos jueces era **Conde Pumpido**, actual Fiscal General del Estado, quien en uno de los principales periódicos nacionales declaraba en titulares que “España debía juzgar los genocidios sin ningún tipo de restricciones”. Parece ser que el puesto político que ocupa le ha cambiado su percepción jurídica de la justicia universal, ya que con ocasión de esta reforma, el mismo Conde Pumpido, ha llegado a decir que los jueces de la Audiencia Nacional, que admiten este tipo de querrelas, son unos juguetes en manos de las ONG que las presentan y que resultaba imperiosa la necesidad de limitar la justicia universal.

⁸ Auto 16 de enero de 2006, sección Cuarta de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, Rollo de Apelación 196/05, Diligencias Previa 237/05.

⁹ 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).”

abusivo de derecho, pero en modo alguno ese argumento podía servir como pretexto para continuar dejando en la impunidad a crímenes internacionales, y más aún bajo un argumento tan subjetivo como que el delito o el lugar de la comisión de los hechos sea “un lugar extraño y/o alejado”. Como si la justicia universal fuera una cuestión de kilometraje o de paisajes o espacios afines con nuestro país.

Además de este caso, tras la sentencia Guatemala se continuaron instruyendo en la Audiencia Nacional los casos ya admitidos a trámite como el de *Ruanda y Couso* y fueron admitiéndose otras causas, como las de los *Vuelos de la CIA, Sahara, Falun Gong, jesuitas de El Salvador, Palestina, dirigentes de las SS de la Alemania Nazi, Guantánamo*¹⁰ y la dirigida contra seis *miembros del equipo del Presidente estadounidense Bush*. 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 encontronazos diplomáticos con distintos países, cuyos gobernantes comenzaban a ser perseguidos por sistemáticas violaciones de los Derechos Humanos. Y más aún cuando se comenzaron a dar importantes pasos tales como, la sentencia condenatoria de *Scilingo*, la extradición de *Cavallo* de México a Madrid (aunque después tuvo que marchar a su tierra natal) y las órdenes de arresto internacional decretadas contra mandatarios ruandeses y guatemaltecos, entre otras.

Ahora bien, el camino desde un principio no ha sido nada fácil para nadie y sobretodo para las víctimas, quienes después de haber padecido en la más absoluta impunidad la tortura, desapariciones de familiares o auténticas matanzas y masacres (recordemos que en el caso del Tíbet desde la ocupación china han muerto más de un millón de tibetanos, esto es casi un 20% de la población ha sido exterminada), han tenido además que ir sorteando toda una serie de obstáculos en su búsqueda de justicia. Debe remarcarse una y otra vez que las ansias de reparación y lucha contra la impunidad que iniciaron ante los tribunales españoles todas las víctimas y familiares, no lo han hecho por mero capricho, sino pensando que era una última salida a unas situaciones de impunidad que no se han podido resolver ni en sus países de origen (como en los casos China y Birmania), ni en una Corte Penal Internacional cuyo Estatuto de Roma no han suscrito, ni tienen la intención de hacerlo estos Estados dictatoriales.

Además, este estado de escandalosa impunidad viene facilitado por el cómplice silencio de la comunidad internacional (desde organismos internacionales a países occidentales), que solo se explica por las interesadas relaciones comerciales y económicas que con todo descaro prevalecen sobre el bien jurídico máspreciado que pueda existir: la humanidad en su conjunto y el derecho a la vida de todos los que formamos parte de ella. Y esa mordaza sobre los países supuestamente democráticos de forma alarmante parece que no tiene marcha atrás, y más aún cuando gran parte de su deuda pública viene siendo adquirida por Estados como China que de forma silenciosa imponen sus normas dictatoriales a nuestros políticos, los cuales los reciben con todo tipo de prebendas, agasajos y como salvadores de la crisis económica; cuando es precisamente su competencia desleal, la que contribuye a ese desequilibrio económico y comercial cada vez más evidente y preocupante.

Y ante toda esta situación, las víctimas no pueden sino más que presenciar perplejos el desarrollo de los acontecimientos, mientras en los tribunales (y fuera de ellos) deben constantemente sortear toda clase de obstáculos. El primero con el que se debe lidiar, es el relativo a la sistemática oposición de la fiscalía a los casos de JU, tanto para la admisión de casos, como en la práctica de diligencias probatorias. Resulta chocante que el ministerio público defienda la razón de Estado, no para defender la legalidad internacional a la cual se

¹⁰ Auto de 27 de abril de 2009, Diligencias Previas 150/2009, Juzgado Central de Instrucción nº 5, Audiencia Nacional.

ha comprometido el mismo Estado a través de la ratificación de numerosas convenciones internacionales, sino para imponer unas trabas y límites que obedecen a otros intereses, que van más allá de lo jurídico.

Pues bien en el primer *caso del Tíbet*, el fiscal en fecha 27 de julio de 2005 emitió un informe en el que invocando la tesis seguida por el Tribunal Supremo en la sentencia de 8 de marzo de 2004, decretaba que a ningún Estado “corresponde ocuparse unilateralmente de estabilizar el orden, recurriendo al Derecho Penal, contra todos y en todo el mundo, sino que más bien hace falta un punto de conexión que legitime la extensión extraterritorial de su jurisdicción”, a lo que añadió que una concepción de la justicia universal amplia, como era la pretendida en esta querella, conducía a “una interpretación desmesurada de la soberanía nacional” y podía desencadenar una serie de “consecuencias no siempre deseables desde la perspectiva de la seguridad jurídica”.

En definitiva, la fiscalía ya entonces concluía que para la persecución del hecho se había de tener el límite de que concurriera algún punto de conexión nacional con los intereses del Estado que pretendía la persecución, en este caso España. Asimismo el fiscal invocó el principio de intervención mínima en asuntos de otro Estado consagrado en el artículo 2.7 de la Carta de las Naciones Unidas y aseguró que ningún instrumento internacional fijaba de manera expresa la jurisdicción universal, para finalmente solicitar la inadmisión a trámite, que fue ratificada de inmediato por el juez Ismael Moreno. Como fácilmente se puede comprobar los argumentos esgrimidos por el Ministerio Público coinciden con gran exactitud con los expuestos por sus honorables señorías del PSOE y del PP con ocasión del proceso de reforma del art. 23.4 de la LOPJ.

Finalmente como saben esta querella se admitió a trámite gracias a la sentencia del TC, pero no con ello se terminaron los obstáculos. Como consecuencia de la admisión a trámite de la querella, la parte querellante dirigió un escrito al juzgado con el fin de que se procediera a la práctica de diligencias probatorias. En las mismas se vino a solicitar que se librara Comisión Rogatoria para que por la autoridad judicial de la República Popular China se efectuase el interrogatorio a los querellados. Asimismo para la debida comprobación de los hechos se demandó que por el Juzgado se señalase fecha y hora para la declaración ante el mismo de una serie de testigos y víctimas de los delitos denunciados en la querella.

En respuesta a esas peticiones, el magistrado del Juzgado Central de Instrucción nº 2 de la Audiencia Nacional dictó una providencia el 13 de marzo de 2006 en la cual, únicamente a petición del fiscal, se solicitó al Ministerio de Asuntos Exteriores Español que pusiera a disposición del juzgado las resoluciones de las Naciones Unidas referentes al caso del Tíbet y documentos relativos a las víctimas, e informase sobre la veracidad de los cargos de los querellados. Además a este mismo organismo le preguntó si los querellados habían ocupado en China los cargos mencionados en la querella, ignorándose por completo las diligencias solicitadas por el Comité de Apoyo al Tíbet (CAT).

Como reacción a esta providencia, se presentó un escrito de alegaciones exigiendo la nulidad de las actuaciones anunciadas. Los fundamentos de esta solicitud apuntaban a que el juez había acordado la práctica de diligencias “inútiles, contrarias a derecho y dilatorias”. Con ello se estaba haciendo referencia, por una parte a que las resoluciones de las Naciones Unidas ya habían sido aportadas por la parte querellante con las referencias oficiales pertinentes y por tanto era obligación del juzgado y no del Ministerio citado el conocer y/o comprobar las mismas; y por otra, se calificaba de “retardo malicioso” el querer comprobar el cargo de los querellados, lo que podía dar a entender que se habían aportado datos falsos en la querella.

Por último se advertía que el Ministerio de Asuntos Exteriores no tenía porqué tener en su haber datos relativos a las víctimas y que la forma de acreditar todos estos hechos precisamente era el de proceder a la práctica de diligencias probatorias ya mencionadas en la querrela, y que exigían que las víctimas mismas fueran llamadas para prestar su testimonio ante el juez; actuaciones que no se habían contemplado en la providencia y en cambio sí se había hecho lo propio con las propuestas por el fiscal, por lo que se advertía, que éstas podían ser contrarias al derecho fundamental de no padecer dilaciones indebidas (art. 24.2 Constitución Española).

A pesar de estos primeros obstáculos, el 5 de junio de 2006, la primera víctima del caso del Tíbet prestó declaración ante el juez de la Audiencia Nacional, lo cual fue difundido por toda la prensa a nivel nacional e internacional; y a partir de aquí empezamos a encontrar las claves de la reforma legal que obedecen mas a motivos políticos y de mercado que a justificaciones jurídicas. Siendo así, esa primera testifical provocó las airadas protestas del Gobierno Chino, a través del portavoz del Ministerio Chino de Exteriores, Liu Jianchao, quien declaró a los medios de prensa internacionales que la investigación sobre los presuntos crímenes internacionales acaecidos en Tíbet eran una “difamación total, una absoluta mentira” y que obedecía a intenciones secesionistas orquestadas por la “camarilla del Dalai Lama”. 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, y 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”; declaración que a todas luces pone de manifiesto la inexistente separación de poderes en China.

A pesar de estas protestas la investigación ha continuado en la AN, ya que como el mismo auto de admisión de la primera querrela presentada hace ahora cuatro años dictaminó, por un lado la imposibilidad de enjuiciar los hechos ante los tribunales chinos (ya que los mismos que han cometido esos crímenes tienen bajo su control a todo el aparato judicial en China), y por otro, declaró que “ni China ni, por supuesto el Tíbet, son Parte del citado Estatuto ni consta aceptación alguna de la competencia de la Corte por parte de China, por lo que no cabe esperar respuesta alguna del citado órgano internacional jurisdiccional.”

Más tarde, ante la solicitud de numerosas declaraciones de testificales de otras víctimas del genocidio tibetano ante la AN, el juez Ismael Moreno reaccionó mediante providencia de 17 de mayo de 2007, denegando lo solicitado y al mismo tiempo ordenando el libramiento de comisiones rogatorias a Bélgica, India, Suiza, Suecia y Holanda, Reino Unido y Estados Unidos. Así pues el juez inundó el planeta de comisiones rogatorias, con el previo consentimiento del fiscal una vez más, ya que de forma evidente, entre otras cosas, lo que se pretendía era evitar toda difusión mediática a esta querrela, no fuera que de nuevo las autoridades de Beijing se fueran a molestar.

Así pues las víctimas del genocidio fueron declarando en el anonimato a través de las rogatorias desde distintos puntos del planeta. Ahora bien con lo que no contaba el juez ni el fiscal es con un comunicado de la Interpol, de octubre de 2007 en el que informaba de la inesperada respuesta del Gobierno Central de la India, el cual se negaba a colaborar con la comisión rogatoria, ya que dicho país, decían, no reconocía el principio de jurisdicción universal, aunque evidentemente SI era consciente de la fuerte presión de la diplomacia

china, y más aún cuando gran parte del territorio indio fronterizo precisamente con el Tíbet ocupado por China se encuentra todavía en disputa y ha ocasionado más de un conflicto armado entre ambos países.

Así pues, ante las nuevas peticiones de que declararan en Madrid las víctimas tibetanas residentes en el exilio en India, dada la imposibilidad de hacerlo allí por la negativa del gobierno de Delhi, el juez Ismael Moreno, no tuvo más remedio que señalar fecha para las declaraciones testificales de estas víctimas en Madrid, circunstancia que coincidió con la presentación de una segunda querrela.

En efecto, durante la primavera de 2008 como algunos recordaran en el Tíbet se desató una de las peores oleadas represivas en décadas con el objeto de silenciar la voz de este pueblo a pocos meses de la celebración de las Olimpiadas en Pekín. Esta reiteración de crímenes internacionales, puesto que suponían nuevos hechos con nuevos perpetradores, condujo a la presentación de una nueva querrela por crímenes contra la humanidad por hechos cometidos desde marzo del 2008.

El 5 de Agosto 2008, el Juzgado Central de Instrucción nº 1 de la Audiencia Nacional se declaró competente y admitió a trámite la nueva querrela a nueve días del comienzo de los Juegos Olímpicos; se pueden imaginar la reacción de las autoridades de Pekín cuando de nuevo la prensa internacional cubrió en titulares la noticia.

En este caso el juez instructor, Santiago Pedraz, solicitó la rápida comparecencia de distintas víctimas y testigos y también entre otros el del responsable del informe de Amnistía Internacional sobre la represión preolímpica en Tíbet: Sam Zarifi.

En la nueva querrela se denuncian crímenes contra la humanidad por la matanza sistemática y generalizada de tibetanos, lesiones graves, torturas y detenciones contrarias al derecho internacional y desapariciones forzadas de la población tibetana desde el 10 de marzo de 2008, con un balance de 203 homicidios, más de mil lesionados graves y 5.972 detenidos ilegales y desaparecidos, y se dirige contra: Liang Guanglie, actual Ministro de Defensa y desde el 2003 miembro de la Comisión Central Militar, Meng Jianzhu, Ministro de Seguridad Pública desde 2007 y miembro del Comité Central del Partido desde el 2002.

Parecía que después de medio siglo de impunidad se comenzaba a andar el camino de la justicia para este pueblo. Pero los dictados de la *real politik* se fueron movilizand o en detrimento de los ideales de justicia. Simplemente valoren por ustedes mismos esta afirmación, atendiendo a la siguiente secuencia de hechos que se sucedieron dentro y fuera de los juzgados:

- Primeramente en enero de 2009 - La ex ministra de Exteriores de Israel, Tzipi Livni, protesta a Moratinos (antiguo representante de la Unión Europea para Oriente Medio) sobre la investigación abierta por el juez de la AN Fernando Andreu contra un ministro israelí por un bombardeo en Gaza que mató a 14 inocentes, varios de ellos niños, en 2002. Miguel Ángel Moratinos, de forma inmediata le prometió a su homóloga israelí que se cambiaría la ley para frenar al juez. Asimismo también el gobierno norteamericano de Obama ha venido oponiéndose a las investigaciones de la AN sobre los casos de Guantánamo, vuelos de la CIA, y el del cámara español Jose Couso asesinado en Bagdad, como queda sobradamente acreditado en los célebres cables revelados por Wikileaks.
- 9 de abril de 2009 - Europa Press publica que el juez de la Audiencia Nacional Ismael Moreno solicita a las autoridades de la República Popular China que interroguen al ex presidente Jiang Zemin y a otros seis altos cargos como supuestos

autores de delitos de lesa humanidad, genocidio, torturas y terrorismo. El juez cursa una comisión rogatoria, pide la remisión "urgente" de las respuestas de varios ex responsables del Gobierno chino, entre ellos el primer ministro durante la etapa 1998-2003, Li Peng; el jefe de la Seguridad China y responsable de la Policía Armada Popular durante la represión de finales de los 80

- 5 de mayo de 2009 - el juez Santiago Pedraz solicita permiso al gobierno chino para interrogar a tres de sus actuales ministros contra los que encuentra indicios 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.
- 7 de mayo de 2009 - el gobierno chino exige a España tomar medidas “inmediatas y efectivas” para que “la falsa querrela” por el genocidio tibetano sea retirada con el fin de “evitar perjuicios en las relaciones bilaterales entre España y China”.
- De forma inmediata reaccionó Carlos Divar, presidente del TS y del CGPJ, asegurando que los tribunales españoles no puede convertirse en los “gendarmes judiciales del mundo”.
- Días después el 19 de mayo de 2009 – PP y PSOE se alían para recortar la aplicación de la justicia universal y el Congreso enmienda el artículo 23.4 de la LOPJ con 339 votos a favor y ocho en contra. Y la vicepresidenta primera del Gobierno, María Teresa Fernández de la Vega, asegura que la futura reforma para limitar la aplicación del principio de jurisdicción universal no supondrá ningún retroceso, sino que será una mejora y reafirmará "nuestro compromiso" con ese principio. "Para nada va a reducir nuestro compromiso con la Justicia y la libertad" declaró la Vicepresidenta en ese consejo de ministros de mayo pasado.
- Aún a pesar de la iniciativa exprés legal, el 8 de junio de 2009 se produce una nueva reacción de las autoridades chinas respecto a otra comisión rogatoria relativa a crímenes contra la humanidad contra Lian Guanglie y otros, librada el 28 de mayo de 2009 de nuevo por el titular del Juzgado nº 1 de la Audiencia Nacional, quien solicitaba permiso expreso a Beijing para desplazarse e inspeccionar las cárceles y monasterios del Tíbet. En un escrito OFICIAL (no verbal) de 8 de junio de 2009 de la Embajada China al Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación de España, expresamente se reaccionó ante esta petición judicial argumentando 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 material 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 material penal entre España y China, haciendo cesar definitivamente cuanto antes el supuesto caso”*.

Ante la inminencia de la restrictiva reforma legal, rápidamente se presentaron, entre otros, por un lado un escrito solicitando el decreto de órdenes de arresto internacional para los dirigentes chinos, dada su negativa de testificar, y por otro, una nueva querrela en la AN, en este caso por los crímenes cometidos por la Junta Militar Birmana; todo ello sin éxito y con la más que ingenua finalidad de evitar el nuevo requisito de la conexión nacional.

Vistos los antecedentes y una vez en vigor la reforma 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. Finalmente el juez instructor Santiago Pedraz entendió que no concurrían los nuevos criterios de conexión (existencia de víctimas españolas, que los presuntos responsables se encontraran en España o existencia de una interés nacional relevante) y que los hechos denunciados no podían ser enjuiciados por la jurisdicción española. Frente a ese auto se interpuso recurso de reforma y subsidiario de apelación, resolviendo en los mismos términos el Juzgado instructor el recurso de reforma, por auto de 26 de marzo de 2010. Una vez admitido el recurso de apelación y remitido a la Sección Segunda de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional para su sustanciación se avocó la decisión al Pleno de la Sala de lo Penal ésta, por auto de 27 de octubre de 2010, ha confirmado la resolución del Juzgado instructor por mayoría de sus componentes, formulando un voto discrepante tres de los magistrados integrantes de la Sala de lo Penal.

Los fundamentos de derecho que han avalado el archivo del caso, denegando los argumentos de los recurrentes en apelación han sido los siguientes. En primer lugar, el auto confirma uno de los motivos más conflictivos del archivo: la aplicación retroactiva del nuevo art. 23.4 de la L.O.P.J. Ahora bien, el voto particular, suscrito por los magistrados Clara Bayarri García, Ramón Sáez Valcárcel y José Ricardo de Prada Solaesa, acude al art. 9.3 de la Constitución Española (C.E.) relativo al principio de irretroactividad de las disposiciones restrictivas de los derechos individuales con el objeto de justificar que la reforma legal no puede desplegar efectos retroactivos, ya que el art. 23.4 de la L.O.P.J. “no tiene una naturaleza puramente procesal sobre la que rija sin más el principio *tempus regit actum* puesto que regula aspectos sustanciales del ejercicio del derecho constitucional a la tutela judicial efectiva” (Voto particular de 5 de noviembre de 2010).

Otra 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 relevante¹¹. Consecuentemente atendiendo al adagio *ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus*, podría incluirse el nexo económico y comercial con China (y más aún cuando parece ser que uno de los elementos de presión para la reforma de la JU fue el ejercido por Telefónica, tal y como denunciaba el magistrado emérito del TS Martín Pallín; casualmente meses después se ha convertido en la segunda compañía de telefonía en 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 China¹².

En este punto además debe constatar la desviación del tipo infractor invocado, ya que en la querrela se calificaron los hechos como crímenes contra la humanidad, y en una ampliación posterior admitida a trámite se denunciaron nuevos hechos como crímenes de

¹¹ Recurso de reforma de 3 de marzo de 2010, Diligencias Previas 242/2008, Juzgado Central de Instrucción nº 1, Audiencia Nacional.

¹² 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.

guerra (aunque en el auto de admisión de la ampliación de 14 de julio de 2009 no detalló la calificación jurídica), y en cambio el Pleno resuelve la apelación invocando únicamente el tipo de genocidio. Resulta llamativo que el Pleno guarde silencio sobre la interpelación de la parte recurrente relativa a la persecución de crímenes de guerra por parte de la jurisdicción española. El voto particular sí que contempla esta cuestión, y menciona que la misma fue tratada en el debate, pero excluida de la redacción final del auto emitido por la mayoría de jueces. Además los magistrados disidentes aluden a los hechos de la ampliación de la querrela como constitutivos de crímenes de guerra (los relativos al traslado de población de la potencia ocupante a territorio ocupado) y dictaminan que, según las Convenciones de Ginebra, ratificadas por España en 1952, y a las que remite el Código Penal español, estos crímenes deben ser perseguidos de forma obligatoria (y no facultativa) sobre la base del principio de jurisdicción universal, obviando cualquier referencia a conexión nacional alguna.

Finalmente el auto en cuestión se refiere a unas cuestiones procesales de gran trascendencia, ya que se procede al archivo, desvinculándolo de un sobreseimiento libre o provisional, lo cual no permite el recurso de casación (extremo que ha sido confirmado por el auto de 16 de noviembre de 2010 de la Sección Segunda de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, Rollo de la Sala, Apelación contra autos 71/2010, que acuerda no tener por preparado dicho recurso). Una vez más el voto particular disiente del mayoritario, en su F.J. 8º, al señalar la improcedencia de la forma procesal de archivo empleada, considerándola “inexistente en nuestro Derecho”. Precisamente sobre la base de estos argumentos, la parte recurrente ha presentado recurso de queja ante la Sala Segunda del Tribunal Supremo con el objetivo de revocar el auto mencionado y de esta forma poder acudir en casación al mismo tribunal.

Visto todo lo acontecido, gran parte de las víctimas se preguntan 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 (como el tibetano o el birmano), o al menos así atraerse la atención de la comunidad internacional? Lamentablemente, hoy en día, se presenta esa paradoja, por la cual, por una parte se persigue la paz a través de guerras ilegales, y por otra, al mismo tiempo se “lucha contra el terrorismo”, pero no se promocionan propuestas pacíficas a conflictos como el del Tíbet o Birmania. Precisamente 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 inspirados por el movimiento de *Satyagraha* de Gandhi, pero sin resultado alguno. Si realmente conforme a los propósitos de las Naciones Unidas se está interesado en la resolución pacífica de los conflictos, se debe actuar sobre sus causas y no sobre sus manifestaciones más extremas. Ahora bien, esta actitud exige de un compromiso en la búsqueda de soluciones y en la asunción de una serie de responsabilidades, y esta reforma legal desafortunadamente corre en la dirección totalmente opuesta e induce indirectamente a la situaciones desesperadas; de ahí a la acción violenta, hay solo un paso que el gobierno sin saberlo está facilitando.

Lamentablemente de todo esto se desprende que en esta nueva era de la globalización de la economía (pero no de la justicia), los dictados políticos de los nuevos actores internacionales quedan condicionados por los criterios de mercado, que en muchos casos imponen las empresas multinacionales, y más aún, cuando delante se tiene al gigante asiático. Y todo ello pese a que se está pagando un alto precio por parte de nuestros ciudadanos al deslocalizar nuestras empresas a otros países que irremediamente provocan una creciente bolsa de desempleados en nuestro país; pero parece que esta otra “conexión

nacional” tampoco les preocupa a nuestros dirigentes que no dejan de viajar a China al más alto nivel con nuestros empresarios que se llevan los puestos de trabajo al gigante asiático.

Y si se quiere ir más al origen de todos estos crímenes internacionales no podemos pasar por alto el papel que han venido jugando las empresas transnacionales. La complicidad de las mismas como catalizadoras de los crímenes internacionales que investiga la Audiencia Nacional debería cobrar un especial énfasis.

Está claro que España ha cedido a presiones diplomáticas, tal y como en su día hizo Bélgica, que derogó en 2003 su ley de jurisdicción universal cuando "[El ex secretario de Defensa de EEUU] Donald Rumsfeld amenazó con retirar el apoyo a que la sede de la OTAN estuviera en Bruselas, y Bélgica terminó por derogar su ley, y archivando el caso abierto contra Ariel Sharon acusado por los ataques contra los campos de refugiados de Sabra y Shatila cerca de Beirut.

Siendo así debe manifestarse que la lucha contra la impunidad que decidieron emprender en España unos jueces y que ratificó las sentencias del Tribunal Constitucional, enriquecía directamente a los Estados de Derecho. De lo contrario, si las barbaries cometidas por los gobernantes que ostentan el poder ejecutivo quedan en la más absoluta impunidad (favorecida por la apatía de los órganos judiciales y de los organismos internacionales), se están directamente socavando los principios más elementales de las democracias, ya que en este tipo de situaciones, ningún poder ya reside en el pueblo, sino que en su nombre se cometen contra él, toda una suerte de abusos y atropellos. Y de esta forma, los procesos de nuestras democracias legislativas no son más que una burla a los ciudadanos; y desafortunadamente, esta es una percepción cada vez más extendida.

LA REFORMA ACTUAL DE LA JUSTICIA UNIVERSAL.

D^a. Carmen Lamarca. Catedrática de Derecho Penal en la Facultad de Derecho de la Universidad Carlos III de Madrid y Abogada en casos de Justicia Universal.

Cediendo a las presiones políticas internacionales (China, Israel¹³) que en especial se produjeron por la incoación de los casos Tibet, Falun Gong y Gaza, el Gobierno, de igual modo que ya se había realizado en otros países (Bélgica 2003), se propuso la limitación del alcance del principio de justicia universal lo que finalmente se realizó a través de la promulgación de la LO 1/2009, de 3 de noviembre, limitación que ya se había iniciado a través de la Ley 18/2003, de 10 de diciembre sobre Cooperación con la Corte Penal Internacional.

En realidad, el principio de justicia universal siempre ha sido, de entrada, un principio limitado en nuestro ordenamiento jurídico que, por ello, cumple con los requisitos de un Derecho penal mínimo (por más que un concepto exacerbadamente prevencionista pone de manifiesto, como ya señalara Beccaria, que no hay manera más eficaz de prevenir el delito que asegurar que no habrá ningún lugar donde quede impune); su limitación es, como en la mayoría de las legislaciones y de acuerdo con su fundamento, de orden material,

¹³ No se puede dejar de recordar que precisamente el principio de justicia universal fue el invocado por Israel para el enjuiciamiento en 1961 de Adolf Eichmann al que, como es conocido, secuestraron en Argentina para trasladarlo a su territorio.

porque la jurisdicción española no puede entrar a conocer de la realización de cualquier hecho delictivo realizado fuera de nuestro territorio sino sólo en determinados casos, los supuestos delictivos expresamente previstos por el art. 23.4 de la LOPJ, que trata de los hechos más graves e intolerables (como el delito de genocidio, por ejemplo) o de los que por su proliferación o carácter transnacional el Estado español se ha comprometido, con la firma de los Tratados y Convenios internacionales a perseguir y enjuiciar cualquiera que sea el lugar de su realización (hay que poner de manifiesto que, es evidente que no puede tener el mismo fundamento la persecución del genocidio que la del tráfico de drogas porque responde a intereses diversos).

En cuanto a los concretos requisitos que ahora se establecen legalmente para el enjuiciamiento en base al principio de justicia universal, se siguen los criterios sostenidos por la STS 327/2003, de 25 de febrero, dictada en el famoso *Caso Guatemala*, criterios que el TC en la Sentencia 237/2005, de 26 de septiembre había declarado “ilegales”, contrarios a lo previsto en el tenor literal y en el espíritu del art. 23.4, pero a los que incluso a pesar de sostener en algún caso su difícil compatibilidad con el fundamento de la jurisdicción universal, no cerraba la puerta al futuro legislador al sostener que “lo acabado de afirmar no implica, ciertamente, que tal haya de ser el único canon de interpretación del precepto, y que su exégesis no pueda venir presidida por ulteriores criterios reguladores que incluso vinieran a restringir su ámbito de aplicación”. (De aquí el interés que todos tenemos en saber cómo se posicionará ahora el TC cuando se le plantee la cuestión de constitucionalidad de la reforma de la LOPJ).

En la actualidad los requisitos específicos que se suman al de la cosa juzgada (ahora en una versión light que pudiéramos denominar de “cosa investigada”) son tres: que los presuntos responsables se encuentren en España o que existan víctimas de nacionalidad española o que se constate la existencia de algún vínculo de conexión relevante con España. En todo caso, estos tres requisitos son de carácter alternativo y no acumulativo mientras que la “cosa investigada” debe comprobarse lógicamente siempre en cada supuesto.

El primero de los requisitos, que los presuntos responsables se encuentren en España, como se exigía antes de la reforma sólo en el supuesto de persecución de delitos de mutilación genital femenina, es, a mi juicio, confundir la cuestión de la competencia jurisdiccional con la exigencia de un requisitos procedimental de enjuiciamiento pues, como es sabido, lo que prohíbe nuestra legislación procesal son los juicios en ausencia (por cierto no en todos los casos). El supuesto puede plantear muchos problemas, de entrada parece que lo que se prohíbe es iniciar la investigación por falta de competencia (¿incluye incluso no poder realizar averiguaciones sobre el paradero?, piénsese, por ejemplo, que el delito puede haberlo cometido un español en el extranjero?, es decir parece que la expresión “conocer” se equipara no a enjuiciar sino a iniciar el procedimiento (pero es evidente que al menos de entrada el procedimiento se puede iniciar por haberse dado, o al menos discutirse la existencia, de los otros dos requisitos). ¿El presunto responsable debe permanecer en España durante toda la instrucción?, ¿qué ocurre si se fuga, cabe pedir su extradición por un proceso que ya está en marcha y del que se ha “conocido” legalmente? (los largos plazos de una investigación hacen que no sea raro que si se le detiene inicialmente se puedan rebasar los plazos de la prisión provisional y puede fugarse si, como ocurrió en el *caso Scilingo* no cabe retenerle el pasaporte como medida de aseguramiento).

Limitar el ejercicio de la jurisdicción universal a los casos donde existan víctimas españolas, segundo de los criterios, es confundir este principio con el de personalidad pasiva que muchos países acogen en su ordenamiento, principio de personalidad que en nuestro sistema y con determinadas condiciones sólo se reconocía en su sentido activo, es decir por el autor y no por la víctima del delito. Y digo reconocía porque en realidad, a mi juicio, este

requisito lo que ha hecho es dar acogida al principio de personalidad pasiva restringido, es decir limitado a ciertos casos, a ciertos delitos lo cual no deja de ser curioso; porque lo que caracteriza que determinadas acciones delictivas sean declaradas perseguibles en virtud del principio de justicia universal es que, a la vez, con este reconocimiento venimos a establecer que las víctimas de determinados delitos, al menos de los “clásicos” delitos internacionales, no tienen nacionalidad a los efectos de su protección, que la ley las ampara siempre.

En todo caso, el criterio de la “nacionalidad” es estricto, y así debe serlo en una legislación de estas características, por eso criterios como la “residencia” en España de la víctima, que puede ser un buen criterio se exija o no que sea de “larga duración” al estilo de la Ley belga, deben reconducirse al tercero de los criterios, el de la existencia de un vínculo con España. Lo que desde luego resulta indiferente es que la nacionalidad sea de origen o adquirida.

Pero lo que sí cabe es defender una interpretación amplia del concepto “víctima” que también integra este requisito. La ley utiliza la expresión víctima que a mi juicio tiene un significado más extenso que la de sujeto pasivo u ofendido por el delito. Como es sabido, víctima es tanto quien sufre directamente las consecuencias del hecho delictivo como sus familiares, al menos los más directos o aquellos que tenían una especial vinculación (el concepto de familiar en la actualidad también está en expansión piénsese por ejemplo en la equiparación que la ley realiza entre cónyuges y convivientes de hecho o en las llamadas familias de acogida por poner un ejemplo, pero también cabe pensar, en determinados supuestos delictivos, en comunidades, por ejemplo religiosas en el caso de genocidios, a las que cabría ampliar el concepto de víctima) (la orden jesuita en el caso El Salvador) ¿concepto procesal? Los legitimados para presentar acusación.

El último de los requisitos, el vínculo de conexión relevante con España, resulta claramente un “concepto jurídico indeterminado” que viola de la forma más elemental el principio de legalidad que también debe resultar de aplicación en este caso dado que no se trata de una mera norma de procedimiento sino de un criterio esencial para el ejercicio de la jurisdicción, esto es para el acceso a la tutela judicial efectiva. Desde luego se presta a múltiples y variadísimas interpretaciones que, además, pueden ir cambiando y adaptándose a los tiempos. Se ha apuntado, por ejemplo, culturales pero ¿qué se entiende por vínculo cultural?, ¿compartir toda una cultura?, ¿pertenecer a un mismo “entorno cultural”?, y en este último sentido cuando nosotros utilizamos este término (países de nuestro entorno cultural) nos referimos a los países europeos por más que desde un concepto estricto las tradiciones culturales de Finlandia, por ejemplo, parece que no son las mismas que las españolas. Compartir una lengua nos une ciertamente a muchos países americanos pero ¿se trata de que el español sea lengua oficial o es suficiente con un amplia mayoría, como sucede en EEUU de castellanoparlantes o de la existencia, por ejemplo, de comunidades lingüísticas como los judíos sefarditas?. Y sin duda una fuerte vinculación constituye haber formado parte de la misma nación (Guinea) por más que pueda dar lugar a la interpretación de ejercer “colonialismo”.

Un vínculo de conexión cada vez más importante son sin duda las relaciones comerciales pero me temo que, en este caso, el vínculo juegue un papel contrario pues cabe constatar que las excelentes y amplias relaciones comerciales con China, por ejemplo, no han sido un obstáculo sino más bien me temo que al contrario para rechazar la demanda en el *Caso Tibet*, olvidando que los vínculos deben constatarse entre los pueblos y no entre los Gobiernos. Pero cabe pensar en muchos más criterios, como, por ejemplo, las excelentes relaciones que cabe pensar que existen con los países en los que se acude en “misiones de paz” y, en fin, el número de vínculos que cabe establecer entre puede ser increíblemente variado lo que, como antes señalábamos, no hace sino acrecentar la inseguridad jurídica.

En realidad, limitar el principio de justicia universal exigiendo un vínculo de conexión con España resulta contradictorio con el origen y fundamento de este principio; el interés de la persecución delictiva en este caso es de toda la Comunidad internacional y no reside, como en el caso del Principio real o de protección de intereses, que también está reconocido en nuestra legislación, en el interés que pueda tener un Estado concreto. Incluso podríamos decir que dar entrada en nuestra legislación al principio de justicia universal es justamente reconocer el interés del Estado español en evitar la impunidad de los crímenes más graves admitiendo que hay delitos que pueden y deben perseguirse por encima de los meros intereses de soberanía. Pero además, y de ahí su grandeza, la mayor legitimidad moral del reconocimiento del principio de jurisdicción universal reside precisamente en que no está basado en la defensa de intereses propios.

De todos los argumentos esgrimidos a favor de la limitación del principio de justicia universal el que menos me convence es el del Principio de no injerencia en los asuntos de otro Estado que me parece defender un concepto de soberanía trasnochado y escasamente democrático. El criterio, además, me recuerda demasiado al famoso e hispano argumento de que “los trapos sucios deben lavarse en casa” que durante tantos años se utilizó para sustraer a la justicia y ocultar los casos de violencia de género. Hoy resulta indudable que no caben este tipo de argumentos frente a actuaciones delictivas, máxime cuando se trata de los delitos más graves que atentan contra los más elementales derechos humanos.

Aunque resulta indudable que la cuestión de la jurisdicción es una cuestión política, el ejercicio de la jurisdicción no es, a mi juicio, ni siquiera en los casos de aplicación del principio de territorialidad, un mero acto de soberanía; se trata de garantizar el acceso a la tutela judicial efectiva que evite la impunidad de las acciones que atentan contra los derechos más fundamentales del hombre, en definitiva, se trata de garantizar la realización del valor de la justicia que, como señala nuestro propio texto constitucional, es un valor superior que vincula la actuación no sólo de los jueces sino del propio legislador, por lo que si su limitación supone en la práctica la negación de este derecho, debe declararse claramente inconstitucional.

LA REFORMA ACTUAL DE LA JUSTICIA UNIVERSAL

D. Manuel Ollé. Abogado en casos de Justicia Universal y Profesor de Derecho penal en la Facultad de Derecho de la Universidad Rey Juan Carlos de Madrid.

Antes de comenzar, y por encargo del presidente de la Asociación Pro Derechos Humanos de España, D. José Antonio Gimbernat, quién se encuentra con nosotros, transmito el agradecimiento de la APDHE al Ateneo y a su presidente, también sentado en esta mesa, y muy especialmente al grupo de la mujer de la APDHE, que es nuestro vínculo o cordón umbilical con el Ateneo. Venir aquí siempre es un placer y un orgullo, y trae gratos recuerdos de finales de los años 80, cuando en mi época de postgraduados pasé muchas horas en esta casa, donde teníamos todas las fuentes que necesitábamos para estudiar, y escribir. Como no puede ser de otra forma, agradecer también al Ministerio de Asuntos Exteriores, aquí representado en la persona de don Rafael Fraile, por haber apoyado, una vez más, esta actividad. Y por último, adherirme a todos los elogios que el moderador Javier Chinchón ha realizado de los ponentes, resaltando también la calidad de nuestro moderador, desde su posición de profesor de Derecho Internacional en la Universidad de Complutense, sus escritos y múltiples misiones en las que ha participado, a quien, además, le agradecemos

toda la colaboración técnica que nos ha brindado. Todos siempre han sido, primero, defensores de los derechos humanos, después defensores de las causas más difíciles y, sobre todo, y muy especialmente, de las víctimas en situaciones extremas.. Estoy triste por la ausencia hoy de Carlos Slepoy, ya que hablando del origen de la justicia universal, él hubiera aportado muchísimo. Lamentablemente, la enfermedad que está sufriendo le ha impedido estar hoy con nosotros.

Centrándome en el tema de la limitación de la Justicia Universal, es decir, en su carácter concurrente o subsidiaria, o dicho de otra forma para los que no son juristas: ¿puede España intervenir jurisdiccionalmente siempre y en cualquier momento o, por el contrario, sólo y exclusivamente ante la ausencia de una acción judicial iniciada en otro país o en otro tribunal competente?

Probablemente, si yo les preguntara a todos ustedes qué hacen aquí o por qué han venido, qué piensan que es la justicia universal, y qué delitos se trata de perseguir con su aplicación, ninguno de ustedes me respondería que el tráfico de drogas, la prostitución, la corrupción de menores, la mutilación genital o incluso la inmigración clandestina. Y pregunto esto porque todos los delitos citados también están acogidos bajo el principio de jurisdicción universal en nuestra Ley Orgánica del Poder Judicial. Sin embargo, aquí, hoy, hablamos del principio de justicia universal que nos permite enjuiciar aquellos crímenes que están vulnerando el corazón de los Derechos Humanos, que los están atacando y vulnerando en su expresión más grave. Y sobre estos delitos que son los más graves y atroces, distintos del tráfico de drogas y los otros a los que me he referido, yo le trasladaría al legislador, al político ¿saben ustedes por qué están acogidos bajo el principio universal y cuál es su origen? Y el origen, sin lugar a dudas, a diferencia de los otros, y esto es importante, es el Derecho internacional.

Por tanto, creo que hay un error de planteamiento, porque no todos los delitos que están acogidos bajo el principio de justicia universal deben detener el mismo régimen jurídico. ¿Y por qué? Porque estos son los más graves, los que yo llamo “de primer grado”, mientras que los demás serían de “segundo grado”. El genocidio, lesa humanidad, tortura o desapariciones forzadas de personas, entre otros, presentan una diferencia sustancial respecto de los otros delitos. Como ya se expuso en Núremberg, son los más grandes crímenes, que por su gravedad tienen el carácter de *ius cogens* (Derecho obligatorio), por lo que no pueden quedar impunes, generan obligaciones *erga omnes* (frente a todos los Estados), que tienen la obligación de perseguirlos. Por lo tanto, si existe unanimidad en que estos delitos gozan del estatuto de obligatoriedad *ius cogens*, no puede un juez, un fiscal o un abogado, supeditar su persecución a la exigibilidad de algún punto de conexión o requisito adicional.

En segundo lugar, la jurisdicción universal puede considerarse un principio de derecho consuetudinario, (existen otros escenarios, como la Corte Penal Internacional o los tribunales *ad hoc* para la ex Yugoslavia o Ruanda, cuyos estatutos establecen también la obligatoriedad en su persecución). El hecho de que la jurisdicción universal en España sólo se hubiera utilizado hasta hace unos quince años para los delitos de tráfico de drogas o corrupción, por ejemplo, no significa que no fuera ya un principio de derecho consuetudinario. De esta conjunción de fuentes del Derecho penal internacional, podríamos decir que el principio de justicia universal es una práctica consuetudinaria y, por lo tanto, se debería admitir por parte de todos los Estados. Bastaría observar muchas legislaciones externas y también la práctica habitual que se está produciendo en determinados Estados, para determinar desde esa conjunción -o desde esa suma de fuentes de derecho internacional- que probablemente sea un principio de derecho consuetudinario.

Como muy bien ha recordado Carmen Lamarca, la jurisdicción universal surge del derecho internacional y no del derecho interno porque, mientras que el derecho internacional atiende a la naturaleza internacional del delito, los otros principios de persecución como el de territorialidad, el real o de protección, o el de personalidad activa, no atienden a la naturaleza internacional del delito. Y, desde este punto de vista, desde esta naturaleza internacional y del carácter del *ius cogens* al que me refería antes, surge una obligación estatal, que es el deber de todos los Estados de perseguir estos delitos. Porque cuando se comete un genocidio, un crimen de lesa humanidad, o cualquier otro, se están atentando a bienes jurídicos supranacionales. No se afecta sólo la vida o la libertad de una persona individual, sino que toda la comunidad internacional es garante de que esos crímenes no se produzcan. Los crímenes que hoy se están cometiendo en Libia afectan a toda la comunidad internacional. Se ha llegado a decir que quién ejercita, y desde luego estoy muy de acuerdo, la jurisdicción universal, lo hace en representación de la comunidad internacional, llegando los más técnicos a afirmar que ese Estado se convierte en el fideicomisario de los valores fundamentales de la comunidad internacional.

Por razones de tiempo, no me voy a detener en el análisis constitucional porque eso lo abordará el magistrado José Ricardo de Prada, y, además, sería un atrevimiento por mi parte porque además entre el público se encuentra una de las autoras del fabuloso voto particular en el *caso Tibet*, la magistrada Clara Bayarri. Voto particular, que, por ejemplo, dada su calidad, y aunque sus autores no lo sabrán, está sirviendo de guía en sus tesis a diferentes alumnos de doctorado.

¿Qué debo decir de la concurrencia y de la subsidiariedad de la justicia universal? Si acudimos al derecho internacional, yo al menos no he sido capaz de encontrar ninguna norma que prohíba al Estado ejercer su propia jurisdicción cualquiera que sea su título. En este sentido, el Grupo Técnico Experto de la Unión Europea y Africana sobre el Principio de Jurisdicción Universal, establecieron, respecto de la situación de la justicia universal en África, en abril del año 2009, que no existía prioridad de jurisdicción alguna. Ni siquiera la del lugar donde ocurrieron los hechos.

Por tanto, una primera conclusión que tenemos que alcanzar, es que no existe ningún instrumento de derecho internacional que establezca preferencias jurisdiccionales entre tribunales nacionales, mientras que sí las establece entre tribunales nacionales y tribunales internacionales. Tampoco he encontrado ninguna regla de derecho consuetudinario que establezca preferencias. Es más, si ustedes acuden al artículo 146 del cuarto Convenio de Ginebra, este Convenio está obligando a ejercer la jurisdicción universal, sin imponer la jurisdicción territorial del lugar de comisión ni, por tanto, establece prioridad alguna.

Tampoco hay que olvidar que, mientras Núremberg y Tokio estaban ejerciendo su jurisdicción supranacional, se estaban produciendo concurrencias entre otras jurisdicciones estatales que estaban enjuiciando crímenes cometidos en el mismo contexto. Más recientemente, los artículos 8 y 9 del Estatuto del Tribunal Internacional para la ex Yugoslavia y Ruanda, así como nuestra propia Ley de Cooperación con la CPI, prevén la concurrencia. También los Tribunales Especiales de Líbano o Sierra Leona la establecen.

¿Qué sería lo deseable, por tanto, ante un hipotético conflicto jurisdiccional? Es decir, es deseable que España esté enjuiciando, por ejemplo, el caso Guatemala si Guatemala hubiera abierto un procedimiento? Pues, sin lugar a dudas, no. En primer lugar, el fundamento de la territorialidad en el ámbito del Derecho penal internacional, no es un fundamento jurídico sino un criterio de oportunidad política. Sin embargo, esa prioridad del lugar de comisión del delito no va a existir respecto a otros principios extraterritoriales de jurisdicción.

Como ya ha expuesto Carmen Lamarca, tras la reforma del artículo 23.4 LOPJ, hay que analizar si concurre algún nexo de conexión: la existencia de víctimas españolas, la presencia en España del presunto responsable o la concurrencia de un interés nacional. Si es así, hay que constatar adicional y necesariamente que en otro país competente o en el seno de un tribunal internacional, no se haya iniciado procedimiento que suponga una investigación y persecución efectiva. Requisitos aquellos (los de los puntos de conexión) que quedarían soslayados si un tratado internacional exigiese a los Estados la investigación y enjuiciamiento de algún crimen, como ocurre con los crímenes de guerra previstos en los Convenios de Ginebra.

Pero creo que no debemos interpretar la reforma del principio de justicia universal en nuestra ley, como una subsidiariedad ilimitada. Lo que debemos hacer es comenzar a desarrollar el concepto de “procedimiento eficaz”. Habrá que ver si el Estado del lugar de comisión del delito en el que el mismo se está investigando, está realizando su actuación de buena fe, tanto en la instrucción como en la investigación y el enjuiciamiento. Como ejemplo podría tomarse el principio de complementariedad previsto en el artículo 17 de la Corte Penal Internacional: la CPI sólo enjuiciará, entre otras muchas razones, si el país o el Estado donde se haya cometido el crimen no esté dispuesto a llevar a cabo la investigación o no puede hacerlo. Y el propio Estatuto de la CPI nos da algunas pistas sobre los criterios a valorar para verificar si los casos que hay hoy abiertos en la Audiencia Nacional (*Salvador, Guatemala, etc...*) han sido realizados con las debidas garantías o si ha sido un proceso maquillaje; es decir, comprobar si se ha realizado con la intención de sustraer a los presuntos implicados de la responsabilidad penal, porque se tardan años en citar a un testigo, porque el juez se ha tenido que exiliar debido a amenazas, o porque hay dilaciones injustificadas, falta de independencia o de imparcialidad por parte de los jueces, por ejemplo.

Por tanto, aunque la CPI maneje el concepto de la complementariedad, que sería antagónico a la concurrencia, al menos relativa, que yo defiendo, creo que es conciliable con el contenido del propio Preámbulo del Estatuto, en el que se dice que es deber de todo Estado ejercer su jurisdicción penal contra los responsables de crímenes internacionales. Deber, no sólo de los Estados que han ratificado, sino de todos los Estados. Y en segundo lugar, nos dice este preámbulo que los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto no pueden quedar impunes. Y es unánime que este Estatuto es el Código Penal mundial, por llamarlo de alguna forma, donde ha cristalizado toda la evolución del derecho internacional de los derechos humanos en la persecución de los más graves crímenes, incluso el derecho consuetudinario.

Desde un punto de vista estrictamente científico, el deber de garantía del derecho internacional para con las víctimas, se encuentra establecido en la propia Declaración Universal de Derechos Humanos en su artículo 8, en el artículo 2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; art. 13 del Convenio Europeo de Derechos Humanos; arts. 8 y 25 de la Convención Interamericana de Derechos Humanos, o art. 7 de la Corte Africana de Derechos Humanos. Más concretamente, el acceso a la tutela judicial efectiva de las víctimas está previsto en los instrumentos internacionales de prevención y sanción de los delitos de genocidio, tortura o desaparición forzada, que generalmente la contemplan en sus artículos 1 y 2 instrumentos que establecen asimismo que los Estados que los han ratificado se comprometen a implementar en sus legislaciones internas las medidas necesarias para la persecución de estos crímenes.

Descendiendo al terreno práctico, si el artículo 23 ó 24 de la LOPJ española, está instando a los magistrados de la Audiencia Nacional que son los competentes aquí en España, a que archiven el procedimiento si hay un proceso efectivo en otro tribunal competente, la cuestión pasaría por constatar que realmente ese otro tribunal es

independiente y además no quiere favorecer a los que están presuntamente implicados en los crímenes, y que no se trata de una independencia meramente teórica. Por poner un ejemplo – y hay aquí letrados que están ejerciendo la acusación en este caso-, en el *caso de Gaza*, ¿cumple el requisito de independencia Israel, cuando el juez central de instrucción nº 4 de la Audiencia Nacional remite una comisión rogatoria para averiguar si existe una investigación en aquél país, y le contestan afirmando que están investigando a través de unas comisiones administrativas o militares? ¿Es una comisión administrativa, es decir un poder administrativo que es el brazo del poder, un órgano independiente? Evidentemente no.

En segundo lugar, que el proceso judicial sea efectivo y eficaz para procurar el resarcimiento de las víctimas, que sea capaz para identificar, juzgar y, en su caso, condenar a los acusados. Y cuando digo que sea eficaz en el ámbito del resarcimiento, no se puede renunciar, cuando se ha cometido un crimen de estas características, a la justicia. La justicia es precisamente la que tiene que depurar la responsabilidad individual de esas personas, y no se puede sustituir ni por comisiones de verdad, ni por justicias civiles, ni por reparaciones civiles, ni por justicias administrativas, entre otras cosas, porque estaríamos violando el derecho al recurso efectivo al que aludía antes.

En tercer lugar, los magistrados deberán comprobar que esa investigación sea exhaustiva en el país donde se dice que se ha cometido, habiendo sido agotados todos los medios necesarios para esclarecer la verdad judicial. Que no sea superficial y que se hayan adoptado todo tipo de medidas para el aseguramiento de la prueba y la protección de los testigos. ¿Qué pasó con Pinochet? Murió después de más de veinte años de cometidos los crímenes y sin ser juzgado. No son justificables hoy, más allá de las posibilidades o de las capacidades de cada administración doméstica judicial, esas dilaciones indebidas. Y ¿a quién le corresponde la carga de la prueba ante un tribunal español de que ese procedimiento es efectivo en el tribunal del lugar donde se haya cometido? Yo me remitiría al Tribunal Constitucional, que ha afirmado que han de ser incluso el propio tribunal de oficio, de forma que no toda la prueba haya de recaer en las víctimas.

Y el último requisito es que no exista cosa juzgada, porque nadie debe ser juzgado y condenado, o absuelto dos veces por los mismos hechos. ¿No fue una farsa el proceso penal realizado en El Salvador por la masacre de los jesuitas, durante el cual se amenazaba a los fiscales, se coaccionaban jueces y se escondían las pruebas, por citar algunas de las múltiples irregularidades? Para que la *cosa juzgada* no sea fraudulenta, deben haberse respetado las reglas del debido proceso respecto a todas las partes, también los victimarios.

Sobre la homologación o no del indulto, el derecho internacional la prohíbe cuando se trata de crímenes graves como el genocidio. Y el efectivo cumplimiento de la condena supone que lo sea en centros penitenciarios y no en mansiones militares donde no se cumplen los fines penitenciarios

Establece también la reforma de la LOPJ que el procedimiento “se sobreseerá provisionalmente cuando quede constancia del comienzo de otros procedimientos sobre los hechos denunciados en el país competente o en un Tribunal Internacional”. Dicho en lenguaje llano, los días 8 y 9 de marzo próximos están señaladas en el Juzgado Central de Instrucción nº5 de la Audiencia Nacional varias declaraciones de víctimas que afortunadamente sobrevivieron en el genocidio perpetrado en el Sáhara Occidental y que están actualmente en los campos de refugiados de Tindouf. De acuerdo con este inciso de la reforma, y aunque sea algo exagerado, podría archivarse el proceso si los trece imputados marroquíes militares presentasen mañana una denuncia en Marruecos y enviaran a la Audiencia Nacional copia de la misma. Por ello, para evitar fraudes de ley con fines de impunidad, es importante mantener este efecto de cosa juzgada lícita, y que al menos la

subsidiariedad de la jurisdicción sea condicionada. No vamos a consentir, como establece la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la cosa juzgada devaluada o fraudulenta, cuya única finalidad haya sido aparentar que se ha realizado un enjuiciamiento con todas las garantías, cuando la pretensión real haya sido la de sustraer a estas personas de la verdadera administración de justicia. Y voy más allá, porque vamos a conseguir que incluso las denominadas leyes de impunidad, ley de punto final, ley de obediencia de vida, auto-amnistía, de Salvador, Chile, o cualquier otra que puedan imaginar, no sean aplicadas en los tribunales que ejercen la jurisdicción universal, precisamente por ser contrarias al Derecho internacional de los Derechos Humanos.

MARCO CONSTITUCIONAL E INTERNACIONAL DE LA JUSTICIA UNIVERSAL.

D. José Ricardo de Prada. Magistrado de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional.

Buenas noches a todos. En primer lugar agradecer a la APDHE haberme dado la oportunidad de estar en este queridísimo Ateneo madrileño y poder compartir con ustedes algunas ideas y reflexiones en torno al fundamento de la justicia universal. Opiniones no solo mías, sino también afortunadamente compartidas por otros magistrados de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional. He de decirles que, desde 1998, cuando en las primeras resoluciones que se adoptaron en España en materia de justicia universal en los asuntos de *Argentina y Chile*, fue unánime la posición de la Sala, en el sentido de considerar que España tenía competencia para poder juzgar los graves crímenes internacionales cometidos durante sus dictaduras, la situación ha cambiado ostensiblemente, hasta el punto que en este momento solo somos un grupo reducido de magistrados, de los dieciocho que formamos la Sala, los que mantenemos esta posición abiertamente favorable a jurisdicción universal por crímenes internacionales. Afortunadamente, nos acompaña hoy Clara Bayarri, una de las aguerridas magistradas que se ha preocupado enormemente de adquirir toda la información necesaria en esta materia para poder contribuir de una manera muy activa a la elaboración de estos votos particulares que, creo, compendian opiniones importantes sobre aspectos sustanciales de la materia, desde una perspectiva judicial. También tienen mucha importancia las opiniones que se están produciendo desde la academia y, por supuesto, desde la práctica de los letrados que llevan las causas, coincidentes en gran medida con la que desde los órganos judiciales se está haciendo constar en varios votos particulares sobre los que le quiero llamar su atención.

Les animo concretamente a la lectura del voto particular que se dictó en el asunto conocido como *Caso Tibet* referido a la represión por parte de las autoridades chinas sobre los monjes budistas a partir del año 2008. En él, el Juzgado Central de Instrucción nº 1 había acordado el archivo de las actuaciones, por considerar que, tras la reforma de la LOPJ por Ley Orgánica 1/2009, no era posible continuar el conocimiento del asunto que había sido iniciado con anterioridad a la entrada en vigor de dicha ley. Mientras que la mayoría de la Sala de lo Penal consideró que la resolución del juzgado era correcta, los magistrados Clara Bayarri, Ramón Sáez y yo mismo, consideramos que no era así y por ello redactamos un voto particular, que creo resulta interesante ya que, aunque no pretendía realizar grandes aportaciones científicas, sí pretendía ser didáctico, ser claro en sus planteamientos y

transmitir en un lenguaje comprensible para todo el mundo, lo que son los fundamentos de la justicia universal. La justicia universal no es ni más ni menos que la aplicación por parte de los jueces de cualquier país, en este caso españoles, de lo que es el derecho internacional, como consecuencia de las obligaciones que establece en determinadas materias de hacerlo a todos los Estados y, específicamente, en materia de protección de los derechos humanos frente a los ataques más graves que se hayan podido cometer, no importa donde se hayan cometido estas y si ninguna jurisdicción penal preferente ha actuado previamente.

Desde prácticamente el inicio de la historia de la humanidad se han producido guerras, dictaduras, enfrentamientos armados, en los que se han violado masivamente los derechos humanos de colectividades enteras de personas con, en muchas ocasiones, cientos, miles y centenares de miles de víctimas inocentes, en la mayoría de los casos población civil no interviniente directamente en el conflicto. Lo que históricamente ha caracterizado estas situaciones es la impunidad más absoluta y la despreocupación sobre la situación de las víctimas. Se las ejecutaba extrajudicialmente, se las secuestraba y desaparecía, se las perseguía y desplazaba forzosamente, se violaba a las mujeres y niñas, se las expoliaban sus derechos y luego, al final del conflicto, como resultado último, simplemente..., se las olvidaba....A nadie interesaba las víctimas. Nos tenemos que remontar, probablemente, a finales del siglo XIX o principios del XX, que es cuando realmente empieza a cambiar en alguna pequeña medida la mentalidad y, a pensarse, que es importante el reconocimiento y la reparación de las víctimas, también a través de la justicia penal, como reparación misma pero también como método de prevención futura frente a hechos similares. Comienzan entonces a aparecer voces que claman por la creación de tribunales y la aplicación por los mismos de un derecho penal referido a estas graves conductas, de tal manera que los responsables de estos hechos puedan ser llevados ante estos tribunales, singularmente ante tribunales internacionales, que resultarían mas eficaces, dado que resultaría muy difícil que estas personas pudieran llegar a ser castigadas de una manera mínimamente eficaz por tribunales nacionales. Surgen así los primeros conatos o tentativa de tribunales internacionales, especialmente con el Tratado de Versalles que pone fin a la I Guerra Mundial, que no llegaron a fraguar en su momento, pero que fueron el germen, y finalmente terminaron cristalizando, muchos años después, en los tribunales que resultan más conocidos, después de los hechos más horribles imaginables que condujeron al genocidio de millones de judíos, gitanos y de otros colectivos perseguidos, durante la II Guerra Mundial (IIGM). Fueron los tribunales de Núremberg, donde se juzgaron los actos del genocidio cometido por el régimen nazi, o los tribunales de Tokio, por los crímenes del Lejano Oriente. Desde 1945-46, en que se constituyen esos tribunales y se creó, o mas bien se definió, el derecho internacional preexistente que iban a aplicar, y otro posterior que se fue perfeccionando y consolidando a través de instrumentos internacionales, consecuencia directa de las atrocidades de la IIGM, hubo que esperar a las guerras de los Balcanes, tras la fragmentación, auténtica voladura incontrolada de la antigua Yugoslavia, para que no sólo la comunidad bosnio-musulmana, sino toda la comunidad internacional en su conjunto, exigiera justicia y se creara un tribunal *ad hoc* específico para los crímenes cometido en el territorio de la antigua Yugoslavia. Sería éste el primer tribunal internacional, después de Núremberg constituido para la exigibilidad de responsabilidades penales individuales por los crímenes cometidos durante un conflicto armado. Después, aparecerían otros, singularmente el Tribunal de Ruanda, para tratar de juzgar a los responsables máximos del genocidio que se estaba produciendo en el corazón de África. Estos Tribunales nacen en el seno de Naciones Unidas, como mecanismos de justicia y con carácter preventivo, como instrumentos de “paz y seguridad” dentro del Capitulo VII de la Carta de San Francisco.

El mayor problema que tuvieron estos tribunales es su sostenibilidad económica. Estos tribunales resultan enormemente costosos y aunque nadie inicialmente pensó que pudieran constituirse o mantenerse en el tiempo, lo cierto es que permanecen hasta la actualidad y aunque no están exentos de crítica, sobre todo en términos de rentabilidad y eficacia, se ha reconocido universalmente sus resultados y su utilidad para la prevención de crímenes futuros y para evitar la impunidad de crímenes que afligen, por su magnitud, a toda la humanidad, y no sólo a las propias víctimas concretas del conflicto, que resulta cierto que son los primeros, pero no los únicos afectados. De esta necesidad que se evidencia, y de la que se ha sido especialmente consciente en las últimas décadas, surgió la idea de una Corte Penal Internacional, que tras mucho trabajo en el ámbito internacional, finalmente se constituyó, aunque no ha sido ratificada por Estados muy importantes, diríamos algunos de los que mas peso específico tiene en el ámbito internacional, y sobre todo son los protagonistas de situaciones mas conflictivas desde la perspectiva de las posibles mas graves violaciones de derechos humanos, susceptibles de consideración como crímenes internacionales, como Israel, Estados Unidos o China, por lo que, en principio, la jurisdicción del TPI no afectaría a estos Estados.

En este contexto, surge la importancia de la justicia universal ejercida por tribunales nacionales para aplicar justicia en relación con posibles crímenes internacionales, con independencia de en qué lugar éstos se produjera. Sin embargo, es necesario decir que, inicialmente, la actuación de la jurisdicción universal por parte la Audiencia Nacional española, no se realizó buscando su fundamento en el derecho internacional, sino con base únicamente en las propias posibilidades que en tal sentido brindaba la ley española, que contenía una regulación que permitía su ejercicio en determinados supuestos referidos a cierta clase de delitos, pero no se hizo en esta primera etapa buscando su fundamento en el propio Derecho Internacional en el cumplimiento de la legalidad internacional. Realmente, frente al Derecho Internacional, los jueces nos encontramos siempre con un problema considerable y complicado de resolver, porque sentimos una vinculación directa a la ley interna que necesariamente tenemos que aplicar y eso lo tenemos claro, pero no sabemos si aplicar o no el derecho internacional, o cómo debemos hacerlo, en que grado nos vincula, ni es fácil distinguir la fuerza del mandato de la norma internacional cuando ésta no es un tratado. Creo que a ese respecto se ha avanzado mucho y en la actualidad hay jueces que aplicamos el derecho internacional, aún conscientes del riesgo que ello supone. Todo el mundo sabe que el juez Baltasar Garzón está encausado en el caso de la memoria histórica precisamente por haber aplicado el derecho penal internacional y tratar de cumplir por las vías que nuestro derecho permite, interpretando las normas jurídicas procesales vigentes, las obligaciones internacionales que tiene contraídas el Estado español de dar justicia y reparación a las víctimas y, por supuesto, sin exclusión de las víctimas del franquismo.

Como decíamos, en los comienzos, cuando se presentaron las primeras denuncias y querellas por los crímenes de las dictaduras en Argentina o Chile, aunque se trataba exclusivamente de aplicar el derecho interno, se aplicó el artículo 23.4 de la LOPJ, en relación con el delito de genocidio, tal y como se entonces contemplaba en nuestro ordenamiento jurídico y sin verdaderamente tener en cuenta o aplicar tratados internacionales, fue el principio de una evolución posterior hacia posiciones mucho mas internacionalistas y comprometidas con la protección internacional de los derechos humanos. Fue un punto de inflexión en la aplicación del derecho internacional por parte de los tribunales españoles y probablemente la mejor y la mayor aportación que ha hecho España al Derecho, por lo menos en los últimos dos siglos, entroncando con la tradición de los juristas clásicos españoles, singularmente Francisco Vitoria (1483-1546), quien estableció, en "*De potestate civili*", junto con Hugo Grocio, las bases teóricas del derecho

internacional moderno. Lo que no solía admitirse era la justicia universal en relación con situaciones donde el presunto responsable no estuviera presente en el propio país. Se trataba más bien de presuntos implicados que se habían fugado por ejemplo de Bosnia Herzegovina o de Serbia, y que se encontraban en Alemania o países nórdicos, donde eran juzgados aplicando el principio de justicia universal.

El segundo gran hito en persecución universal de crímenes internacionales se produjo cuando el juez Baltasar Garzón lanzó una orden internacional de detención contra un presunto responsable, que en aquel momento no estaba en España, Augusto Pinochet, lo que provocó que fuera detenido en el Reino Unido y que se iniciara universalmente conocido proceso de Pinochet ante la Cámara de los Lores. A partir de ese momento la justicia universal por crímenes internacionales cobró unas dimensiones absolutamente distintas, inesperadas hasta este momento. Ya no era una discusión puramente académica o residual para determinadas situaciones. Se trataba de la posibilidad de perseguir, por cualquier tribunal, aunque no fuera de lugar de los hechos, donde se encontraran, a los criminales de guerra. La impunidad como norma general estaba tocando a su fin, se estaban abriendo brechas de consecuencias insospechadas. De forma unánime, la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, en sus resoluciones de noviembre de 1998, amparó y avaló la resolución del juez Baltasar Garzón confirmando que España tenía jurisdicción para el enjuiciamiento de estos delitos y para la persecución de Pinochet allá donde éste se encontrara huido tratando de eludir sus responsabilidades frente a la humanidad, a través de un tribunal concreto, que era quien le estaba pidiendo cuentas.

A partir de ese momento, aparecen algunos procesos penales en los que se evidencia que no es suficiente la aplicación de la legislación interna y el artículo 23.4 de la LOPJ, por ejemplo por existir discrepancias en cuanto a la calificación jurídica del delito, como ocurriría con el delito de genocidio y los aspectos subjetivos requeridos para este delito en la jurisprudencia internacional de los Tribunales Internacionales “Ad hoc”. Entonces se hace necesario acudir directamente al derecho penal internacional, tal como se hizo en la sentencia del caso *Scilingo*, en el que se condenó por Crímenes contra la Humanidad, lo que supuso un cambio de paradigma muy importante. En este caso, aunque el Tribunal Supremo en su sentencia de casación aparentemente no aplicó esta categoría de crímenes internacionales, finalmente sí realizó una combinación, admitiendo, por un lado, la existencia del derecho penal internacional, a la vez que defendía la aplicación estricta de ley interna, siguiendo una visión restrictiva del principio de legalidad penal, pero, en definitiva, no revocó la resolución previamente dictada por la Audiencia Nacional ni tampoco la desvirtuó en lo relevante.

Pero ahora todos tenemos claro que el fundamento de la jurisdicción universal no está en el derecho interno, sino que forma parte del núcleo duro de la legalidad internacional, de la necesidad de la implicación universal en la defensa de los derechos humanos frente a los ataques masivos, es decir los más graves cuantitativa y cualitativamente. El derecho internacional de los derechos humanos responde a una progresión. Se ha ido formando un núcleo duro o sustrato básico, de alta densidad jurídica, en los que se contienen los derechos, pero también los mecanismos para luchar contra la impunidad para los casos de transgresiones más graves. En materia de jurisdicción universal, no es que existan normas escritas, leyes o tratados internacionales que establezcan de una manera clara esta posibilidad, con el carácter de universal, sino que, como decía Manuel Ollé, el fundamento de ésta se encuentra básicamente, aunque no únicamente, en la costumbre internacional y forma parte del *ius cogens* internacional. También en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional está implícito el principio de justicia universal para la persecución de los crímenes graves y más o menos explícitamente en algunos tratados

internacionales (genocidio, torturas, desapariciones forzadas, Convenios de Ginebra sobre Derecho Internacional Humanitario). Sin embargo, es cierto que no se establece en general un sistema de jurisdicción universal obligatorio, sino que es facultativo el que los Estados asuman esa persecución internacional. Es decir, su ejercicio está plenamente justificado en el ámbito internacional para crímenes que tengan la consideración general de crímenes internacionales que afectan a la Comunidad Internacional en su conjunto, aunque tampoco se obliga a que los Estados la actúen, aunque aparece que lo deseable es que lo hicieran en función de la naturaleza de los “bienes” a proteger. El problema que ha tenido España, cuando ha estado en la cúspide de la aplicación de la jurisdicción universal, como también le ocurrió a otros países como Bélgica, es que otros Estados no han secundado esta idea y han preferido o bien negar esta posibilidad o cuando menos mirar hacia otro lado. Ante ello, lo más inteligente que podría haber hecho España es tomar pública e internacionalmente bandera y tratar de que otros Estados se hubieran sumado a esta iniciativa haciendo oídos sordos de las quejas diplomáticas. La experiencia nos demuestra que, lamentablemente, la diplomacia y derechos humanos son como el agua y el aceite y que nunca se van a encontrar. Solo la voluntad de los Estados de dar supremacía a la defensa de los derechos humanos permite solventar esta controversia. Entonces ya no sería un solo Estado asumiendo el peso y costes diplomáticos que representa el ejercicio de la jurisdicción universal.

El fundamento, es claro que se encuentra en el derecho internacional, aunque luego sea la legislación interna, en el caso de España a través de su artículo 23.4 de la LOPJ, la que permita que los tribunales españoles la puedan aplicar. Pero debemos plantearnos si, de no existir este artículo, los jueces podrían invocar directamente el derecho internacional y aplicar jurisdicción universal, por formar parte ésta del núcleo duro del derecho internacional de los derechos humanos y en ese caso sin demasiados límites, más allá que los derivados de los principios generales del derecho. Sin embargo, al haber establecido el legislador español este artículo e imponer limitaciones claras en el mismo al ejercicio de la jurisdicción universal, parece complicado no acatar la norma que expresamente regula la situación, sin perjuicio de las interpretaciones posibles en el sentido de dar la mayor vigencia posible al derecho a la tutela judicial y al derecho a la justicia por parte de las víctimas.

Desde las primeras resoluciones en materia de jurisdicción universal dictadas por la Audiencia Nacional hasta ahora, la situación ha cambiado ostensiblemente. Actualmente la interpretación que se hace del art 23.4 de la LOPJ, excepto en caso esporádicos, es muy restrictiva de la posibilidad de su ejercicio. Sin embargo, la fundamentación jurídica que se hace manteniendo esta posición restrictiva en los autos que dicta la mayoría del Pleno de la Sala de lo Penal es jurídicamente muy pobre, totalmente apegada al derecho interno y eludiendo tener en mínima consideración el Derecho Internacional y, a este respecto, no tiene nada que ver con los fundamentos que se contienen en los votos particulares minoritarios que se dictan manteniendo posiciones favorables al ejercicio de la jurisdicción universal, ya que están mucho mejor fundamentados que los anteriores, aplicando y eligiendo mejor el derecho a aplicar. La situación en muchos casos es demoledora ya que no se dan verdaderos argumentos jurídicos por parte de la mayoría y contra ello siempre es muy difícil combatir.

El estado de la situación en este momento es que, efectivamente, se han introducido importantes límites legales al ejercicio de la jurisdicción universal por parte de los tribunales españoles. Pero cuando redactamos el voto particular en el caso *Tibet*, sí me pareció importantísima la posición que había mantenido el Tribunal Constitucional en relación con la jurisdicción universal. Es cierto que la Constitución Española no establece unos preceptos

específicos que reconozcan la jurisdicción universal, pero tampoco la rechaza y, en cambio, sí contiene disposiciones de defensa de los derechos fundamentales de una manera más o menos tradicional y al estilo de otros textos constitucionales e incluso a través del art. 10.2 de la Constitución se establece una clara apertura constitucional al derecho internacional, universal y europeo de los derechos humanos. Es muy destacable que existen nuevas tendencias internacionales que cristalizan en nuevos instrumentos jurídicos, que contienen nuevos derechos, podríamos decir derechos humanos de nueva creación, tendentes a considerar a las víctimas y que consisten en si mismos en la existencia de mecanismos para restaurar su dignidad a través de la justicia, de la verdad y de la reparación.

El Tribunal Constitucional ha sido muy explícito en su sentencia 237/2005, en el caso *Guatemala*, reiterada posteriormente en la 227/2007, importantísimas ambas en relación con la justicia universal. Podemos extraer algunas frases ilustrativas que lo dice todo: “no es simplemente un compromiso, sino que es un interés compartido”; es decir, que la necesidad de respetar la jurisdicción universal no deriva de lo establecido en nuestro derecho interno sino en la forma prevista en el derecho internacional. Esto lo dice cuando examina determinadas limitaciones que se introdujeron por el Tribunal Supremo y que son muy semejantes a las limitaciones que ha establecido el legislador actual en la ley Orgánica 1/2009 –exigencia de que el presunto autor se encuentre en España, que la víctima sea nacional español o que exista un punto de conexión con España-, el Tribunal Constitucional afirmó que carece de sentido la concurrencia de tales requisitos, puesto que en nuestro país no existen los juicios en ausencia, y exigir la nacionalidad española de la víctima u otros criterios de conexión supone contradecir la propia naturaleza del delito y la aspiración compartida de su persecución universal.

Creo que esta sentencia del Tribunal Constitucional en el caso *Guatemala* ha sido de las mejores resoluciones de derecho internacional que se han dictado nunca, de gran altura y compromiso con el derecho internacional de los derechos humanos en sus razonamientos, por lo que parecería difícil que ahora, en el caso *Tibet*, fallase disintiendo de sus argumentos previos, tan consistentes en materia de justicia universal. La gran inquietud es, si como ocurrió con la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, sus integrantes en 1998 y en 2011, son distintos, y los actuales componentes del Tribunal Constitucional compartirán o no la interpretación y postura a la que llegaron sus predecesores. No hay razones jurídicas para cambiarla. Puede ser que existan de otro tipo. Solo esperemos que prevalezca la justicia y no se den pasos atrás en materia de protección internacional de los derechos humanos.

CLAUSURA: LA CONTRIBUCIÓN DE LA COMISIÓN INTERNACIONAL CONTRA LA IMPUNIDAD EN GUATEMALA A LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS.

D. Carlos Castresana. Ex Director de la Comisión Internacional contra la Impunidad en Guatemala y actual Fiscal del Tribunal Supremo.

Buenas noches. Me gustaría clausurar ofreciendo una panorámica general de la justicia universal para enseguida enfocarme en mi experiencia en la Comisión Internacional contra la Impunidad en Guatemala.

La jurisdicción universal es una más de entre las herramientas de la justicia penal domestica, internacional, transnacional, o como ustedes la prefieran denominar.

El punto de referencia al que hay que remitirse para hablar de justicia universal o justicia internacional, ya lo encuentran ustedes en Santo Tomás de Aquino, Grocio y Francisco de Victoria.

En 1776 una serie de campesinos burgueses, en lo que luego serían los Estados Unidos de Norteamérica, decidieron emanciparse de la metrópoli británica y sintieron la obligación de explicar por escrito el motivo de su declaración de independencia. Pusieron fin al Estado de monarquía absoluta del antiguo régimen y fundaron el Estado moderno, lo que hoy conocemos como el Estado democrático o de derecho. Con una Declaración político-poética bellísima, afirmaron que los seres humanos, por el mero hecho de serlo, son titulares de derechos inalienables entre los que están la vida, la libertad y el derecho a perseguir la felicidad. Y esa formulación extraordinaria la tradujeron enseguida en cuestiones mucho más concretas y constituyeron instituciones –de ahí que las Constituciones se llamen Constituciones –, cuya finalidad es que los Gobiernos que nos representan se encarguen por nuestra cuenta de asegurarnos el disfrute efectivo de esos derechos inalienables de los que somos titulares.

Tenemos que recordar constantemente a todos los Gobiernos del mundo, de las cuatro latitudes, que según aquella declaración fundacional, su legitimación proviene, formalmente, de la extracción democrática electiva de su designación, y sustantivamente, de su desempeño en defensa de la efectividad de la garantía del ejercicio de esos derechos fundamentales, de nuestros derechos, lo que constantemente parecen olvidar: son administradores pagados por los ciudadanos con cargo a los impuestos públicos.

Este contrato social ya estaba en las teorías de los enciclopedistas, pero fueron estos burgueses revolucionarios de las trece colonias americanas quienes lo pusieron en aplicación, seguidos muy pronto por los revolucionarios franceses de 1789. De ahí se trasladó a todas las Constituciones del Siglo XIX y de la primera mitad del Siglo XX, como un acuerdo doméstico, de derechos y obligaciones entre cada uno de los Estados soberanos y los ciudadanos de su territorio.

El modelo se rompe, sin embargo en 1945. Hasta ese momento las guerras se habían desarrollado por lo general en los campos de batalla, entendiendo esta acepción en su sentido literal. Al terminar la Segunda Guerra Mundial, por el contrario, se constató que la mayoría de las víctimas se habían producido en la retaguardia: eran no combatientes, y habían perecido víctimas de sus propios Gobiernos. Doce millones de civiles asesinados en Europa, cinco millones en Asia. La Comunidad Internacional reaccionó, entendió que, en lo sucesivo, el contrato social no podía ser dejado bajo la responsabilidad única de los Estados, y comenzó a articular garantías supranacionales para proteger globalmente a los seres humanos, al menos, frente a las violaciones más graves, generalizadas y sistemáticas por parte de los Estados.

Algunos de esos principios de un nuevo orden jurídico y político mundial están contenidos en la propia Carta de Naciones Unidas de 1945. En el ámbito de la persecución penal, se tradujeron en los Principios contenidos en los Estatutos y las Sentencias de los Tribunales Internacionales, principalmente de Nüremberg, y también de Tokio. Seguidamente, en las Convenciones contra el Genocidio de 1948, las de Ginebra de 1949, y muchas otras.

En lo que se refiere a los deberes de los Estados para con sus ciudadanos frente a la Comunidad Internacional, están contenidos en el artículo 2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966: el deber de respetar y el deber de garantizar.

Toda esa protección efectiva y global, sin embargo, quedó enseguida, y por un largo medio siglo, en el congelador de la guerra fría.

Si algo habíamos hecho nosotros en España en 1996, fue sacar el derecho penal internacional del congelador donde había permanecido desde 1945 y, como recordaba José Ricardo de Prada, calentarlo, ponerlo en aplicación y hacerlo funcionar. Yo me marché de España en 2003, cuando el ejercicio efectivo de la jurisdicción universal en nuestro país era una realidad boyante, y cuando regreso siete años después me encuentro con que parecen haberse fundido los plomos. El hecho fundamental de que otros países no hayan secundado con el mismo entusiasmo esa iniciativa, el hecho de que tampoco se aplicaron otras herramientas alternativas, ha contribuido al “recalentamiento” en nuestro país de la justicia universal, consecuencia del cual es que la mayoría de los grupos políticos en el Congreso y el Senado hayan decidido de común acuerdo modificar en sentido restrictivo la Ley Orgánica del Poder Judicial, para guardar nuevamente la herramienta en el congelador, no vaya a hacer que nos quememos todos. Viéndolo con perspectiva en el tiempo y el espacio, apreciamos que esta es una constante de la justicia penal internacional. Su historia, todavía relativamente corta, es una historia de altibajos, de avances y de retrocesos. Se trata de una jurisdicción en la que lo jurídico se entrelaza indisolublemente con lo político. Su evolución depende por ello en gran medida de la situación política.

Por enunciar sólo las etapas más recientes, después de la guerra fría disfrutamos de una década de luna de miel, entre la caída del muro de Berlín y la de las Torres Gemelas. En esa etapa se pudo desarrollar el Caso Pinochet, que hubiera sido imposible en la década anterior, y se crearon los tribunales internacionales para la ex Yugoslavia y Ruanda, y la Corte Penal Internacional. Después del 11 de septiembre de 2001 todo cambió, se inició la que se dio en llamar *guerra contra el terror* y al derecho penal internacional no le quedó terreno disponible para operar. La elección de Barack Obama como Presidente de Estados Unidos marca un nuevo periodo en el que la Corte Penal Internacional está en condiciones de jugar un papel importante. Son, pues, ciclos, marcados por las condiciones políticas globales. Unos son favorables, otros todo lo contrario. Nuestra tarea, consiguientemente, es trabajar siempre, tanto en condiciones adversas como favorables, para estar preparados.

Se ha dicho siempre que el arresto del general Pinochet en Londres fue un golpe de suerte. Es cierto, pero no es menos cierto que ese día la suerte nos encontró dispuestos. De otra manera, la oportunidad hubiera pasado de largo.

La jurisdicción universal tiene que ser entendida, entonces, como una de las herramientas de la justicia penal, pero no como la única, ni siquiera probablemente la más importante. Una de entre varias, que debemos utilizar cuando se den condiciones favorables y guardar cuando estas no concurren.

¿Cuales son las otras herramientas disponibles? Primero, las no penales. Hay muchos procedimientos de protección de los derechos humanos que nada tienen que ver con el ejercicio de acciones penales, pero ese no es el objeto de discusión en esta oportunidad.

Por centrarnos, pues, en la jurisdicción penal, mencionaremos en primer lugar la regla general, y después las excepciones. La jurisdicción territorial es la primera de las opciones. Parece razonable, más rápido, más barato y más efectivo, que el delito sea perseguido y castigado allí donde fue cometido y produjo consecuencias. Allí estarán el culpable y la víctima, los testigos y las autoridades, y las consecuencias que hay que reparar y el orden jurídico perturbado que hay que restablecer.

Ocurre, sin embargo, que en muchas ocasiones, especialmente en los casos de criminalidad de estado, cuando el delito ha sido cometido, auspiciado o protegido por las

autoridades, debido precisamente a la presencia de los victimarios, a la persistencia de su poder o de su capacidad de influencia, de corrupción o de amenaza, el lugar del crimen suele ser el lugar menos indicado, en el que se dan menos condiciones para su persecución y castigo. Lo llamamos impunidad. Están las normas pero no se aplican.

Debemos buscar entonces jurisdicciones alternativas. Una de las más efectivas es la que podemos llamar jurisdicción territorial alternativa. Es la jurisdicción ordinaria por delitos comunes (no crímenes internacionales) que puede perseguir las mismas conductas en diferentes territorios en función de otros criterios de atribución de jurisdicción territorial: la conducta se produjo en un lugar pero sus efectos o resultados se produjeron en otro; o bien, conductas complejas produjeron manifestaciones o consecuencias en lugares diferentes. Es el ejemplo de lo que procuramos con éxito en Guatemala respecto del ex Presidente Portillo. Había malversado los fondos del Tesoro de Guatemala, pero había blanqueado sus ganancias en Estados Unidos y en Francia. No podía perseguírsele eficazmente en su país, donde manejaba importantes resortes de impunidad. Decidimos perseguirle por blanqueo en Nueva York y París, y funcionó. La Fiscalía de Manhattan pidió su extradición, y eso permitió desactivar los mecanismos de impunidad que habían funcionado hasta entonces ante los Tribunales guatemaltecos. Y hoy está en prisión.

El tercer mecanismo, en ese proceso, es el de la justicia universal. Es igual que el anterior, pero referido a crímenes internacionales, que según las Convenciones deben ser perseguidos ante y por los tribunales de todo el mundo. Pinochet no podía ser perseguido en Chile, simplemente porque en su país no estaban dadas las condiciones políticas. Se le persiguió en España, en Gran Bretaña. Y finalmente las condiciones cambiaron y después de su regreso en 2000 pudo ser perseguido en Chile.

El cuarto procedimiento es el de la justicia internacional *ad hoc*. Yugoslavia, Ruanda, Camboya, Sierra Leona, Líbano o Guatemala, entre otros, han dispuesto en los últimos años de instituciones, Tribunales, Fiscalías o Comisiones de Investigación constituidas por la Comunidad Internacional para hacer frente a casos determinados en los que se ha constatado la imposibilidad o la falta de voluntad de las instituciones nacionales para brindar protección adecuada a las víctimas de violaciones graves de los derechos humanos.

En el caso de Guatemala, el contexto legal es el del mencionado artículo 2 del Pacto de Derechos Civiles. La situación no es única en el país centroamericano, corresponde a una realidad extendida en la región latinoamericana y en otras del mundo. Se trata de países en que el violador más importante ya no es de origen estatal. El crimen organizado, las mafias que trafican con armas, con drogas y con seres humanos, migrantes, y especialmente mujeres y niños, que tienen presencia transnacional, mueven enormes recursos financieros y cuya capacidad de corrupción y violencia es ilimitada, desbordan a los estados. En estas condiciones, los Estados ya no violan el deber de respetar los derechos de sus ciudadanos, sino el deber de garantía, porque son incapaces de procurar justicia: no investigan, no persiguen, no castigan a los victimarios, no reparan a las víctimas.

Guatemala era en 2006 un socio leal de la Comunidad internacional que manifestó su deseo de proteger a los guatemaltecos al tiempo que su incapacidad de lograrlo efectivamente sin ayuda. Actitud encomiable, porque muchos otros Estados están en condiciones similares, pero sus gobernantes prefieren negarlo o esconderlo. Traducida esa petición de ayuda en una solicitud formal al Secretario General de la ONU, se firmó a final de ese año un Acuerdo que daba lugar al nacimiento de la CICIG, Comisión Internacional contra la Impunidad en Guatemala. El Congreso guatemalteco ratificó el Acuerdo en Agosto

de 2007 y en Septiembre entró en vigor. Yo fui nombrado Comisionado el 14 de Septiembre.

Cicig era un mecanismo tradicional de asistencia técnica de la Cooperación Internacional pero era mucho más. Podíamos hacer fortalecimiento institucional y formular recomendaciones de política criminal, pero podíamos además proponer reformas legislativas, y podíamos ejercer acciones disciplinarias y acciones penales como *querellantes adhesivos*, figura análoga a nuestra *acción popular* española.

Me llevaría demasiado tiempo explicar el trabajo de tres años. Dedicamos nuestra actividad, en primer lugar, a formar contrapartes confiables: identificar, seleccionar y capacitar policías, jueces y fiscales comprometidos y capaces. Para dar una idea de la tarea por delante, tarea que sólo el propio Estado de Guatemala puede desarrollar y culminar, señalaré sólo que Cicig capacitó para los fines de su mandato 100 policías, pero la plantilla de la Policía Nacional Civil que deber ser capacitada se compone de 20.000 funcionarios.

Con esos funcionarios comprometidos, y con las reformas legislativas que propusimos al Congreso (una cuarta parte de las cuales fueron aprobadas) iniciamos un proceso de depuración institucional que nos llevó a proponer al Presidente la destitución del Fiscal General y cerca de diez Fiscales Jefes, apoyar al Ministro de Gobernación para expulsar administrativamente a 1.700 Policías, incluyendo Director y Subdirector General, y recomendar al Congreso que no eligiese a ocho candidatos a Magistrados de la Corte Suprema, de los que dos no llegarían a ser elegidos y otros tres fueron removidos luego de su elección.

Y finalmente participamos con el ejercicio de acciones penales en el objetivo fundamental de nuestro mandato, que era procurar el desmantelamiento de los cuerpos ilegales y aparatos clandestinos de seguridad (ciacs) que infiltraban las instituciones del estado, principalmente las de seguridad y justicia, para procurar y procurarse impunidad. Y conseguimos de los Juzgados más de 150 capturas, entre ellas las de un ex Presidente de la República, un Ministro de Defensa, otro de Finanzas, cuatro de Gobernación, militares, diputados, alcaldes, empresarios y profesionales, etc. Exactamente, esos mismos que desde siempre se habían considerado por encima de la ley.

Cuando llegamos a Guatemala, el índice de impunidad para los delitos graves era del 98%. Sólo 2 de cada 100 asesinatos eran castigados. En los 7 juicios que celebró la Cicig como querellante adhesivo mientras yo fui Comisionado, se pronunciaron 7 sentencias condenatorias. 100%

A mediados de 2010 yo estaba listo para dejar Guatemala y presenté mi renuncia al Secretario General. Luego de constantes confrontaciones, imprescindibles para ejecutar el mandato, pero que conllevaban un inevitable desgaste, yo ya no resultaba interlocutor idóneo para ninguno de los tres poderes del Estado. Seguramente, igual que en España con la jurisdicción universal, en Guatemala recalentamos la máquina más de lo debido.

Me queda por mencionar el último de los mecanismos de la justicia penal establecidos para proteger efectivamente los derechos humanos castigando a los responsables de las violaciones más graves de aquellos: la Corte Penal Internacional.

Constituida en 2002 a partir de la aprobación del Estatuto de Roma en 1998, la Corte conoce de los delitos de genocidio, crímenes de guerra y crímenes contra la humanidad cometidos en los territorios o por los nacionales de los Estados que hayan ratificado el Estatuto. La asunción de competencia de casos o situaciones por la Corte se sustenta en el principio de complementariedad, a tenor del cual la Corte conocerá de un caso cuando la jurisdicción nacional que normalmente ejercería la competencia (en la mayor parte de los

supuestos, la territorial del país) no quiera o no pueda ejercer su jurisdicción. Para iniciar una investigación, el Fiscal debe obtener la autorización de la sala de Cuestiones Preliminares del Tribunal luego de que éste constatare una situación de colapso de la jurisdicción doméstica, o que ésta no quiere o no puede conocer el caso.

Las decisiones adoptadas hasta la fecha indican que la Fiscalía y la Sala de la Corte vienen entendiendo la decisión sobre el inicio de una investigación y el ejercicio de la jurisdicción, tal como vienen regulados en los artículos 17 y 18 del estatuto de Roma, como una disyuntiva: o toma el caso el Estado o lo toma la CPI. Tal interpretación, sin embargo no es la única posible, y estimo que cabe otra que podemos llamar cooperativa. A la luz de la experiencia de Cicig, creo que es la que debería prevalecer. El cálculo *ex ante* de la voluntariedad y capacidad de las jurisdicciones de los estados es siempre apriorístico, es un cálculo de probabilidades, que puede demostrarse equivocado. Salvo en los casos en que la decisión sea muy clara, el pronóstico muy probable en cualquier sentido, debería optarse por una decisión provisional cooperativa: permitir al Fiscal de la Corte iniciar una investigación, al tiempo que se solicita a las autoridades nacionales afectadas que continúen su investigación interna y se coordinen con la investigación internacional. Una vez ambas instancias han trabajado juntas, han construido un caso, han formulado una acusación contra determinada persona, por un hecho concreto y con una determinada prueba, puede verificarse la evaluación de complementariedad, y decidir, entonces sí con todos los elementos, y en función de la capacidad y voluntad acreditadas, si el juicio se celebra ante la jurisdicción doméstica o ante la internacional.

Esa cuestión, estrictamente jurídica, se entrecruza con otra eminentemente práctica. La Fiscalía internacional no está produciendo los resultados apetecidos porque tiene el motor (la jurisdicción) pero no tiene ruedas (las atribuciones procesales), y de esa manera el vehículo no se mueve. Sólo si el fiscal y el juez internacionales (frente a quienes no rigen inmunidades y tienen jurisdicción directa en 120 países), trabajan conjuntamente con el fiscal y el juez nacionales (que son quienes detienen, embargan, registran o interceptan conversaciones) el vehículo nos llevará a alguna parte.

Así pues, si ponemos a trabajar juntas de manera coordinada la jurisdicción doméstica territorial ordinaria, la doméstica transnacional ordinaria alternativa, la universal, la internacional *ad hoc* y la internacional permanente, podremos tejer una red que provea una protección más eficiente y reduzca los actualmente enormes agujeros negros de la justicia penal.

Muchas gracias.

Los autores

JOSÉ ELÍAS ESTEVE MOLTÓ

Abogado y profesor doctor de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales en la Universitat de Valencia.

Desde 2005, investigador y redactor de dos querellas presentadas ante la Audiencia Nacional por genocidio y crímenes contra la humanidad cometidos contra el pueblo tibetano. Desde 2009 abogado de la querella presentada ante la Audiencia Nacional por los crímenes internacionales cometidos por la Junta Militar Birmana.

Autor de numerosas publicaciones, por citar algunas de sus obras:

- “El Tíbet: la frustración de un Estado. El genocidio de un pueblo”.
- “El Derecho Internacional y la protección de los derechos y libertades en los territorios ocupados”
- “La persecución de crímenes internacionales y la lucha contra la impunidad de los tribunales españoles”
- “La disputa fronteriza entre India y China: origen y evolución de la controversia”

CARMEN LAMARCA PÉREZ

Doctora en Derecho en 1985, recientemente ha sido acreditada Catedrática de Derecho Penal de la Universidad Carlos III de Madrid. Es abogada en ejercicio y Miembro del Estudio Jurídico de la Universidad Carlos III de Madrid.

Directora de diversas tesis sobre el concepto de terrorismo, y autora de numerosas publicaciones y artículos sobre el concepto jurídico del terrorismo, su reforma en el Código Penal o la jurisdicción militar, así como sobre otras muchas materias, como el principio de justicia universal, los delitos contra el orden público o contra la libertad sexual, la violencia de género o la mediación como alternativa a la resolución judicial de conflictos

Ha sido Vicepresidenta de la Asociación Pro Derechos Humanos de España y es miembro de la Junta Directiva del Grupo de Estudio de Política Criminal, de la Asociación Madrileña de Victimología y de la Asociación Libre de Abogados

MANUEL OLLÉ SESÉ

Doctor en Derecho Penal por la Universidad Complutense de Madrid y Profesor de Derecho Penal de la Universidad Rey Juan Carlos de Madrid, así como abogado en ejercicio y letrado ante tribunales y organismos internacionales.

Como especialista en Derecho penal y Derecho penal internacional ha dirigido e impartido numerosos cursos y conferencias en diferentes Universidades e Instituciones de España y del Extranjero, y fue director de la cátedra de Derechos Humanos de la Universidad Antonio de Nebrija de Madrid hasta septiembre de 2009.

Académico Correspondiente de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación.

Autor de Múltiples artículos doctrinales en revistas especializadas nacionales e internacionales, y autor de varias monografías, entre las que destaca el libro “La Prueba en el Proceso Penal” y “Justicia Universal para Crímenes Internacionales”.

Es Miembro *Honoris Causa* de la Barra y Colegio de Abogados de Ciudad Juárez.

JOSÉ RICARDO DE PRADA SOLAESA

Licenciado en Derecho por la Universidad Complutense de Madrid en 1980, ejerció como abogado hasta 1985, ingresando poco después en la carrera judicial como juez por oposición. Desde 1990 es Magistrado de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional.

En relación con su experiencia en DIP/DPI, cabe destacar su participación en los Plenos de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional de 1998 en los casos de las dictaduras de Argentina y Chile, en el caso Pinochet. Ha sido ponente, asimismo, en el caso *Scilingo* y en otros varios referidos a aplicación de justicia universal, como los casos *Couso* o *Tibet*.

Entre 2005 y finales de 2007 ejerció como juez internacional en la Sala de Crímenes de guerra de la Corte de Bosnia Herzegovina.

Como experto en Derecho Penal Internacional, en la actualidad participa en un proyecto de la UE para asesorar a jueces y fiscales colombianos en el proceso de justicia transicional en este país.

También ha participado en multitud de programas de asesoramiento nacional (Ministerio de Justicia, Generalitat de Catalunya -Llei de Fossas, Memorial Democràtic, etc.). En el ámbito internacional, destacar su contribución al fortalecimiento institucional del Poder Judicial en Europa (Rumania) y en América (Honduras, Costa Rica, Bolivia, Colombia).

Ha publicado numerosos trabajos sobre DIP, terrorismo, DH, DIH o justicia transicional, e interviene frecuentemente como conferenciante sobre estos temas en Universidades y otras instituciones públicas y privadas.

CARLOS CASTRESANA FERNÁNDEZ

Abogado en 1980, Magistrado y Juez en 1986, ingresó por oposición en la Carrera Fiscal en 1989. Destinado en los Tribunales Superiores de Justicia de Cataluña y Madrid, y en las Fiscalías Especiales Antidroga y Anticorrupción, es desde 2005 Fiscal del Tribunal Supremo.

Autor de las denuncias originales interpuestas en 1996 en nombre de la Unión Progresista de Fiscales contra las Juntas Militares de Argentina y Chile, con las que se inició ante

Ha sido experto y ponente en distintas conferencias y misiones de cooperación jurídica con el Consejo de Europa, la Organización de Naciones Unidas o la Comisión Internacional de Juristas, entre otras.

Ha publicado múltiples artículos y ha impartido cursos y congresos en universidades y en otras instituciones de países europeos y latinoamericanos, así como en Estados Unidos. Por citar algunas, Universidad Carlos III de Madrid, y Yale, Berkeley o San Francisco en EEUU.

Reconocido en numerosas ocasiones, mencionar la concesión en 1997 del Premio Nacional por la Asociación Pro Derechos Humanos en España. En 1998 fue Visitante Ilustre en la Cámara de Diputados de Buenos Aires y Visitante Distinguido en Toluca. En 1999 fue premiado por la Asociación Argentina de Derechos Humanos. Medalla de Honor de la República de Chile y Doctor *Honoris Causa* por la Universidad Central de Santiago de Chile en 2006. En septiembre de 2007 el Secretario General de Naciones Unidas le designó Comisionado de la Comisión Internacional contra la Impunidad en Guatemala, con rango de

Subsecretario General de la ONU, cargo que desempeñó hasta agosto de 2010, en cuyo momento se reincorporó a la Fiscalía del Tribunal Supremo en España.

JAVIER CHINCHÓN ÁLVAREZ

Doctor (Premio Extraordinario) y licenciado en Derecho por la Universidad Complutense de Madrid, y licenciado en Ciencias Políticas y de la Administración por la Universidad Autónoma de Madrid. Ha sido miembro del Sector Jurídico de la UTM de Amnistía Internacional, becario de Cooperación Interuniversitaria de la AECI en Argentina y Guatemala, profesor en distintas universidades españolas y extranjeras, conferenciante invitado en múltiples Seminarios y Congresos, e investigador-visitante en diversos centros en Europa y América. También ha participado en calidad de Observador Electoral de Corta Duración (OCP/STO) en Misiones Internacionales de Observación Electoral, tanto de la UE como de la OSCE. Es autor de más de cuarenta trabajos académicos en su ámbito de especialización; destacando sus publicaciones sobre «Justicia Transicional» y Derecho internacional. En la actualidad, es profesor de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales en la Universidad Complutense de Madrid, y miembro/consultor de múltiples organismos españoles e iberoamericanos.

La Asociación Pro Derechos Humanos de España, fundada en marzo de 1976, es una Organización No Gubernamental, laica, independiente y pluralista con personalidad jurídica propia y sin ánimo de lucro. Actualmente agrupa a cerca de 600 socios.

El fundamento de la Asociación lo constituye la **Declaración Universal de los Derechos Humanos**, así como los **Pactos Internacionales** de Derechos civiles y políticos y de Derechos económicos, sociales y culturales, junto con todas las posteriores **Convenciones** relativas a los Derechos Humanos aprobadas en el marco de la ONU y del Consejo de Europa.

La APDHE está afiliada a la **Comisión Internacional de Juristas** de Ginebra y a la **Federación Internacional de Derechos Humanos** (FIDH), ambas con estatuto consultivo especial ante las Naciones Unidas, la Organización Internacional del Trabajo y el Consejo de Europa.

Forma parte asimismo de la **Organización Mundial contra la Tortura - OMCT**.

Es miembro fundador de la **Federación de Asociaciones de Defensa y**

Promoción de los Derechos Humanos de España, de la **Comisión Española de Ayuda al Refugiado** (CEAR) y, más recientemente, de la **Comisión de Libertades e Informática** (CLI).

Ha sido declarada de **utilidad pública** en Consejo de Ministros de 9 de marzo de 1983 y distinguida con el premio "**Mensajeros de la Paz**" de las Naciones Unidas en el año 1990. La **Federación Internacional de Derechos Humanos**, en su Congreso Mundial celebrado en Eriwan (Armenia) en abril de 2010, ha concedido a la APDHE, en reconocimiento a sus especiales méritos en la defensa internacional de los Derechos Humanos, el estatuto de *miembro de pleno derecho de la FIDH*, de la que con anterioridad era miembro correspondiente.

Asociación Pro Derechos Humanos de España – APDHE
Calle José Ortega y Gasset, 77-2ª – 28006 Madrid.
Teléfono: (+34) 91 402 23 12. Fax: (+34) 91 402 84 99 – info@apdhe.org
WEB: <http://www.apdhe.org> – BLOG NOTICIAS: <http://apdhe.blogspot.com>